



EL EXCESO DEL POSITIVISMO EN CHILE: ANÁLISIS DEL DERECHO A UN AIRE LIMPIO

Rolando García Castillo.

Asistente en Derecho Procesal y Ambiental por la Universidad Científica del Sur.

Introducción

En los últimos meses se viene discutiendo el proyecto de una nueva Constitución en Chile. De las múltiples reformas que se plantea hacer a la Constitución actual de 1980 se pretende incorporar el derecho al aire limpio, de la siguiente manera: “Artículo 49.- Todas las personas tienen el derecho al aire limpio durante todo el ciclo de vida, en la forma que determine la ley”.

Se analizará brevemente si existe un exceso del positivismo constitucional, al considerarse que todo lo recogido en una norma jurídica constituye una garantía para el ciudadano y, al mismo tiempo, qué sucede con aquellos derechos fundamentales que no están recogidos en una Constitución ¿estos no merecen tutela?

Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son inherentes a los seres humanos y los mismos forman parte esencial del normal desarrollo de la persona dentro de la sociedad. Por ser inherentes, intransmisibles, irrenunciables, no necesariamente deben estar recogidos en una Constitución. Al respecto, Bustamante, R. (2015) señala que: “aceptar que los derechos fundamentales se constituyen por la positivización significaría olvidar que existen derechos inherentes al ser humano que son anteriores al ordenamiento jurídico, ejemplo: el derecho a la vida, ello implicaría que dejemos en manos del Estado el número de derechos y su contenido” (p.55).

En esa medida, el derecho al aire limpio no necesita estar reconocido en la Constitución, pero el mismo debe ser tutelado ante una amenaza o vulneración a través de los procesos colectivos. En esa línea nos preguntamos, ¿qué sucede si no aprueba el texto constitucional? ¿ello nos puede llevar a la conclusión que, al no estar recogido en un texto constitucional, no tenemos el derecho a tener un aire limpio? Señalar lo anterior significa seguir creyendo lo señalado por Kelsen (1946) al entender que el derecho positivo como ordenación que amenaza coactivamente es un medio específico técnico-social para alcanzar fines cuya



determinación queda fuera del derecho positivo. Su forma, esto es, la forma básica del precepto jurídico está suficientemente caracterizada por un juicio hipotético que anuda un cierto hecho típico como condición con un cierto acto coactivo como consecuencia mediante el deber ser (p. 21).

Por consiguiente, compartimos lo señalado por Bustamante (2015) al indicar que, al concebirse de forma unánime que solo son derechos fundamentales o humanos aquellos que fueron recogidos en una norma jurídica escrita, en vista que el Estado es quien produce en forma exclusiva las normas jurídicas escritas de naturaleza estatal, es una concepción semejante que podría desfigurarse al punto de sostener que los derechos fundamentales o humanos son los que el Estado dicen que son. La experiencia de los últimos años nos enseña que tal concepción pondría en peligro la libertad del ser humano y su convivencia justa y pacífica, pues el Estado tendría en sus manos la determinación de sus principales derechos (p. 54).

Tribunal Constitucional y Positivism Jurídico

En el Perú el Tribunal Constitucional tiene como función entre otras la correcta interpretación y protección de la constitución, vigencia de los derechos fundamentales, el control constitucional, político, etc. Al mismo tiempo, en los últimos tiempos ha emitido decisiones controvertidas, que ha creado incentivos positivos y negativos en la sociedad, hasta el punto en pensar que el Tribunal Constitucional debe ser desactivado del sistema jurisdiccional.

A manera ilustrativa, pondremos un caso resuelto por el Tribunal Constitucional y la opinión de la Defensoría del Pueblo, sobre el derecho a la consulta previa en relación con la concepción del positivismo en los derechos fundamentales.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 03066-2019-PA/TC, en el fundamento 2, señala que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.

La Defensoría del Pueblo (2022), en relación con la sentencia anterior, emitió una opinión en la cual señala que constituye un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, así como es contraria a la Constitución Política, a los tratados internacionales y se aleja injustificadamente de los estándares previamente establecidos a lo largo de su jurisprudencia.



La Defensoría hace referencia que la consulta previa es un derecho fundamental a la luz del artículo 55 de la Constitución Política, citando la sentencia recaída en el Exp. N° 0025-2005-PI/TC, donde el Estado peruano no puede invocar disposiciones de su derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales, más aún, cuando el propio Tribunal Constitucional ha concluido que los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte tienen rango constitucional (fj. 26).

De las sentencias del Tribunal Constitucional y la opinión de la Defensoría del Pueblo, se evidencia la línea del positivismo respecto a la consulta previa, puesto que, el Tribunal Constitucional considera que aquel derecho que no está recogido en la Constitución Política del 1993 no merece tutela jurídica.

Por otro lado, la Defensoría también tiene una línea respecto al positivismo al mencionar que el derecho a la consulta previa está reconocido en un instrumento internacional y, que el mismo al ser ratificado por el Perú forma parte del ordenamiento jurídico y que, la sentencia discutida generó un retroceso, puesto que, ya se había reconocido en una sentencia anterior por el Tribunal Constitucional.

En esa línea, la interpretativa del Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo acogen la teoría positivista.

No concordamos con las opiniones de las mencionadas instituciones del Estado, puesto que, interpretar los derechos fundamentales desde una perspectiva del positivismo implica ignorar que hay derechos fundamentales que no necesitan estar recogidos en una Constitución y que, de igual manera deben ser tutelados (derecho natural).

Debe quedar claro que algunos derechos fundamentales son recogidos en un texto constitucional para reconocer su existencia y que, a lo mucho, ello contribuirá a una vigencia real sociológica, como también, responde a una línea política legislativa.

Los derechos fundamentales estén recogidos en un texto constitucional o no, merecen tutela, ya que, los mismos al derivar de la naturaleza misma de la persona humana -integridad física, psíquica y psicológico- son la base y fundamento del ordenamiento jurídico.



Pretender positivizar todos los derechos fundamentales a nuestro entender es un exceso del Positivismo Constitucional, puesto que, los aplicadores de la ley en la actualidad solo son meros aplicadores de la ley positiva y no analizan aquellos fundamentos, como el axiológico, teleológico, ontológico, histórico, entre otros, de los derechos fundamentales.

Si bien algunos derechos fundamentales no están recogidos en una Constitución deben ser tutelados mediante el proceso. Es por ello que considerar que el derecho fundamental al aire limpio, al no estar recogido en una Constitución (caso chileno) no merece protección, es una concepción que solo considera derecho fundamental aquel que ha sido positivizado por la norma escrita, razón misma por la que debe ser descartado.

Referencias Bibliográficas

- Bustamante, R. (2015). *Derechos fundamentales y proceso justo*. (2ª ed.). Lima: Ara Editores.
- Defensoría del Pueblo. (2022). *Defensoría del Pueblo rechaza sentencia del Tribunal Constitucional que desconoce consulta previa a los pueblos indígenas como derecho fundamental*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/>
- Kelsen, H. (1946) *La idea del derecho natural*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Tribunal Constitucional. (2022). Exp. N.º 03066-2019-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>