

Manuel A. Núñez Poblete*

Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales**

SUMARIO: 1) La titularidad de los derechos constitucionales. 1.1. Personas naturales. 1.2. Las personas morales o colectivas en general. 1.3. Las personas jurídicas de Derecho Privado. 1.4. El Estado y las personas jurídicas de Derecho Público. 2) Los sujetos obligados por las reglas del art. 19 de la Constitución. 2.1. Del Estado. 2.2. De los particulares. 3) La parcialidad del lenguaje de los derechos.

1. La titularidad de los derechos constitucionales

El tema de los titulares y de los sujetos obligados por las reglas del art. 19 CPR es de aquellos tópicos que, por su aparente condición de obvio, suele ser omitido en la discusión forense y universitaria. Sin embargo, como se verá a continuación, es un tema de importancia dogmática fundamental y de singular relevancia práctica.

El problema de la titularidad dice relación con la definición de *los sujetos de derecho habilitados para invocar, como títulos de defensa, todos o algunos de los derechos y libertades reconocidos en el elenco del art. 19 constitucional*¹. Esta cuestión es resuelta por el encabezado del art. 19 que, como se sabe, indica que los derechos que allí se “aseguran” se reconocen a “todas las personas”.

La aparente amplitud del encabezado del artículo más extenso de nuestra Constitución pareciera evitar cualquier problema. En efecto, puede en principio pensarse que

* Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica de Valparaíso Universidad Católica del Norte

** Si bien el contenido de este trabajo es de entera responsabilidad del autor, se agradecen los comentarios que a la primera parte allegó el amigo y Prof. de la Univ. Adolfo Ibáñez, José Ignacio Martínez.

Hay que dejar claro, en todo caso, que si bien la norma en cuestión concentra la mayoría de los derechos que reconoce nuestra Constitución, la enumeración de aquellos no se agota en la misma. Entre los derechos *extravagantes* al art. 19 hay que recordar, entre otros, el derecho (colectivo) a la autonomía de los grupos intermedios y el derecho (individual) a la igualdad de oportunidades a que se refiere el art. 1º; o también el derecho de acción que reconoce el art. 38 inciso 2º. Igual cosa sucede con los derechos políticos, reconocidos en el art. 13 y también el art. 18 (en lo relativo a la plena igualdad entre independientes y miembros de partidos en las contiendas electorales).

la voz "persona" comprendería directamente a las personas naturales y a las llamadas personas "morales", sin distinguir si éstas últimas cuentan o no con personalidad jurídica. No obstante, para un análisis más profundo del problema, parece necesario distinguir entre las diversas categorías de sujetos que se esconden tras la voz "persona".

1.1. Las personas naturales

No cabe duda que el constitucionalismo, como parte de la filosofía política moderna, es un movimiento de reivindicación de los derechos de la persona natural o, lo que es idéntico decir, del ser humano. Se comprende aquí entonces, utilizando el lenguaje tan preciso de nuestro Código Civil, a todo individuo que pertenezca a la especie humana. Y este individuo lo es desde el primer instante de la concepción hasta el momento de su muerte².

1.2. Las personas morales o colectivas en general

Propio del catálogo de libertades que se reconocen en el art. 19 CPR es el extenderse no sólo a las personas naturales sino también a las morales. Estas corresponden a aquellas agrupaciones de personas naturales que, constituyendo asociaciones, carecen de personalidad jurídica.

La inclusión de las personas morales encuentra su explicación en la historia fidedigna del texto constitucional³ y en las siguientes razones:

- (i) La personalidad jurídica es un atributo formal y condicionado al ordenamiento jurídico positivo, que en cuanto tal resulta relevante para efectos patrimoniales mas no para los constitucionales propios de la libertad. En la medida que resultan del ejercicio de una libertad constitucional (la libertad de asociación) los grupos intermedios y asociaciones son realidades directamente reconocidas -no creadas- y amparadas por el ordenamiento jurídico público nacional. Este es el sentido de los artículos 1º y 19 nº. 15 constitucionales.
- (ii) La personalidad jurídica es sólo la manifestación externa de una realidad material mayor, cual es la existencia de una asociación. Dicho de otro modo, la personalidad se tiene porque existe una asociación, y no viceversa.
- (iii) La personalidad jurídica es, antes que una obligación para los asociados, una

2 Cabe hacer presente que en el ámbito constitucional no tiene aplicación la definición civil acerca de la "existencia legal" de la persona (art. 74 CC.). Sobre este tema puede consultarse nuestro "El derecho a la vida o el deber de respetar la vida", en GARCIA HUIDOBRO, Joaquín, MARTINEZ, José I. y NUÑEZ, Manuel A.: *Lecciones de Derechos Humanos* (Edeval, Valparaíso, 1997), pp. 45-60.

3 Véase en este sentido la sesión N° 215, pp. 5-6.

carga. Esto explica la ubicación del tópicos en el art. 19 n.º 15 de la Constitución: en su inciso segundo y luego del derecho de asociación en general.⁴

(iv) El reconocimiento de la libertad de asociarse no se agota, ni en la teoría comparada ni en el texto de nuestra Carta Fundamental, en *la libertad* (positiva y negativa) *de asociarse*. Por el contrario, el reconocimiento del principio y derecho constitucional de la autonomía de los grupos intermedios (art. 1º CPR) supone otro derecho constitucional implícito a aquella: *la libertad de las asociaciones*.⁵

La relevancia práctica de esta titularidad fundamental puede resumirse en los siguientes aspectos:

- 1) Sin contar aquellos derechos que reconocen como titular especial a las personas morales,⁶ éstas últimas serán también titulares de todos aquellos derechos individuales que, por su propia naturaleza, admitan ejercicio por parte de entes colectivos.
- 2) La titularidad de derechos constitucionales *de orden patrimonial*, como la propiedad ya constituida a que se refiere el n.º 24 del art. 19, se condicionará a la posesión del *status* de persona jurídica.
- 3) Las personas morales tienen plena legitimación activa para interponer, en favor propio o en provecho de terceros, la acción constitucional de protección.⁷

1.3. Las personas jurídicas de Derecho Privado

Si, dentro de las voces “grupos intermedios” y “personas” utilizadas por los arts. 1º y

4 En una sentencia que ha marcado época en materia de asociación y “esencia de los derechos”, nuestro Tribunal Constitucional resolvió: “11º Que de un análisis de esta disposición [art. 19 n.º 15] se deriva, con claridad meridiana, que la Carta Fundamental regula tres institutos jurídicos a los cuales les atribuye distintos alcances, no obstante su íntima vinculación. Ellos son: el derecho de asociación en general, *las asociaciones que deseen* [cursiva nuestra] gozar de personalidad jurídica y los partidos políticos. 12º Que el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como la facultad de una persona para reunirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el Constituyente, quien ni lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado. Cualquiera persona, al solo amparo de la norma constitucional puede ejercer este derecho sin más restricción que la antes anotada” (sentencia rol 43, de 24 de febrero de 1987, sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos).

5 Sobre la libertad de asociación y libertad de las asociaciones véase nuestro “Las libertades de asociación y reunión” en *Lecciones de Derechos Humanos*, cit. nota 2, pp. 232-234.

6 Véanse por ejemplo, dentro del art. 19, los números 4 (en cuanto al derecho al respeto y protección de la honra de un ente colectivo que, por definición, carece de personalidad jurídica: *la familia*), 6 (que señala derechos especiales para las iglesias y confesiones religiosas), 12 (derecho de rectificación y respuesta en favor de toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida, o el derecho de estas últimas para fundar, editar y mantener medios de comunicación social) y 15 (en cuanto a los partidos políticos).

7 En este sentido vid.: SOTO KLOSS, Eduardo: *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Ed. Jurídica de Chile, 1982), pp. 71-73 y ARANCIBIA, Jaime: “Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica”, ponencia a las *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Edeval, Valparaíso, en prensa).

19 n°. 15, quedó comprendido el género de las personas morales, con mayor razón se encuentran comprendidas allí las personas jurídicas de Derecho Privado.

1.4. El Estado y las personas jurídicas de Derecho Público

Aun cuando no se trata de un tema extensamente tratado por la ciencia publicista nacional, pareciera haber cierto acuerdo en que el Estado también podría reclamar para sí algunos de los títulos de defensa que enumera el art. 19 de la Ley Fundamental.⁸ Similar es el panorama en la jurisprudencia judicial.⁹

1.4.1. El problema

La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla.

En efecto, dejando al margen de la discusión a las llamadas personas de Derecho Público *no estatales*,¹⁰ no resulta fácil justificar el título por el cual las personas de Derecho Público tendrían derechos constitucionales.

Muy por el contrario, razones para negarlo hay suficientes:

(i) En primer lugar, toda la filosofía política que inspiró el moderno constitucionalismo -particularmente el iusnaturalismo racionalista anglosajón y francés del siglo XVIII- configuró la teoría de los derechos fundamentales como una categoría contrapuesta y

8 En este sentido véanse SOTO KLOSS, Eduardo, op. cit. nota 6, pp. 72, 73 y 76 ("... toda persona o grupo está amparada por este R.P. [recurso de protección]: toda 'persona', y en ello queda incluido no sólo la persona natural sino también la persona jurídica, y aquí las personas jurídicas no sólo de derecho privado sino de derecho público estatal o no estatal: todo 'grupo', y en ello se incluye toda reunión de personas, ente, agrupación, organización, movimiento o asociación, de cualquier tipo, naturaleza o condición". También NOGUEIRA, Humberto: *Dogmática Constitucional* (Ed. Universidad de Talca, 1997), p. 154: "Por otra parte, está el tema de la titularidad de los derechos fundamentales de los poderes públicos u organismos del Estado. En este ámbito, parece indiscutible que los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios. Sin embargo, las actuaciones de la administración centralizada y descentralizada del Estado están sometidas al control de los tribunales de justicia, lo que hace que tengan el derecho a una tutela judicial efectiva cuando sean parte de un proceso en una relación de Derecho Privado, como puede ser una relación laboral o comercial, por ejemplo. El problema más trascendente es si los poderes públicos, en cuanto tales, pueden ser sujetos de derechos fundamentales. Nos parece que no hay razón para que ellos no sean sujetos del derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando operen con personalidad jurídica de Derecho Público, como asimismo, que corporaciones públicas como Televisión Nacional puedan reivindicar para sí, la libertad de información o las corporaciones universitarias de Derecho Público no puedan reivindicar el derecho a la autonomía universitaria".

9 Véase la noticia que en el temprano '82 daba el Profesor SOTO KLOSS (op. cit. nota 7, p. 7). Vid. también *Seremi de Bienes Nacionales con I. Municipalidad de Penco* (en RDJ., t. LXXXVIII, 2, 5, pp. 190-198) o *Roberto Zahler con Directorio del Banco Chile y otros* (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de septiembre de 1995, rol 1356-95). Esta última sentencia, confirmada por la Corte Suprema por fallo de 22 de abril de 1996, aparece publicada y comentada en RODRÍGUEZ, Pablo: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998), pp. 278-329.

10 Como lo fueron bajo la Constitución de 1925 los partidos políticos (modificada en esta parte por la ley N° 17.398) o los colegios profesionales (bajo el imperio de la derogada ley N° 4.409), y como hoy lo son, desde la reciente ley N° 19.638 (art. 10 inciso final), las entidades religiosas.

a oponer frente a los poderes del soberano. Tanto es así que el contractualismo propuso estos poderes como facultades naturales y cronológicamente precedentes a la comunidad política. Luego, en todos los documentos históricos que sirvieron de “partida de nacimiento” a los modernos derechos humanos, resultaba inconcebible la posibilidad que fuera el mismo soberano quien los reclamara para sí.

Dicho de otro modo, los derechos y garantías constitucionales son títulos de defensa de los particulares para ser invocados frente al Estado. El Estado es sujeto pasivo y no activo de ellos.

(ii) En segundo lugar, existen más que poderosas razones para afirmar que el texto de la Carta de 1980 siguió el mismo sendero *ius filosófico* que sus predecesoras. No debe olvidarse que las “personas” (que hasta la absurda e innecesaria ley de reforma N° 19.611, la Constitución llamaba “hombres”) a las cuales el artículo 1° constitucional reconoce dignidad, libertad e igualdad son las personas naturales, esto es las de carne y hueso.

(iii) En tercer lugar, y en perfecta concordancia con la herencia filosófica reseñada en el párrafo (i) precedente, bajo nuestra Constitución los derechos constitucionales son *límites* para el ejercicio de la soberanía y del resto de las competencias estatales. Esta función tan obvia es recordada por los artículos 1° y 5° de nuestra Constitución¹¹, refiriéndose expresamente esta última norma a los “derechos esenciales que emanan de la *naturaleza humana*”.

(iv) En cuarto lugar, tras la idea de Estado de Derecho yace implícito otro supuesto fundamental: el Estado, antes y en vez de “derechos”, lo que posee son “competencias”. Afirmar que el Estado, bajo cualquiera de sus modalidades de organización y personificación, tiene “derechos constitucionales” constituye una herejía para la doctrina del Estado de Derecho.

(v) En la misma Comisión Ortúzar, y aunque fuera sólo de pasada, se discutió este punto. De estos anales resulta interesante la cita de la opinión de don Jaime Guzmán: “Es el punto que, a su manera de ver, es esencial dejar en claro. *Las garantías se refieren a los particulares, no al Estado y, por lo tanto, cuando se hace referencia a ‘personas’, evidentemente se está aludiendo a personas naturales o jurídicas, con exclusión del Estado. Todo el capítulo que está estudiándose consiste en garantías que el Estado reconoce a los particulares*” (C.E.N.C., sesión n. 202, p. 23).

1.4.2. ¿Qué es lo que explica, entonces, que algunas sentencias reconozcan la titularidad de derechos de parte del Estado?

Dos son las razones que pueden permitirnos entender sentencias como las citadas en

¹¹ El art. 1° inciso 4° fija el “pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” como límite a la misión fundamental del Estado chileno cual es el promover el bien común temporal. Por su parte, el art 5° los señala, ni más ni menos que como límite para el ejercicio de la soberanía.

la nota 9. La primera de ellas es de orden práctico: si el recurso de protección sigue siendo la vía más rápida y sencilla para remediar conflictos de atribuciones privadas, es lógico que también pretendan servirse de él los órganos del Estado (evadiendo, desde luego, las vías ordinarias del derecho privado y del administrativo).

La segunda razón es, sin embargo, más sustancial: pareciera que, bajo el art. 19 de nuestra Constitución se contienen reglas y principios de justicia¹² de contenido algo más amplio que la noción clásica de derechos “humanos” o “fundamentales”. En este sentido, bajo la apariencia de “derechos” el constituyente incluyó principios generales como el debido proceso o derechos subjetivos patrimoniales como el de propiedad que, en su dimensión de derecho objetivo, pueden también ser reclamados por el Estado y sus órganos personificados.

Desde luego, cada vez que estas reglas del art. 19 sean justificadas a través del recurso de protección no operarán *stricto sensu* como derechos de la persona sino como reglas de derecho objetivo. Y en esta medida -aunque sea como operación inconsciente de nuestros tribunales- el recurso de protección podrá también extenderse y servir como instrumento para resolver conflictos de “competencias” y no solamente conflictos de “derechos”.

1.4.3. El recurso de protección. De sus limitaciones cuando el amparado es el Estado o sus entes personificados

Ya se explicó que, sin levantarse contra todo el constitucionalismo clásico y contra el modelo del Estado de Derecho, no puede afirmarse que el Estado tenga “derechos fundamentales”. Luego, el provecho estatal -por la vía del recurso de protección- de ciertas normas del art. 19 no debe ser sino excepcionalísimo. La regla general es la contraria: ni el Estado ni sus entes personificados pueden reclamar titularidad y protección de los derechos señalados.¹³ Admitido este principio, la sanción al recurso interpuesto fuera de las excepciones debiera ser, al tenor de la actual disciplina procesal de la acción de protección, la *declaración de inadmisibilidad*.¹⁴

12 En su ensayo de clasificación de las garantías constitucionales, y sin entrar al tema de la titularidad, el Prof. Alejandro GUZMÁN BRITO las encierra dentro de la categoría de los “principios generales de derecho”. Para GUZMÁN, estos principios no son derechos subjetivos propiamente tales: “no se trata de derechos subjetivos sino de derecho objetivo directamente: son normas que cumplir, no derechos que exigir”. Vid. su “La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona examinada a través de su protección judicial”, en *RDJ*, t. LXXXV, n.º 2 (1988), pp. 109-110.

13 Hay que precisar que otra situación, muy diversa, es la legitimación procesal que se reconoce al Estado, y que no puede dejar de reconocerse, para accionar en favor de un individuo. Tal es el caso, por ejemplo, de la reiterada jurisprudencia en materia de huelgas de hambre y transfusiones forzadas de sangre.

14 Por falta de “fundamentos suficientes”, cf. N.º 2, inciso 2.º, del AA.CS. sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales (DOF. 27 de junio de 1992, modificado en esta parte por el AA.CS. de 4 de mayo de 1998, publicado en el DOF. de 9 de junio de 1998). Sobre la declaración de admisibilidad, vid.: SOTO KLOSS, E.: “El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)”, *Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), pp. 273-278 y MARTÍNEZ, J.I. y NUÑEZ, M.: “Acerca de la declaración de admisibilidad en la acción de protección”, *Actas XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Edeval, Valparaíso, en prensa).

2. Los sujetos obligados por las reglas del art. 19 de la Constitución chilena

2.1. Del Estado

El primer efecto que históricamente se reconoce a los derechos fundamentales es el llamado efecto “vertical”. Vale decir, los derechos sirven de títulos para la defensa del individuo frente al soberano. Lo anterior explica la función de estos derechos como marco y límite para el fin del Estado (art. 1º CPR) y para el ejercicio de la soberanía (art. 5º CPR).

Esta verticalidad es predominante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a la determinación del sujeto ligado por sus disposiciones. Así, las declaraciones y convenciones relativas al tema, poniendo especial énfasis en la función vertical de los derechos, colocan al Estado en el eje central de sus obligaciones, sea como sujeto garante, sea como sujeto pasivo de las reclamaciones internacionales fundadas en la violación de un derecho. Como ejemplo podemos tomar el art. 2º PDCP, que establece que «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto». También es ilustrativo el texto del art. 41 PDCP, que asigna una competencia restrictiva al Comité de Derechos Humanos, en el sentido que las denuncias de que conoce sólo pueden fundarse en el incumplimiento, por un Estado, de las obligaciones que el Pacto le impone.¹⁵ Idéntica cosa podemos decir de la CADH.¹⁶

2.2. De los particulares

La potencia de los derechos fundamentales frente a la actividad privada se ha denominado últimamente “efecto horizontal” de los derechos constitucionales.¹⁷

Suele decirse, a veces en forma un tanto genérica, que las normas constitucionales obligan por igual al Estado como a los particulares. Desde este punto de vista, el art. 6º inciso 2º de nuestra Constitución¹⁸ permitiría decir que el art. 19 es, *in toto*,

15 Cf. el Protocolo Facultativo del PDCP, ratificado y aprobado por Chile (Dec. 747, RR.EE., DO. de 20 de agosto de 1992), relativo a la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir denuncias de particulares.

16 Vid. art. 1º y 45.1 CADH.

17 Esta es la doctrina, de filiación germana, de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Vid.: ALEXI, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Tr. E. Garzón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993); GARCÍA T., J. Y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Civitas, Madrid, 1986), *passim*; MARTÍNEZ, J.I.: “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en *RChD*. Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, número especial (1998), pp. 59-64 (con extensa jurisprudencia comparada) y PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1986), pp. 327 y capítulos 2 y 7.

18 “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado] como a toda persona, institución o grupo”.

vinculante para todas las personas. A nuestro juicio esta es una afirmación que hay que precisar.

En efecto, del listado de normas del art. 19, hay varias que tienen como destinatario exclusivo al Estado. En este sentido, se trata de mandatos que no obligan directamente a los particulares por cuanto no se dirigen a ellos. El único efecto, mediato, que generan en el ámbito particular es la prohibición de impedir u obstaculizar las acciones que el Estado debe ejecutar para cumplir con esos derechos.

Este es el caso, por ejemplo, de las normas relativas a la aplicación de la pena de muerte o de la igualdad ante la ley. En efecto, en la medida que la pena de muerte sólo puede ser aplicada como sanción por el Estado, es que el particular no resulta obligado por la norma del inciso 3º del art. 19 de la Constitución. Similar es la situación del llamado “derecho a la igualdad” que en cuanto ordena la actividad de los poderes públicos, no alcanza el ámbito personal de los individuos.¹⁹

3. La parcialidad del lenguaje de los derechos

Los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, un tema viejo y otro nuevo para el Derecho Público moderno. El constitucionalismo clásico nació junto a estas modernas categorías de derechos que, después de más dos siglos, continúan sirviendo de esquema mental y filón doctrinal para el jurista moderno. Mientras más pasa el tiempo, más hondo cala el “lenguaje de los derechos”²⁰ en la mente del pueblo, de los gobernantes y de los jueces. Y así como a partir del siglo XVI la mente del privatista occidental difícilmente pudo seguir funcionando sin la categoría del *derecho subjetivo*,²¹ a partir del siglo XVIII el político -salvo excepciones del tamaño de Bentham o Burke- no pudo hacer lo propio sin la noción de los derechos o libertades fundamentales.

El problema radica en que no siempre se recuerda que ese lenguaje es parcial: desde sus mismos orígenes careció de respuestas completas o precisas para todos los problemas del derecho público. Y olvidar esa premisa, asumiendo la errada convicción que bajo la fórmula de los “derechos” pueden encerrarse todas las pretensiones de justicia, implica necesariamente *totalizar* un lenguaje que centra el problema del Derecho en el *abstracto sistema de derechos* del individuo y no en el *concreto problema de la justicia*.²²

19 A menos que la Constitución o la ley señalen lo contrario (véase, por ejemplo el art. 19 n°. 16, en cuanto prohíbe la discriminación laboral que utilice un parámetro diverso a la *idoneidad laboral*).

20 Cf. el estudio crítico de Mary Ann GLENDON “El lenguaje de los derechos” en *Estudios Públicos* 70 (1998), pp. 77-172.

21 Cf. VILLEY, Michel: “Orígenes de la noción de derecho subjetivo” (trad. A. Guzmán), en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), pp. 23 y ss. En relación al pensamiento de Villey: RABBI-BALDI, Renato: *La filosofía jurídica de Michel Villey* (Eunsa, Pamplona, 1990), especialmente pp. 437-506.

22 Cuestión metódica muy moderna, cf. la obra de VIEHWEG, Theodor: *Topica e giurisprudenza (Topik und Jurisprudenz)*, (Giuffrè, Milano, 1962), *passim*.

El que casi junto al concepto de constitucionalismo -actual matriz del derecho público moderno- apareciera el de derechos fundamentales ha marcado una diferencia genética sustantiva frente al derecho privado²³. Este último nace como *ciencia de la justicia*, a diferencia del segundo que nace como *ciencia de la libertad*. En efecto, para los países que forman parte de la familia romano germánica, el derecho privado evolucionó durante más de veinte siglos sin conocer esa noción que hoy para nosotros es casi imprescindible. El derecho público, en cambio, no puede lucir esa notable autonomía histórica del concepto: constitucionalismo, constitución rígida, *derechos* fundamentales y separación de poderes son conceptos casi contemporáneos.

A diferencia del derecho privado, en buena parte el moderno derecho constitucional y su categoría de los derechos constitucionales forman parte de la más legítima prole del individualismo moderno y, por lo mismo, son esclavos aún de un modo de pensar y de un lenguaje más parcial e incompleto que aquél que correspondió al *ars boni et aequi*. No está demás recordar la importante diferencia de estructura entre el oficio del jurista antiguo y del moderno: el trabajo del primero consistía en encontrar el *ius*, entendido como sinónimo de *posición o situación justa*;²⁴ para el segundo, en cambio, la tarea consiste en encontrar el *ius* entendido como *poder* o *facultad* del individuo.

Los historiadores²⁵ y romanistas²⁶ han llamado la atención acerca de cómo el derecho pre revolucionario también sirvió -con las limitaciones naturales de cada época- para dispensar protección a las personas. Y aunque la valoración acerca de cuál de estos dos modos de articular el oficio del jurista -y en último término de entender el derecho- escapa al propósito de estas líneas, parece oportuno recordar aquí que los problemas de la titularidad “estatal” y del llamado efecto “horizontal” de los derechos no son sino muestra de lo errado que puede ser el fenómeno *totalizador* de una noción esencialmente parcial como lo es aquella de los derechos de la persona.

23 Desde luego, utilizamos el término constitucionalismo en su sentido clásico, que prescinde de la búsqueda de los antecedentes remotos o prehistóricos de las modernas constituciones. Cf. MATTEUCCI, Nicola: *Lo stato moderno. Lessico e percorsi* (Il Mulino, Bologna, 1993), pp. 127 ss.

24 Vid. D'ORS, Alvaro: “Aspecto objetivos y subjetivos del concepto ‘ius’”, en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Rialp, Madrid), pp. 280-311 y ALBANESE, Bernardo: *Premesse allo studio del Diritto Privato Romano* (Università di Palermo, Palermo, 1978), pp. 197-201.

25 Cf. BRAVO, Bernardino: *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1989), especialmente pp. 17-68.

26 LOMBARDI, Gabrio: “Diritto umano e ‘ius gentium’”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* XVI (1950). A propósito de los derechos del *nasciturus*, y contra el “*fervere ideológico individualístico*” de sentencias como *Roe Vs. Wade* (1973) vid. CATALANO, Pierangelo: *Diritto e Persone I* (Giappichelli, Torino, 1990), pp. 214-215.