

¿DERECHOS IMPLÍCITOS? NOTAS SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

Pablo Contreras V.*

RESUMEN: El texto analiza el problema de los derechos implícitos dentro del ordenamiento jurídico chileno. Primero explica las distintas lecturas en que la dogmática constitucional entiende que un derecho puede ser considerado "implícito". A partir de ello, analiza las principales sentencias del Tribunal Constitucional chileno sobre la materia. Luego, se describen las principales críticas a esta clase de derechos. En este contexto, el autor afirma que todo derecho fundamental debe sustentarse en una norma positiva. Adicionalmente, provee algunos criterios para actualizar y concretar los derechos fundamentales a través de la legislación y la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Derechos implícitos – Identificación de normas fundamentales – Normas adscritas – Norma de derecho fundamental.

INTRODUCCIÓN

Se suele leer en la doctrina y la jurisprudencia constitucional chilena sobre la existencia de ciertos derechos "implícitos". Si bien la expresión

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Abogado. Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado. Actualmente cursando el programa de LL.M. en International Human Rights, Northwestern University. Investigador asociado de la Universidad Alberto Hurtado. El autor desea agradecer la colaboración de las ayudantes de cátedra, Rocío Lingua y Gabriela Wagner, en la presente investigación. Los posibles errores u omisiones del texto final son de exclusiva responsabilidad del autor. E-mail: pcontreras@nlaw.northwestern.edu

“implícitos” es ambigua, se trataría de derechos que no estarían consagrados en el texto constitucional pero constituirían límites al ejercicio de la soberanía por parte de los poderes del Estado. Así, el principal problema que presentan los derechos “implícitos” radica en el proceso de identificación de los mismos. En otras palabras, no es claro cómo un intérprete de la Constitución puede determinar que una pretensión subjetiva tiene rango iusfundamental. Evidentemente, el resultado reviste de la mayor importancia, toda vez que los derechos fundamentales conllevan aparejados una batería de herramientas e instrumentos de protección y tutela, tanto en el plano constitucional como en el legal.

La teoría clásica de los derechos individuales consideraba que se trataba de potestades subjetivas que retenían los sujetos frente a la organización del poder civil. En tal contexto, la teoría se desarrolló al amparo de una comprensión histórica que uniformizó un entendimiento y enfoque que, en los hechos, fue plural.¹ Sin embargo, los derechos se mantuvieron en una lógica de dispositivo formal de resistencia frente al poder, por lo que permitió –dúctilmente– avanzar pretensiones subjetivas que reclamaban nuevas formas de tutela.² Este fenómeno favoreció el hecho que, sobre la base de pronunciamientos jurisprudenciales y enunciados de dogmática, se comience a hablar de “nuevos” derechos o de derechos que estarían “implícitamente” reconocidos en un sistema constitucional dado. Todo esto, pese al avance de positivización de derechos humanos y fundamentales en Cartas constitucionales y en tratados internacionales.

Esta ampliación en el reconocimiento de derechos alberga dificultades de considerable entidad. Por un lado, algunos autores advierten sobre la posible “inflación” de derechos fundamentales, en donde se le reconocería rango iusfundamental a pretensiones que no lo ameritarían o serían “meros intereses”.³ Por otro lado, nuevos derechos presentarían

¹ Sobre las concepciones y modelos históricos de los derechos fundamentales, distinguiendo el modelo histórico, individualista y estatista de derechos, véase a FIORAVANTI (2007).

² GREPI (1999), pp. 290 ss.

³ CEA (2004), p. 50: “Es cierto que no se debe caer en exageraciones, peyorativamente calificadas de expansión inflacionaria de los derechos humanos, pretendiendo

problemas de compatibilidad en relación con los antiguos derechos.⁴ Hay, adicionalmente, un problema en la determinación de la autoridad competente para ir identificando y reconociendo estos nuevos derechos que escaparían de la literalidad de las normas constitucionales.⁵

El presente texto busca abordar la problemática de los derechos implícitos en el ordenamiento chileno, aportando notas para la identificación de las normas de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, los derechos implícitos se ubican dentro de uno de los aspectos centrales de una teoría general de los derechos fundamentales, que consiste, precisamente, en determinar cuáles son estos derechos en un ordenamiento dado. Pero no sólo ello: al menos en lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, se conecta con problemas como el rango de los tratados internacionales en el sistema constitucional, la distribución de competencias constitucionalmente garantizadas del legislador y del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y la discusión sobre las normas válidas en relación a la antigua disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

El texto sigue la siguiente lógica. En primer lugar, se examina algunas de las lecturas que se emplean al referirse a la expresión derechos “implícitos”. Como veremos, distan de ser unívoca y los niveles de comprensión de este tipo de derechos varían considerablemente. En esta línea, revisaremos parte de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la existencia de derechos “implícitos” en nuestro ordenamiento jurídico. A la vez, se revisa someramente el problema de los derechos “implícitos” o no enumerados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Luego de ello, se exponen algunas de las críticas que se dirigen a la construcción de derechos “implícitos” en nuestro ordenamiento.

A partir de esta constatación del estado del arte en sistema constitucional chileno, se propone la utilización de una tipología de normas

elevant así a la jerarquía de tales otros asuntos que son menores, circunscritos y sin contenido jurídico relevante”. El autor, sin embargo, no aporta criterios para determinar aquellos asuntos que son *menores, circunscritos y sin contenido jurídicamente relevante*, respecto de aquellos que sí lo son.

⁴ GREPI (1999), p. 299.

⁵ ALDUNATE (2008), p. 346.

iusfundamentales para aportar en la resolución de algunos de los problemas dogmáticos que plantean la identificación de derechos, en especial a través del reconocimiento de derechos “implícitos”. Finalmente, el trabajo concluye que la identificación de los derechos fundamentales está conectada con una fundamentación y argumentación que sostiene la adscripción de normas en reemplazo del oscuro recurso a una concepción de derechos no enumerados o no consagrados en normas iusfundamentales.

1. EL PROBLEMA DE IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

Una de las cuestiones más elementales que debe enfrentar una dogmática constitucional es la determinación de aquellas normas (válidas) que se consideran “fundamentales” para un ordenamiento jurídico dado. Se trata de un presupuesto de delimitación de su objeto de estudio y, simultáneamente, el punto de partida para aquellas argumentaciones que dicen relación con derechos fundamentales, en sede constitucional. Por lo tanto, se trata de una problemática que configura parte del alcance de una disciplina —el Derecho constitucional en relación a los derechos fundamentales— y, conjuntamente, permite conocer cuáles son las normas aplicables a la hora de argumentar un caso que importe la aplicación de derechos fundamentales. En este sentido, la identificación de la norma que recoge un derecho constituye una actividad primaria y, a la vez, esencial.

En la actualidad, dado el alto grado de positivización, tipificación y especificación de derechos fundamentales, el problema en comento no es visualizado claramente.⁶ Como sabemos, tanto las constituciones modernas como algunos tratados internacionales, dedican parte importante de sus preceptos a enunciar “derechos”, los cuales deben ser reputados o considerados como “fundamentales”.⁷ Es más, generalmente, la dis-

⁶ En general, véase a PECES-BARBA *et al.* (1984).

⁷ Evitaré, deliberadamente, el problema de la nomenclatura de los derechos fundamentales, en derechos humanos, libertades públicas, derechos morales o derechos públicos subjetivos, entre otros. Para esto, puede revisarse a BARRANCO (1996). En

posición esquemática de tales fuentes formales de derecho “facilitan” la determinación de cuáles deben ser considerados “derechos” para los efectos de cada cuerpo normativo. Así, por ejemplo, en el caso de la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante, CPR), el capítulo tercero se titula “De los Derechos y Deberes Constitucionales” para luego, en su artículo 19, ordenar que “[l]a Constitución asegura a todas las personas [...]” los derechos enumerados en 26 preceptos diferenciados entre sí.

Lo mismo sería predicable de un tratado internacional. Tomemos, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), que en su Parte I tiene dos capítulos (II y III) que establecen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. El resto del articulado estaría referido a las obligaciones de los Estados parte del tratado y la configuración de los organismos internacionales que intervienen en la protección de los derechos establecidos en la Convención.

Una lectura rápida y simplista permitiría responder prontamente que los derechos que deben ser considerados como fundamentales son aquellos que la Constitución o la CADH declara como tales y que los ordena deliberadamente bajo el o los capítulos especialmente reservados para ello. Esta es una lectura que podríamos llamar *formalista*, que privilegia los elementos literales de la distribución y articulación de los preceptos constitucionales para identificar aquellos derechos que deben ser considerados como fundamentales. Como es fácil de constatar, la lectura formalista tiene la virtud —al menos como pretensión— de ser simple y clara a la vez: son derechos fundamentales sólo y únicamente aquellos derechos que cada Constitución —o tratado internacional— declara como tales. En cierto sentido, depende de la formulación positiva de cada norma y se vuelve insensible a las cualidades o propiedades que justifica

nuestro país, véase a ALDUNATE (2008). Si bien se trata de un problema conexo al de la identificación de la norma de derecho fundamental, intentaremos abocarnos al problema sustantivo de fondo que dice relación con aquellas normas que se consideran como fundamentales, con independencia de si revisten la estructura de una libertad —como en el caso de las libertades públicas— o si son oponibles exclusivamente frente a los poderes estatales —como en el caso de los derechos públicos subjetivos.

la inclusión de un derecho en este sentido.⁸ No obstante, y como veremos a continuación, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional validan esta lectura como método de identificación de derechos fundamentales. Para ello, nos abocaremos específicamente a lo que se denomina como derechos “implícitos”, con el fin de describir el procedimiento que se utiliza en orden a identificar derechos fundamentales.

1. ¿Qué se entiende por derechos “implícitos”?

La expresión derechos “implícitos” se utiliza ambiguamente por la doctrina nacional. En este apartado se proponen tres lecturas atribuidas a lo que se denomina derechos “implícitos”. En general, podría decirse que por “implícitos” deben entenderse aquellos derechos que no se encuentran establecidos expresamente en la CPR. En otros términos, no habría precepto constitucional alguno que establecería el derecho al cual se reputa “implícito”. La primera lectura de un derecho “implícito” sería, en consecuencia, (1) la constatación de la falta de una norma constitucional que recoja la potestad subjetiva iusfundamental que se pretende. Este sentido primario de la expresión “implícito” parece estar recogida en las ideas de algunos autores que estiman que el establecimiento de un derecho fundamental no estriba, necesariamente, en una norma positiva. Así, por ejemplo, José Luis Cea –al analizar la no taxatividad del catálogo de derechos del artículo 19 de la CPR– ha señalado que:

“los derechos humanos son tantos como el progreso y desarrollo de la humanidad vayan descubriendo y haciendo necesario reconocer y proteger, para la elevación de la calidad espiritual y material de la vida. Consecuentemente, es absurdo clausurar esa apertura al progreso del humanismo, aduciendo excusas para que no se incorporen nuevos aportes que eleven el desarrollo humano, es decir, nuestra calidad de vida en el marco del bien común.

⁸ GREPPI (1999), p. 301.

Es cierto que no se debe caer en exageraciones, peyorativamente calificadas de expansión inflacionaria de los derechos humanos, pretendiendo elevar así a la jerarquía de tales otros asuntos que son menores, circunscritos y sin contenido jurídico relevante. Pero tampoco es sensato cerrarse al proceso dinámico de surgimiento y perfeccionamiento de los derechos del hombre, como ha quedado demostrado en los últimos cincuenta años, aproximadamente, en el mundo entero”.⁹

Esta posición supone que un proceso histórico y una corriente intelectual –el progreso y desarrollo de la humanidad, así como el progreso del humanismo– permite ampliar el catálogo de derechos establecidos en el artículo 19 de la CPR, sin señalar el método de identificación de estos derechos “no positivizados” y tendientes a elevar el desarrollo humano. Se trata de una aproximación de corte iusnaturalista que es compartida por otros autores, como Silva Bascuñán¹⁰ o Evans de la Cuadra. Este último autor es bastante radical, acentuando una postura que prescinde de normas constitucionales:

“La enunciación del artículo 19 no es taxativa. *Todos los derechos fundamentales del hombre, estén o no en el texto constitucional, están cautelados*

⁹ CEA (2004), p. 50, énfasis en el original.

¹⁰ Silva Bascuñán sostiene que “una enunciación exclusiva y excluyente de los derechos personales habría sido por lo demás contradictoria con el inciso 2º del art. 5º, en cuanto éste limita la soberanía no sólo con el respeto de los derechos contemplados en el texto constitucional, sino con el de ‘los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ y asimismo con la afirmación del ‘deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’ [...]. El Estatuto Fundamental deja, pues, abierto nuestro ordenamiento jurídico a la incorporación en él de todos aquellos derechos que vaya siendo necesario u oportuno explicitar dándoles el respectivo estatuto [...]. El reconocimiento de que no puede extrañar la omisión en el texto de la Constitución Política de derechos que no figuren en su texto, se debe en alto grado a la evolución de la sociedad, que va creando obstáculos para determinadas formas de actividad que resultan carentes de un estatuto apropiado para encauzar la existencia de intereses que se presentan como difusos en ella, y que claman por su reconocimiento y satisfacción [...]”. Véase SILVA BASCUÑÁN (2006), pp. 26-27.

por él. Así se desprende de la naturaleza de esos derechos, anteriores al Estado, y del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución”.¹¹

Los derechos “implícitos” serían, según este primer significado, aquellos derechos que no requieren estar establecidos en una norma constitucional o iusfundamental para constituir un límite de la acción estatal. “Implícito” equivaldría a derecho no positivizado. La positivización sería una mera técnica de protección de derechos.¹²

Una segunda lectura para comprender el sentido de “implícito” consiste en afirmar que los derechos fundamentales no son sólo aquellos que están establecidos en normas constitucionales, sino también en normas de tratados internacionales. En otras palabras, (2) las normas iusfundamentales podrían estar incorporadas en dos fuentes formales distintas: la CPR y algunos tratados internacionales en los que se recogen derechos fundamentales. Uno de los autores más representativos sobre este punto ha sido Humberto Nogueira, quien sostiene que la Carta Fundamental establece un doble sistema de derechos fundamentales, no sólo consagrados en el artículo 19, sino también

“posibilita el ingreso a la Constitución material de *derechos esenciales no asegurados explícitamente en el texto constitucional*, a través de la concepción de los derechos implícitos y del derecho internacional en sus diversas fuentes: ius cogens, derecho internacional consuetudinario y derecho convencional ratificado por Chile y vigente, los que en conjunto constituyen el bloque constitucional de derechos fundamentales”.¹³

¹¹ EVANS DE LA CUADRA (1999), pp. 23-24, énfasis agregado.

¹² Es lo que Hamilton, en el ámbito estadounidense, expone en *El Federalista*, a propósito del establecimiento de la *Bill of Rights*. Como señala en el N° 84, estrictamente hablando, el pueblo no abandona sus derechos al momento de estructurar un gobierno del pueblo y que no se requería explicitación de los mismos, puesto que los ciudadanos retenían todos los derechos que poseen antes de la conformación del gobierno civil. La *Bill of Rights* sería un acuerdo político que permitiría consolidar el arreglo federal. Véase a HAMILTON (1788).

¹³ NOGUEIRA (2007), p. 457, énfasis agregado. Véase también NOGUEIRA (2006), pp. 223-261.

Como se observa rápidamente, el problema de los derechos “implícitos”, bajo esta segunda lectura, no radica en la ausencia de una norma positiva que atribuya un derecho, sino de cuál es la fuente formal del Derecho que efectúa dicha atribución. Como es bien sabido, la discusión sobre el rango constitucional de los tratados internacionales bajo el régimen de la CPR —y, especialmente, luego de la reforma de 1989 a su artículo 5°— es vasta y profunda.¹⁴ No es el objetivo de este trabajo ahondar en ella. La posiciones doctrinales y de los tribunales ordinarios se inclinan a reconocerle rango constitucional a los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana,¹⁵ a diferencia de lo que sucedería, en principio, con la jurisprudencia del TC.¹⁶

Una tercer lectura del adjetivo “implícito” responde a una suerte de interpretación de un precepto constitucional y, mediante la vía argumentativa, se efectúa una estructuración deóntica en clave de potestad subjetiva respecto de un titular. En términos sencillos, la reformulación interpretativa de una norma de la CPR o los tratados internacionales hace que ésta *sea leída como un derecho*, sin que, al menos *prima facie*,

¹⁴ Véase, por todos, a VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (2002), pp. 122-131. El tema es tratado por una multiplicidad de autores y por números monográficos de revistas tales como *Revista Chilena de Derecho* (1996, Vol. 23, N°s 2-3) y *Ius et Praxis* (2003, Vol. 9, N° 1). Para textos recientes, puede revisarse a FIGUEROA (2007); HENRÍQUEZ (2008); íd. (2009).

¹⁵ Para una revisión reciente del problema, en la dogmática constitucional, véase a PEÑA (2008), p. 207: “El catálogo de derechos fundamentales asegurados a todas las personas en Chile no es taxativo, esto es, que no solo se compone de los derechos explícitamente consignados en el artículo 19 de la Constitución, sino que se encuentra complementado por todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Respecto de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, véase a NÚÑEZ (2009), p. 491, donde señala que la línea de argumentación, “sostenida desde los tribunales ordinarios asume la jerarquía de los tratados internacionales, por lo menos de aquellos con incidencia sobre los derechos fundamentales”.

¹⁶ Véase la revisión de los fallos en PEÑA (2008), pp. 209 ss.; NÚÑEZ (2009), pp. 496 ss.

atribuyere tal potestad individual. Veamos un ejemplo. Diversos autores sostienen,¹⁷ en nuestro país, que la CPR asegura un derecho de acceso a la información pública y así ha sido entendido por la jurisprudencia, como veremos a continuación. Uno de los principales preceptos constitucionales para fundar tal posición se encuentra a propósito del artículo 8 de la CPR, que en su inciso segundo establece que:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

A primera vista, este inciso no establece, en su literalidad, que un ciudadano tenga un derecho frente a los órganos del Estado para reclamar información pública que no esté comprendida en las causales de reserva y secreto ahí establecidas. Sin embargo, y tal como lo hizo el TC, el precepto constitucional *comprendería o conllevaría implícitamente* un derecho de acceso a la información pública para todo ciudadano.

A diferencia de las dos primeras lecturas—derecho “implícito” como no positivizado o recogido en una fuente formal distinta a la CPR— se entiende que el derecho no está “expresamente” recogido o estipulado en una norma pero sí se deriva de una interpretación conforme a la Constitución. En otros términos, la norma no prescribiría, de manera prístina, *X tiene un derecho Y frente a Z*, sino que, a través de la interpretación de una norma iusfundamental se obtiene una formulación que manda, prohíbe o permite algo respecto de un titular de un derecho.

Estas tres lecturas permiten discernir dos cuestiones fundamentales: (i) que el concepto de derecho “implícito” se ocupa con distintos significados en nuestra dogmática constitucional y (ii) que dependen de

¹⁷ Véase, por todos, a OLMEDO (2008), p. 13. Otros autores se refieren al punto con distintos argumentos: DÍAZ DE VALDÉS (2009); RAJEVIC (2009); TELLO, CERNA Y PAVÓN (2009); GARCÍA y CONTRERAS (2009). José Luis Cea lo trata, en su manual, como parte de la libertad de información y opinión. Véase a CEA (2004), pp. 370-373.

criterios de identificación cualitativamente diferentes. En (1), el criterio de identificación responde a la consagración del derecho en una norma jurídica; en (2), en el tipo de fuente formal en que pueda encontrarse el derecho; y en (3), en una interpretación de normas que atribuya derechos fundamentales.¹⁸

Adicionalmente, si uno combina estas lecturas, tendrán un catálogo que extiende, en mayor o menor medida, el catálogo “explícito” de derechos. En otros términos, si uno acepta las tres lecturas de derechos “implícitos”, se podría aceptar que el sistema constitucional chileno reconoce como derechos fundamentales aquellos que (1) no necesariamente están atribuidos o consagrados en una norma positiva; (2) aquellos que provienen de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile; y (3) aquellos que se desprenden de la hermenéutica de un precepto constitucional que, *prima facie*, no establece un derecho fundamental. Por otro lado, quien aceptare una combinación de las lecturas (2) y (3), rechazaría ampliar el catálogo de derechos fundamentales a posiciones subjetivas que no estarían amparadas en normas positivas. Estas son algunas de las alternativas que abre la comprensión de las lecturas existentes en materia de derechos “implícitos”. La mera descripción permite la reflexividad en torno al alcance y consecuencias de este tipo de derechos.

Estas lecturas dogmáticas se correlacionan con la forma de reconocimiento de los derechos “implícitos” en la jurisprudencia constitucional chilena. A continuación, revisaremos los principales casos en que el TC ha reconocido la existencia de esta clase de derechos.

¹⁸ Esta forma plural de entender los derechos implícitos importa que el asunto sea discutido en distintos niveles que, en ocasiones, son difíciles de discernir. Por ejemplo, si uno habla de derechos implícitos desde el punto de vista del Derecho natural, la discusión conlleva aparejada no sólo problemas de la relación entre derecho y moral sino que sobre la identificación de normas válidas en todo el ordenamiento jurídico de un Estado y ya no sólo de normas iusfundamentales. Otro ejemplo dice relación con el problema del rango de los tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales, en donde hay una discusión sobre la jerarquía de las fuentes más que de las garantías de tutela de la protección de los derechos que tales instrumentos internacionales atribuyen. Estos niveles aumentan la dificultad inicial de identificación de las normas de derecho fundamental.

2. Los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional

El TC ha reconocido la existencia de los derechos “implícitos”. Tal como señalábamos en el apartado anterior, estos derechos han sido entendidos en las tres lecturas expuestas anteriormente. Cabe señalar, sin embargo, que en ninguna de ellas ha sido explícito –si se permite la paradoja– tanto en la fuente de estos derechos, por un lado, como en la forma en que se determina el sentido y alcance de los mismos. En general, se recurre a expresiones generales, vagas y extremadamente amplias, que apelan a los artículos 1º y 5º de la CPR, especialmente, en lo que dice relación con la dignidad humana y con la limitación de la soberanía estatal.

El TC sentó un primer precedente en materia de derechos implícitos en la sentencia Rol N° 226, dictada el año 1995. En dicha oportunidad, revisando la constitucionalidad de un proyecto de ley que regulaba las libertades de información y ejercicio del periodismo, sostuvo que

“[...] Nuestra Carta Política en el artículo 5º, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Esta última expresión significa que *los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.*

Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar. Igualmente, hay derechos que los reconoce la ley como, por ejemplo, el derecho de réplica antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser de rango legal”.¹⁹

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC), Rol N° 226, 30 de octubre de 1995, cons. 25º, énfasis agregado. Todas las sentencias del TC que citaremos pueden ser consultadas en el siguiente sitio web [en línea]: www.tribunalconstitucional.cl [última visita efectuada el 26/08/10].

Este considerando entiende que pueden existir derechos “implícitos” en el sentido de la primera lectura que hemos señalado, es decir, con prescindencia de una norma positiva que lo recoja, consagre o atribuya. En otras palabras, la mera calidad de ser humano –de “hombre”, en los términos del TC– habilita a un titular para exigir derechos frente al Estado, siempre y cuando sean esenciales y que emanen de la naturaleza humana. Para fundar esta posición, el fallo cita el estado de la cuestión respecto a la iusfundamentalidad del derecho a la vida durante la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1925. Como correctamente constata el Tribunal, dentro de los derechos que enumeraba dicha Carta no se encontraba el derecho a la vida, sino que éste había sido “presupuesto” como habilitación para el ejercicio de los demás derechos.²⁰ Sin embargo, no profundiza en los fundamentos ideológicos que justificarían asegurar tales derechos no positivizados o cuál es el mecanismo metodológico para poder identificar a estos derechos “implícitos”. En otros términos, el TC asume que la atribución de derechos fundamentales podría prescindir de una norma positiva, por un lado, y que responden únicamente a la esencia de la naturaleza humana, por el otro.

Esta tesis, como se observará, prescinde radicalmente del soporte normativo necesario que requiere cualquier derecho fundamental. Por otra parte, es cuestionable que el TC cumpla con los requisitos de fundar su sentencia en razones de Derecho, en base a lo dispuesto por su ley orgánica constitucional, en relación al Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, si bien se trata de un *obiter dictum* de la sentencia –con lo que se podría cuestionar que necesariamente estaría sentando un precedente sobre los derechos implícitos– el TC ha mantenido una interpretación amplia en esta materia, como se verá refrendado por otros pronunciamientos.

²⁰ La constitucionalización del derecho a la vida es un hecho de reciente data y posterior a las dos guerras mundiales, con la excepción del caso estadounidense y la enmienda XIV del siglo XIX. Véase a Díez-PICAZO (2003), p. 215. La idea de que el derecho a la vida constituye un presupuesto para el ejercicio de otros derechos ha sido esgrimida por el TC en otros casos. Véase, por ejemplo, la STC Rol 740-2007, 18 de abril de 2008, cons. 55º.

Un año después, el TC estimó que el artículo 38 de la CPR –precepto que establece, a nivel constitucional, las bases generales de administración del Estado– atribuye un derecho fundamental a todos los funcionarios públicos. El TC siguió el siguiente análisis:

“Que, conforme al artículo 38, inciso primero, de la Constitución, es materia reservada a la ley orgánica constitucional garantizar ‘la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.’;

La denominada ‘carrera funcionaria’ en la Administración del Estado, que es un derecho fundamental de los funcionarios públicos, implica para que sea operativa, según lo dispone la propia Carta Fundamental, la estabilidad en la función o empleo; la promoción, es decir, la posibilidad de ir ascendiendo, grado a grado, en ese cursus honorum que es la carrera funcionaria, y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que hace posible la promoción; y la capacitación y perfeccionamiento, que permiten un mejor desempeño en la función, una mejor calificación funcionaria y la consecuencial posibilidad de promoción.

Este cuádruple mecanismo que la Constitución prevé de manera muy certera configura la carrera funcionaria, materia que ha sido reservada a la regulación que de ella haga una ley orgánica constitucional”.²¹

En este caso, el derecho no sería “implícito” en el sentido de no tener una norma constitucional de respaldo, sino que en términos de la tercera lectura que hemos presentado, esto es, como una interpretación o reformulación de un precepto constitucional en clave de derecho subjetivo.

Finalmente, uno de los casos más relevantes en la determinación de derechos “implícitos”, corresponde a la sentencia recaída en un caso de acceso a la información pública. El TC ha optado por una pluralidad de argumentos y ha ratificado el reconocimiento constitucional del derecho, resolviendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.²²

²¹ STC Rol N° 239, 16 de julio de 1996, cons. 8°, énfasis agregado.

²² STC Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007.

Este fallo, como ha señalado un autor, reconocería “sin ambages” la recepción constitucional –si bien de carácter implícita– del DAIP.²³ Los principales argumentos del TC, se exponen a continuación:

“Que el presente requerimiento incide en un derecho –el de acceso a la información pública cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.

En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política. [...]

En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental [...].

A su turno, la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: ‘Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental’ (Principio N° 19).

Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado y durante el debate sostenido en el Senado, a propósito de esa reforma, el senador Hernán Larraín sostuvo, precisamente, que: ‘Los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad y, finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información con las restricciones que establecerá la ley’ (Pfeffer Urquiaga, ob. cit., pp. 30-31).²⁴

Por lo tanto, concluye que

“es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma

²³ DÍAZ DE VALDÉS (2009), p. 201.

²⁴ STC, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007, cons. 9°.

explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático [...].²⁵

Señalando, a continuación, que

“acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, *aunque lo sea de forma implícita*, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley [...] el establecimiento de las causales de secreto o de reserva [...]”.²⁶

Estos considerandos, largamente reproducidos, permiten ilustrar cómo la concepción de derechos “implícitos” se encuentra asentada en nuestra jurisprudencia constitucional. El TC es redundante en señalar que pese a que no existe un enunciado iusfundamental que recoja “explícitamente” el derecho de acceso a la información pública, la interpretación que hace de diversos preceptos constitucionales, permiten concluir que la CPR protege tal derecho.

Ahora bien, ambos pronunciamientos acá citados difieren en la entidad de la argumentación para fundar la existencia de un derecho “implícito” en cada caso. A la vez, consolidan una línea jurisprudencial en torno a la existencia de esta “clase” de derechos. Sin embargo, inauguran una serie de problemas para el Derecho Constitucional chileno, referidos a la determinación de este tipo de derechos y la interpretación de los mismos, cuestión que cierta doctrina ha criticado. Antes de revisar estos cuestionamientos, analizaremos el último aspecto de los derechos “implícitos” en el ámbito de la CADH.

3. Los derechos implícitos en los tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales

En general, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el tema de los derechos “implícitos” no genera gran controversia, básicamente, por dos razones: primero, por el alto número

²⁵ STC, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007, cons. 9°, énfasis agregado.

²⁶ STC, Rol N° 634-2007, 9 de agosto de 2007, cons. 10°, énfasis agregado.

de constituciones y convenciones internacionales que recogen derechos que pueden estimarse fundamentales y, segundo, por la ausencia de cláusulas de apertura o de no taxatividad de los catálogos de derechos.

En relación a lo primero, como ha expresado un autor, “se han incorporado un catálogo bastante completo y detallado de derechos y libertades que no solamente cubren sus más diversos ámbitos, sino que adicionalmente se encuentran ‘reforzados’ con diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.²⁷ Efectivamente, la tendencia contemporánea va tipificando y positivizando cada vez más derechos que van más allá de las formulaciones clásicas. Como ha señalado Greppi, “el reconocimiento de los derechos de libertad habría coincidido con el desarrollo del Estado liberal; la afirmación de los derechos de participación política y de asociación, con la progresiva democratización de ese modelo; finalmente, el reconocimiento de los derechos sociales corresponde con la aparición del Estado social”.²⁸ En el plano internacional, con el establecimiento de los pactos internacionales de Derechos civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se consolida una senda de positivización de derechos fundamentales a través de instrumentos internacionales que recogen la diversidad de las materias que se conectados con estos derechos.

Adicionalmente, en la mayoría de estos pactos no se establece una cláusula de derechos no enumerados o “implícitos”. Es lo que sucede con el sistema de Naciones Unidas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Africana de Derechos Humanos.²⁹ La CADH es la gran excepción en el plano internacional. La cláusula de derechos no enumerados se encuentra en el artículo 29.c), que dispone:

“Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...] c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, [...]”.

²⁷ CARPIO (2000), p. 4.

²⁸ GREPPI (1999), p. 283.

²⁹ GROSS (2000), p. 168.

Lo primero que debe señalarse, al respecto, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado respecto del alcance de la letra c) del artículo 29 de la CADH. Si bien ha citado dicha disposición en su jurisprudencia, no ha hecho aplicación de la cláusula de derechos no enumerados.³⁰ Aunque hasta el momento el precepto ha sido una norma de “virtual inoperancia práctica”,³¹ su contenido plantea dificultades teóricas y prácticas para los Estados que han adoptado la CADH al interior de sus ordenamientos. En cuanto a las dificultades teóricas, la más evidente es la forma de determinar cuáles son los derechos no enumerados que son “inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. En el mismo plano –y a diferencia de otras cláusulas de derechos no enumerados como la enmienda IX de la Constitución estadounidense– se plantea la pregunta de si los derechos no enumerados que protege la Convención responden únicamente a aquellos que retenían los ciudadanos de un Estado parte que los ha violado, por un lado, o constituyen derechos que retienen *todos* los habitantes americanos en los distintos Estados partes del tratado en cuestión. Finalmente, en aquellos ordenamientos constitucionales en que no se tiene una cláusula explícita de derechos enumerados, ¿importa acaso que el Estado parte que ratifica la CADH pasa a tener un catálogo abierto de derechos fundamentales, al menos, en el plano internacional?³²

En el ámbito de la práctica, estas espinudas cuestiones teóricas se vuelven concretas. La principal dificultad radica en determinar si un Estado parte de la CADH puede ser llevado ante la Corte Interamericana por violar un derecho no enumerado en el instrumento internacional. El caso no se ha presentado hasta el momento, pero las pretensiones de grupos y la presión por el reconocimiento de nuevos intereses podrían, en el futuro, gatillar tales intentos. Nuevamente, un caso de tales características pondría en entredicho la enumeración de la misma CADH y

³⁰ GROSS (2000), p. 170.

³¹ CARPIO (2000), p. 5.

³² Esto asevera NOGUEIRA (2006), p. 232.

la adopción de obligaciones “nuevas” que no han sido, necesariamente, consentidas por un Estado parte.

No es el propósito de responder estas interrogantes en este trabajo que pretende una aproximación al problema de los derechos “implícitos”. Sin embargo, cabe destacar que la condicionante internacional agrava los problemas que este tipo de derechos importan en el plano interno. Adicionalmente, es una variable que, usualmente, no es abordada por quienes critican la aceptación de derechos no enumerados, como veremos a continuación.

4. La crítica a los derechos “implícitos”

Uno de los principales autores chilenos que se refieren en términos críticos respecto de los derechos “implícitos” es el profesor Aldunate. Si bien este autor está de acuerdo con la no taxatividad del catálogo de derechos fundamentales en el capítulo III de la CPR,³³ rechaza la alternativa de que existan derechos no consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, su posición es incompatible con la primera de las lecturas sobre derechos “implícitos”.

Respecto del fondo del asunto –esto es, si pueden haber derechos “implícitos” en el sentido de derechos no positivizados– Aldunate ad-

³³ Este autor sostiene que “[j]unto a las disposiciones de los artículos 19, 20 y 21, es posible distinguir otros preceptos constitucionales que reconocen o atribuyen derechos individuales. Estos son: el artículo 10 (derecho a la nacionalidad chilena), el artículo 12 (recurso de reclamación de nacionalidad), la consagración de los derechos del artículo 13 i. II, la atribución de derecho a sufragio para los extranjeros del artículo 14, la igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos del artículo 18, el derecho de reclamación por lesión de derechos del artículo 38, el derecho a indemnización por requisiciones y limitaciones al dominio que consagra el artículo 45, el derecho de acción contra los ministros de Estado contemplado de manera implícita en el artículo 53 N° 2, el derecho de acción ante del Tribunal Constitucional para los casos de los numerales 10 y 13 del inciso I del artículo 93, según lo dispone el i. XV del mismo artículo, y el precepto relativo a la igualdad frente al Banco Central, del artículo 109 i. final”. ALDUNATE (2008), pp. 335-336.

vierte los problemas normativos que ello acarrea. Según el autor, esto “implica investir a los órganos jurisdiccionales no sólo con una facultad y deber de tutela respecto a entidades innominadas, sino que, y en el caso de la jurisdicción constitucional, dotarla de facultades para alzarse en contra de la actuación legislativa, sobre la base de proposiciones iusfundamentales sin respaldo constitucional positivo”.³⁴ Como se desprende de lo anterior, la aceptación de los derechos “implícitos” —al menos en una de sus lecturas, en este caso, como derechos no positivizados— tiene como principal dificultad argumentar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un precepto legal en base a un pretensión que carece de una norma positiva de sustento o de fundamentación.

En el caso de la jurisprudencia constitucional más arriba citada, el autor critica la interpretación del TC para la determinación de esta clase de derechos. Así, por ejemplo, a propósito de la STC Rol 239, arguye que “[...] el Tribunal construye la figura de un derecho fundamental del funcionario público a la carrera funcionaria, transformando así una norma o principio organizador de la administración pública en un derecho subjetivo y, además, con carácter fundamental. En este carácter viene a asumir, y ésta es la función que le otorga la argumentación del tribunal, no el rol de un principio de organización administrativa a disposición del legislador en cuanto a su configuración concreta, sino el de un derecho fundamental, con la apertura a un argumento de contenido esencial como límite último de la actuación legislativa”.³⁵

Recordemos que este pronunciamiento establecería un derecho “implícito” en la tercera lectura que hemos descrito. Por lo tanto, para Aldunate, debería rechazarse los derechos “implícitos” como reformulaciones interpretativas de normas constitucionales. Este tipo de conversión plantearía limitaciones respecto del margen de acción del legislador para configurar la administración del Estado, pero, a la vez, acarrearía dificultades para una dogmática de los derechos fundamentales. Aldunate considera que esta argumentación pone en tela de juicio

³⁴ ALDUNATE (2008), p. 345.

³⁵ ALDUNATE (2008), p. 345.

la consideración de que los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, considerándose la calidad de funcionario público como una propiedad o atributo que habilita para la titularidad del derecho implícito en comento.³⁶

Por otra parte, considera “peligroso” permitir el reconocimiento de estos derechos que no tengan la calidad de “fundamentales” y que puedan referirse a aspectos particulares de la configuración del ordenamiento jurídico, como la definición de las plantas de la Administración del Estado, “alterando de este modo de manera definitiva el carácter normativo de la Constitución en la distribución de competencias entre legislador y Tribunal Constitucional”.³⁷

Luego, sostiene que la interpretación que estima que existen otros derechos fundamentales fuera del capítulo III de la CPR “permitiría entender que existen derechos fundamentales fuera de los capítulos I y III de la Carta y que, por lo tanto, no es posible afirmar de manera general que los derechos fundamentales cuentan con una regla de reforma especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 i. II”.³⁸ Se trata de un argumento interesante: los quórum de reforma constitucional no son los mismos para todos los preceptos de la CPR. La regla general requiere que la modificación de las normas constitucionales sea aprobada por tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Sin embargo, determinados capítulos requieren un quórum más elevado, que exige la aprobación de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Entre tales capítulos se encuentran las “Bases de la Institucionalidad” (capítulo I) y “De los Derechos y Deberes Constitucionales” (capítulo III). Por lo tanto, capítulos como el de Nacionalidad y Ciudadanía no exigirían la regla del máximo quórum de aprobación de reforma constitucional. Tal protección se explicaría por la importancia del objeto que está regulado en tales apartados. El dispositivo de rigidez constitucional opera como garantía frente circunstanciales mayorías democráticas y eleva

³⁶ ALDUNATE (2008), pp. 345-346.

³⁷ ALDUNATE (2008), p. 346.

³⁸ ALDUNATE (2008), p. 346.

los niveles de consenso requeridos para la definición de, por ejemplo, los derechos constitucionales.

El argumento, aunque convincente, no es concluyente. En primer término, no sería coherente con la argumentación del autor, que ha afirmado la existencia de derechos individuales más allá del capítulo III —como el derecho a la nacionalidad chilena (artículo 10 de la CPR) o de reclamación por lesión de derechos (artículo 38 de la CPR). Estos preceptos no gozan de la protección del quórum reforzado establecido a propósito del capítulo III. Por otro lado, la exigencia de un quórum de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio se aplica no sólo a disposiciones “materiales” de la CPR —como artículos 1º o 19— sino también a preceptos que responderían a la parte orgánica de la Carta y que no justificarían los elevados niveles de consenso exigidos para su modificación. Así, los capítulos referidos a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad o al Consejo de Seguridad Nacional contienen normas cuyo objeto difícilmente fundamenta su alto quórum de reforma y que sólo puede ser explicado por las consideraciones históricas de la dictadura militar.

Me parece que el problema debe ser enfocado desde otra perspectiva. La presencia o ausencia de garantías —como es el quórum de reforma— no puede ser un elemento que determine la identificación de las normas de derecho fundamental. Así lo ha entendido, correctamente pienso, Luigi Ferrajoli.³⁹ Lo mismo se extiende al problema de los derechos que están protegidos y los que no lo están por el recurso de protección, en el artículo 20 de la CPR. Así también uno puede argüir que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, establecida en el artículo 93 de la CPR, es un mecanismo de garantía que se aplica a todos los preceptos constitucionales, con independencia del capítulo en que se encuentren o si tienen tutela jurisdiccional mediante una acción especial como es el recurso de protección.

³⁹ Véase, en general, FERRAJOLI (1999); Íd. (2001).

En otros términos, la identificación de las normas de derecho fundamental escapa al alcance la concepción *formalista*.⁴⁰ Los derechos fundamentales no estarían, exclusivamente, reconocidos en el capítulo III de la CPR. Empero, abrirse a consideraciones materiales para determinar cuáles son los derechos fundamentales es un problema profundo de difícil resolución, en especial por los criterios que se empleen en tal empresa como respecto de la institución que, autoritativamente, determine tales derechos. A continuación, intentaré avanzar algunos criterios que permitan clarificar la identificación de normas iusfundamentales en el ordenamiento jurídico chileno.

II. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. Concepciones de derechos fundamentales

Tal como hemos advertido, la concepción *formalista* es demasiado estrecha para poder determinar las normas de derecho fundamental. Sobre esto debe profundizarse. Robert Alexy estima que existen tres concepciones sobre los derechos fundamentales que inciden en la identificación de las normas que los soportan.⁴¹ La primera de ellas es la que aquí hemos denominado como *formalista* y que entiende que los derechos fundamentales están definidos como aquellos contenidos en una Constitución o en determinadas partes de la misma, aquellos que la Constitución los define como derechos fundamentales o los que les dota de una protección especial, como podría ser una acción de amparo ante un tribunal con competencia constitucional.⁴² Hemos revisado algunas de las razones de por qué esta concepción se muestra estrecha

⁴⁰ Este argumento sigue de cerca y aplica analógicamente a la CPR las consideraciones que Alexy hace respecto de la Ley Fundamental alemana de 1949. Véase a ALEXY (2006), pp. 15-16.

⁴¹ Véase, en general, ALEXY (1993). En textos recientes puede consultarse a ALEXY (2006); Íd. (2010).

⁴² ALEXY (2006), p. 15.

en el reconocimiento de normas iusfundamentales y cómo la doctrina rechaza esta aproximación en general para nuestro ordenamiento.

Las otras dos concepciones se desvían —en mayor o menor medida— del componente estrictamente formal. Para ello, asumen un criterio de carácter cualitativo que permite la identificación de las normas iusfundamentales. Se trata de las concepciones *sustancialistas* o *procedimentales*. Las primeras, incluyen criterios que van más allá del hecho de que un derecho esté enunciado, numerado o garantizado en una Constitución.⁴³ Alexy pone como ejemplo a autores como Schmitt o Forsthooff que asumen que los únicos derechos *genuinamente* fundamentales son aquellos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado.⁴⁴ Se trata de una concepción liberal de derechos fundamentales que distingue bajo un criterio cualitativo en razón de la estructura de la posición subjetivamente garantizada —derechos de defensa— y el destinatario de la obligación iusfundamental —el Estado—. Este criterio puede o no ser compartido pero complejiza la identificación de normas iusfundamentales, puesto que excluye de tal consideración a los derechos de protección y derechos sociales.

La concepción sustancialista de corte liberal no es, por cierto, la única alternativa. Dependiendo el criterio cualitativo de identificación que se escoja se estará a distintos grupos de derechos. No es el lugar para revisar todas estas alternativas, pero es importante mencionar al menos uno que es recurrente en el medio jurídico chileno: el resorte a la dignidad humana como factor de identificación de derechos fundamentales. El recurso a la dignidad humana se emplea como un criterio que permite legitimar pretensiones con carácter iusfundamental. De más está decir que esta cláusula constitucional es de un altísimo contenido abstracto e indeterminado y que requiere un ejercicio profundo de interpretación para su aplicación. Por ello, como factor de reconocimiento de derechos, puede ser *demasiado amplio*. En otros términos, al apelar a la dignidad humana se podría llegar a un extremo de disolución del problema de identificación, toda vez que cualquier pretensión subjetiva que pueda

⁴³ ALEXY (2006), p. 16.

⁴⁴ SCHMITT (2008), pp. 197ss.

alojarse bajo la amplísima y vaga cláusula de dignidad ameritaría reconocimiento iusfundamental. Esta aproximación, por lo demás, al descansar en el principio de dignidad humana hace recaer todo el peso de la argumentación en el contenido valorativo del mismo, soslayando, en ocasiones, el arreglo y disposición formal de normas constitucionales que otorgan potestades subjetivas a las personas. En otras palabras, argumentar que se tiene un derecho fundamental única y exclusivamente porque debe entenderse que forma parte de la dignidad humana, hace inoficioso el trabajo de redacción de catálogos de derechos y de la especificación de sus garantías.

La tercera concepción que revisa Alexy se denomina *procedimental* y se entiende en relación al rol que cumplen los derechos fundamentales en el marco de un Estado Democrático de Derecho. Serían derechos fundamentales, según esta concepción, aquellos que son, a la vez, las bases y los límites del proceso democrático y, por tanto, la decisión primaria de protegerlos no puede dejarlos sujetos a las (simples) mayorías democráticas.⁴⁵ No se trataría de enunciados normativos contramayoritarios, en principio, toda vez que el ejercicio primario de soberanía y autogobierno ha sujetado el ejercicio deliberativo al respeto de derechos que se consideran indispensables para el funcionamiento del proceso democrático. Un buen ejemplo de esta consideración de normas iusfundamentales se encuentra en el trabajo del politólogo Robert Dahl, que desarrolla un catálogo de derechos consustanciales para el funcionamiento del régimen democrático.⁴⁶ Asimismo, se trata de una usual fundamentación para el ejercicio de la función de control de constitucionalidad de la ley en el marco de Estados democráticos.⁴⁷

En nuestro país, la tendencia mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia se ubicaría en una concepción sustancialista basada en el principio de la dignidad humana.⁴⁸ Como hemos señalado, se trata de

⁴⁵ ALEXY (2006), p. 17.

⁴⁶ DAHL (1989), pp. 13-15.

⁴⁷ Véase a ELY (1980).

⁴⁸ Véase, por todos, a CEA (2004) y EVANS (1999).

una aproximación posible entre varias otras y que no está exenta de dificultades. Hay dos que son evidentes: la primera es su alta abstracción y generalidad; la segunda, referida a la posibilidad de argüir derechos fundamentales prescindiendo de normas iusfundamentales, adoptando una lectura iusnaturalista de la CPR. Pretenderemos señalar algunos criterios que permitan delimitar la identificación de normas iusfundamentales e intentar salvar algunas de estas dificultades.

2. Sobre la clausura/apertura del catálogo de derechos

Cualquier lectura que pretende determinar cuáles son los derechos fundamentales de un ordenamiento dado debe partir examinando las normas de mayor jerarquía que determinan las condiciones de validez del resto de las fuentes formales.⁴⁹ En dicho texto jurídico, se suelen encontrar catálogos de derechos y es pacífico considerar que se tratan de derechos fundamentales. Pese a ello, el primer aspecto a considerar radica en la apertura o clausura de aquellos catálogos de derechos, ya sea en una Carta Fundamental o en un tratado internacional. Como ya hemos revisado, la posición absolutamente dominante en la doctrina constitucional chilena estima que el catálogo del artículo 19 no es taxativo y que existen normas que atribuyen derechos fuera de dicho capítulo constitucional. Esta posición es razonable y debe ser recalcada: los derechos fundamentales no se encuentran exclusivamente establecidos en el artículo 19 de la CPR y existen numerosas normas de derecho fundamental tipificadas fuera de dicho artículo.⁵⁰

Sin embargo, aceptar que el catálogo de derechos del capítulo III no es cerrado, no importa la aceptación de todas las posibles lecturas que podemos hacer de los derechos "implícitos". En otros términos, uno puede aceptar la idea de que los derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico nacional, no se encuentran únicamente consagrados en

⁴⁹ En relación a la máxima fuerza jurídica de los derechos fundamentales, véase a ALEXY (2003), p. 34.

⁵⁰ Una posición similar se encuentra en RUIZ-TAGLE (2001); Íd. (2006).

el artículo 19 de la CPR, pero de ello no se deriva, por ejemplo, que los derechos fundamentales puedan carecer de una norma positiva para ser esgrimidos como potestades subjetivas en contra de los poderes públicos.

En el caso chileno, la situación se complejiza aún más debido a que la CADH establece, de manera explícita, la ampliación de derechos humanos a los que no están establecidos en sus normas. La norma del artículo 29, sin embargo, debe ser leída cuidadosamente, especialmente en su contexto de precepto que rige la interpretación de los derechos humanos de la CADH y en relación al ejercicio de funciones que efectúan la Comisión Interamericana y la CIDH. Por lo tanto, y a diferencia de lo que ha expresado, entre nosotros, Humberto Nogueira,⁵¹ no debe entenderse que tal disposición permite la atribución de nuevos derechos y que faculta un evolucionismo en materia de derechos fundamentales sino que sólo busca limitar la discrecionalidad de la hermenéutica de las disposiciones de derechos humanos, con el objeto de no imponer limitaciones o restricciones desproporcionadas o arbitrarias en el derecho general de libertad y de igualdad que asegura la Convención. A falta de interpretaciones autoritativas por parte de la CIDH del artículo 29 de la CADH, sería razonable asumir una actitud cauta frente al reconocimiento de derechos sin norma expresa, en el plano internacional, toda vez que supone que se trataría de una obligación iusfundamental que sería impuesta a un Estado sin haber consentido en ella.⁵²

⁵¹ Nogueira ha sostenido que "puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras" (NOGUEIRA, 2006, p. 230). Luego, refiriéndose a los derechos implícitos, afirma que "[e]l concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen" (NOGUEIRA, 2006, p. 232, énfasis agregado).

⁵² El argumento que los Estados parte de la CADH ya habrían consentido *ab initio*

Salvado este punto, debe sostenerse que el requisito central para la identificación de un derecho fundamental requiere que se determine una norma positiva de jerarquía superior, como es la CPR, que atribuya tal potestad subjetiva. Es más, en su artículo 5º, la CPR lo que hace es prescribir cuáles son las fuentes formales que, al establecer derechos, pueden limitar la soberanía del Estado. Cuando su inciso segundo establece que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, en una técnica normativa sensata, adjudica la obligación de los órganos del Estado de respetar y promover “tales derechos, *garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (énfasis agregado). Esta segunda parte suele ser poco acentuada. Los deberes estatales —y la limitación de la soberanía— están establecidos en relación a tales derechos positivizados y no a cualquier pretensión esgrimida como iusfundamental.

Por lo tanto, es en razón de la misma Carta Fundamental que debe reputarse que los derechos establecidos en normas de tratados internacionales también pueden ser estimados por una comunidad de intérpretes, como normas de máxima jerarquía, al menos en el establecimiento de los derechos.⁵³ Si bien el debate sobre el rango de los tratados confunde y enreda todo esto, pareciera que la posición dominante de la doctri-

en derechos “implícitos” al suscribir el tratado en cuestión sería simplista. Los Estados desarrollaron un tremendo esfuerzo en la tipificación de normas de derechos humanos en la CADH y buscaron, al igual que Hamilton en el ámbito estadounidense, que no se precluyeran las posiciones de igualdad y libertad que existían al momento de adoptarse y entrar en vigencia el pacto en cuestión. En tal sentido, la cláusula de apertura sería un recurso *quasi* retórico para la última defensa de derechos retenidos por las personas con independencia de la asociatividad estatal. Esto no obsta al desarrollo de obligaciones internacionales por parte de la costumbre internacional o a través de normas de *ius cogens*, pero el problema, entonces, se traslada a la determinación de tales normas consuetudinarias y a la definición de las normas de derecho internacional imperativo, por un lado, y respecto de los órganos que tienen la competencia para efectuar tal examen, por el otro.

⁵³ Esta posición no prejuzga, en consecuencia, cuál debe ser el rango o nivel de los tratados internacionales en el esquema de fuentes formales de un ordenamiento dado. Lo único que señala que es admisible que se entiendan determinadas normas de

na apunta a considerar que los derechos contenidos en determinados tratados internacionales deben considerarse como fundamentales. Tal interpretación es razonable y permite conjugar el desarrollo de los derechos humanos en el plano internacional con el mecanismo de garantías que se adoptan a nivel interno.

3. La positividad de la norma iusfundamental y su indeterminación

Ahora bien, este primer criterio avanza en la determinación de la positividad de las normas de derecho fundamental pero especifica poco. Según este primer presupuesto, cualquiera de las normas que goza de la propiedad de suprajerarquía formal podría, eventualmente, atribuir normas de derecho fundamental. En este punto cabe hacer una segunda distinción más fina. Para ello, debemos recurrir a una diferenciación de tres niveles en la concreción de normas de derecho fundamental, expuesta por Alexy⁵⁴ y desarrollada por Bernal Pulido.⁵⁵ En este caso, se distingue entre normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscriptas e individuales.

Una norma iusfundamental directamente estatuida constituye una formulación abstracta de las disposiciones de derecho fundamental y lo que éstas ordenan.⁵⁶ En términos simples, las disposiciones de derecho fundamental son traducidas mecánicamente en términos deónticos, aunque su literalidad no lo exprese. Por ejemplo, el artículo 1º, inciso 1, de la CPR consagra que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Tal enunciado, leído desde su mera literalidad, no expresa un mandato, permiso o prohibición. Para determinar la norma iusfundamental directamente estatuida, la disposición en comento

un tratado internacional como enunciados jerárquicamente superiores a la ley en lo que dice relación con el establecimiento de derechos fundamentales.

⁵⁴ ALEXY (1993).

⁵⁵ BERNAL PULIDO (2007), pp. 114-138.

⁵⁶ Véase a BERNAL PULIDO (2007), pp. 109-110.

debe ser leída en clave deóntica. Por lo tanto, tal precepto requiere ser *traducido* a un enunciado de deber ser, como “las personas deben ser tratadas como libres e iguales en dignidad y derechos desde su nacimiento” o “está obligado tratar a las personas libres e iguales en dignidad y derechos desde su nacimiento”. Estos últimos enunciados son normas iusfundamentales directamente estatuidas. La traducción operativiza una disposición de derecho fundamental en un enunciado deóntico, es decir, en un mandato, prohibición o permisón.

En un segundo nivel de concreción encontramos a las normas iusfundamentalmente adscritas a la CPR. Si bien las normas directamente estatuidas establecen un mandato, prohibición o permisón, rara vez se utilizan como premisa mayor en la argumentación de un caso constitucional por su radical apertura. Por ello, se busca determinar el sentido y alcance de estas normas, así como sus condiciones de aplicación. En razón de esto, encontramos las normas adscritas de derecho fundamental. Debemos entender por adscripción de normas un proceso y relación de clarificación de la norma directamente estatuida en base a una argumentación iusfundamentalmente razonable.⁵⁷ El detalle del contenido de estos enunciados se efectúa, por tanto, a través de dos mecanismos: la concreción y la actualización de normas adscritas de derecho fundamental.⁵⁸

La actualización supone aquellos actos institucionales que emanan de los poderes públicos y que especifican el contenido de un enunciado de derecho fundamental a través de la explicitación de condiciones de aplicación y la regulación del ejercicio de una posición subjetiva garantizada con carácter iusfundamental. El principal órgano para actualizar derechos fundamentales es el legislador, a través de normas que delimitan la esfera de autonomía garantizada a una persona. Un excelente ejemplo de ello constituye el derecho al matrimonio. Si bien está establecido en el artículo 17.2 de la CADH,⁵⁹ la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947,

⁵⁷ Cfr. ALEXI (1993), pp. 66 ss.

⁵⁸ BERNAL PULIDO (2007), pp. 119-124.

⁵⁹ Artículo 17. Protección a la Familia.

en su artículo 2° dispone que: “*La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*” (énfasis agregado). La normativa legal, en consecuencia regula y determina la forma de ejercer el derecho a contraer matrimonio.

La concreción, por otra parte, consiste en aquella interpretación efectuada por los órganos con competencias de control de constitucionalidad que especifica el contenido de un derecho. En otros términos, se trata de un “acto institucional que, desde el punto de vista pragmático, reviste el carácter de una aseveración interpretativa o de una aseveración acerca de la existencia o de la validez definitiva de una norma: la norma adscrita”.⁶⁰ Un buen ejemplo de ello se puede encontrar en la sentencia del TC sobre el derecho de acción de las víctimas, en el marco del proceso penal.⁶¹ Interpretando la igualdad en el ejercicio de los derechos y en conjunto con el artículo 83, inciso 2°, ⁶² estimó que el derecho a la acción para iniciar un proceso penal, por parte de la víctima de un delito, debe ser estimado un derecho fundamental que forma parte de la cláusula de debido proceso —establecida en el artículo 19, N° 3, inciso 5°—. Como sostuvo el TC:

“Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma,

“[...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. [...]”.

⁶⁰ BERNAL PULIDO (2007), p. 120

⁶¹ STC Rol N° 815, de 19 de agosto de 2008.

⁶² “[...] El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.[...]”.

del derecho a la acción que le confiere el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma”.⁶³

El razonamiento anterior reconoce a las víctimas de un delito, como parte del contenido del derecho al debido proceso, la facultad de interponer acciones en el marco del proceso penal. Esto, adicionalmente, configuraría iusfundamentalmente a la potestad atribuida en el artículo 83 de la CPR. Se trata de una argumentación que especifica el enunciado general del debido proceso –como norma iusfundamental directamente estatuida– en uno de sus elementos centrales: el acceso a la tutela jurisdiccional. En la adscripción de normas de derecho fundamental, cuando se efectúa por la vía de concreción, existe un deber de fundamentación.⁶⁴ La adscripción permite la identificación de una norma de derecho fundamental adscrita, *si media una argumentación iusfundamentalmente razonable*.

En el máximo nivel de concreción, por último, encontramos a las normas individuales de derecho fundamental. Éstas son particularmente sencillas de identificar, toda vez que corresponden a aquellas normas que están contenidas en la parte resolutive de la sentencia emanada de un órgano con competencia de control de constitucionalidad y que versa sobre derechos fundamentales.⁶⁵ Se trata del resultado de la operación silogística entre la premisa mayor (PMa) –constituida por una norma iusfundamental directamente estatuida o adscrita– y la premisa menor (PMe) –constituida por los hechos del caso–. Por lo tanto, en la parte resolutive del fallo encontraríamos que a X le está prohibido efectuar una determinada conducta en razón de lo dispuesto por la regla contenida en la PMa.

Cabe advertir que estas tres categorías no son compartimentos estancos y se proponen con objeto meramente analítico, para efectos de profundizar en el problema de los derechos “implícitos”. Volviendo al tema, encontramos que estos tipos de normas barajan distintos niveles de abstracción y especifican fórmulas de concreción de derechos fun-

⁶³ STC Rol N° 815, *cit.*, cons. 4°.

⁶⁴ ALEXI (1993), pp. 66-72.

⁶⁵ BERNAL PULIDO (2007), p. 135.

damentales. Por lo tanto, utilizar categorías más finas permitiría evitar los problemas metodológicos que plantea la identificación de derechos “implícitos”. En otros términos, sustituyendo un concepto complicado y difícil de asir o determinar como es el de los derechos “implícitos”, bien se podría hablar, por ejemplo, de derechos fundamentales establecidos en normas adscritas de derecho fundamental. Tal sería el caso, por ejemplo, para el derecho de acceso a la información pública⁶⁶ y también podría serlo para el derecho a la acción y la querrela, en el caso de las víctimas de un delito, como ya hemos visto. No habría que recurrir a construcciones argumentativas que “implican” o “presuponen” derechos, casi en un intento de revelación de los recónditos recovecos de las normas iusfundamentales, sino que bastaría desarrollar una argumentación que permite fundar en las normas de la CPR –o de un tratado internacional– un determinado derecho.

Esto relevaría las complejidades que se derivan de una oscura y ambigua categoría de derechos denominados “implícitos” y lo trasladaría al ámbito de la determinación por vía de concreción y actualización, radicando en los órganos estatales la función de pormenorizar el contenido de los derechos fundamentales, con carácter autoritativo. Por lo tanto, no sólo se radica en el legislador y el TC, entre otros, la tarea de delimitación de derechos, sino que también se garantiza que estos poderes públicos actuarán en base a las normas constitucionales e internacionales que establecen derechos. Por otra parte, no habría “creaciones” de nuevos derechos por autoridades que carecen de competencia para la reforma de la CPR; se trataría de una desescalada en grados de abstracción en el marco de las competencias constitucionalmente dispuestas para regular el ejercicio de los derechos –en el caso del legislador– y para efectuar el control de constitucionalidad –en el caso del TC y los demás órganos de control de constitucionalidad–. Evidentemente, esta construcción no evita abusos de los poderes públicos –como leyes que afectan el contenido esencial de un derecho– o malas decisiones –como sentencias que incurren en errores lógicos o arguyen en base a fuentes impertinentes

⁶⁶ GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 140 ss.

para el ordenamiento chileno—. Es claro que el abuso de poder o las malas decisiones no se corrigen con refinaciones de la teoría de los derechos fundamentales, pero ésta sí permite identificar de mejor forma el actuar arbitrario de tales agentes.

Reemplazar la teoría de los derechos “implícitos”, adicionalmente, establecería deberes de fundamentación en la relación de adscripción de normas. Esta obligación para la concreción de enunciados iusfundamentales transparenta los motivos de la decisión constitucional y permite el control argumentativo de las bases racionales para tal fundamentación. Por otro lado, el desarrollo de las razones que especifica un derecho desde una disposición iusfundamental habilita identificar condiciones operativas en la aplicación de precedentes de la jurisprudencia constitucional, favoreciendo la certeza jurídica en el alcance de nuestros derechos.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El problema de los derechos “implícitos” está asociado a la historia de los derechos fundamentales y del pensamiento que los ha ido perfilando. Desde la base del derecho natural, se estima que la persona humana posee derechos más allá de los que consagran las normas positivas. Si bien la aspiración moral de justicia en casos concretos puede ser plausible, hace flaco favor a la coherencia y estabilidad de una dogmática y jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Es deseable, por tanto, realizar un esfuerzo en torno a delimitar con mayor precisión las normas de derecho fundamental que atribuyen derechos. En este trabajo presentamos algunas notas que pretenden aportar en la metodología de identificación de derechos fundamentales, tanto reafirmando la necesidad de normas iusfundamentales positivas, por un lado, como procurando respetar las competencias constitucionalmente garantizadas a los órganos del Estado.

Tanto la aspiración de “nuevos” derechos como la estratégica utilización de la protección iusfundamental en pretensiones subjetivas que carecen de tal tutela pueden conducir a mejoras en las posiciones de ciertos individuos, pero, a la vez, pueden deteriorar nuestra comprensión de los derechos fundamentales y nuestro arreglo del funcionamiento de

las instituciones. Esta mera advertencia nos conduce necesariamente a la necesidad de generar enunciados de dogmática que resguarden el orden constitucional vigente pero favorezcan la flexibilidad en la interpretación del alcance de nuestros derechos. Para ello, el problema de los derechos “implícitos” debe recomprenderse en clave de las normas positivas de derecho fundamental y en relación a las potestades que la CPR entrega a los órganos del Estado. En ese entendido, el legislador y el TC gozan de un rango de poderes que los habilitan para ir actualizando y concretando el contenido de los enunciados de derecho fundamental. La actualización y la concreción parecen mecanismos más que suficientes para tutelar la igualdad y la libertad en nuestro sistema constitucional, sin tener que recurrir a elucubraciones teóricas sobre derechos no enumerados, no enunciados o, simplemente, “implícitos”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE (2008), *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- ALEX, ROBERT (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEX, ROBERT (2003), “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, (Traducc. Alonso García Figueroa, Madrid, Trotta).
- ALEX, ROBERT (2006), “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en Menéndez, Agustín José y Eriksen, Erik Oddvar (eds.), *Arguing Fundamental Rights* (Dordrecht, Springer).
- ALEX, ROBERT (2010): “The Construction of Constitutional Rights”, en *Law & Ethics of Human Rights* (Vol. 4, N° 1).
- BARRANCO, MARÍA DEL CARMEN (1996), *El Discurso de los Derechos. Del Problema Terminológico al Debate Conceptual* (Madrid, Dykinson).
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2007), *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed.).
- CARPIO, EDGAR (2000), “El Significado de la Cláusula de los Derechos no Enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales* (Universidad Autónoma de México, junio-diciembre, N° 3).

- CEA, JOSÉ LUIS (2004), *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- DAHL, ROBERT (1989), *La Poliarquía. Participación y Oposición* (Traducc. Julia Moreno San Martín, Madrid, Tecnos).
- DÍAZ DE VALDÉS, JUAN MANUEL (2009), "Una Visión del Combate a la Corrupción centrada en los Derechos Fundamentales: El Derecho de Acceso a la Información Pública y su nueva Regulación Legal", en Romero, Juan José, Rodríguez, Nicolás y Olivares, José Miguel (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).
- ELY, JOHN HART (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- EVANS DE LA CUADRA (1999), *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.).
- FERRAJOLI, LUIGI (1999), *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Traducc. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, LUIGI (2001), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta).
- FIORAVANTI, MAURIZIO (2007), *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Historia de las Constituciones* (Traducc. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 5ª ed.).
- FIGUEROA, RODOLFO (2007), "La Distinción entre Reglas y Principios Aplicada al Problema de la Jerarquía de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Nº 25).
- GARCÍA, GONZALO y CONTRERAS, PABLO (2009), "Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 7, Nº 1).
- GREPPI, ANDREA (1999), "Los Nuevos y los Viejos Derechos Fundamentales", en *Derechos y Libertades* (Madrid, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 4, Nº 7).
- GROSS, HÉCTOR (2000), "Los Derechos Humanos No Enumerados o No Enunciados en el Constitucionalismo Americano y en el Artículo 29.C) de la Convención Americana de Derechos Humanos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Nº 4).
- HAMILTON, ALEXANDER (1788), "Federalist Nº 84", disponible [en línea]: <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed84.htm> [última visita efectuada 31.08.2010].
- HENRÍQUEZ, MIRIAM (2008), "Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 6, Nº 2).
- HENRÍQUEZ, MIRIAM (2009), *Las Fuentes Formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing).
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2006), *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2007), "Los Derechos Contenidos en Tratados de Derechos Humanos como Parte del Parámetro de Control de Constitucionalidad: La Sentencia Rol Nº 786-2007 del Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 5, Nº 2).
- NÚÑEZ, MANUEL (2009), "La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional. Práctica y Principios Metodológicos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXXII).
- OLMEDO, JUAN PABLO (2008), "Comentarios acerca del Derecho de Acceso a Información Pública", en VV.AA., *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile* (Santiago, Fundación Pro Acceso).
- PECES-BARBA, GREGORIO *et al.* (1984), *Derecho Positivo de los Derechos Humanos* (Madrid, Debate).
- PEÑA, MARISOL (2008), "La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 6, Nº 1).
- RAJEVIC, ENRIQUE (2009), "La Jurisprudencia Inicial del Consejo para la Transparencia", en *Revista de Derecho* (Santiago, Consejo de Defensa del Estado, Nº 22).
- RUÍZ-TAGLE, PABLO (2001), "Una Dogmática General para los Derechos Fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile, Vol. 63, T. I).
- RUÍZ-TAGLE, PABLO (2006), "Entre el Iusfundamentalismo y la Democracia", en Cristi, Renato y Ruíz-Tagle, Pablo, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago, Lom Ediciones).