



Premio “Tribunal Constitucional” 2008-2009

MÉTODOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS ENTRE
DERECHOS FUNDAMENTALES

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI

EL ROL POLÍTICO DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.
ANÁLISIS DEL CASO CHILENO

TANIA BUSCH VENTHUR

Premio “Tribunal Constitucional” 2008-2009



Premio “Tribunal Constitucional” 2008-2009

MÉTODOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS ENTRE
DERECHOS FUNDAMENTALES

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI

EL ROL POLÍTICO DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.
ANÁLISIS DEL CASO CHILENO

TANIA BUSCH VENTHUR

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono (56-2) 640 18 00 • 640 18 20
Fax (56-2) 633 83 54
E-mail: secretaria@tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 195.370
Derechos Reservados
Septiembre de 2010

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas ltda.

ÍNDICE

Presentación	
SUEÑO QUE VAMOS REALIZANDO	9
JOSÉ LUIS CEA EGAÑA	
MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	
ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES	13
SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI	
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. Derechos Fundamentales: Un concepto	15
I. Concepto de Derechos Fundamentales	15
II. Características de los Derechos Fundamentales	18
1. Preconstitucionales	18
2. Absolutos, y a la vez, limitados	18
3. Inalienables	21
4. Universales	22
III. Fundamentación de los Derechos Fundamentales	22
IV. Los Conflictos de Derechos	24
CAPÍTULO II. Algunas nociones de interpretación constitucional	26
I. Optimizar la Fuerza Normativa de la Constitución	27
II. Unidad de la Constitución	28
III. Buscar la máxima funcionalidad del régimen político	29
IV. La consolidación de los valores constitucionales	29
V. Fidelidad no estática al poder constituyente	31
VI. Estabilidad relativa de las decisiones interpretativas	31
VII. Fundamentación apropiada de las decisiones	32
CAPÍTULO III. La jerarquización	32
I. Doctrina	33
II. Jurisprudencia	34

III. Crítica	37
IV. Una visión diferente: Jerarquía de bienes, no de derechos	39
CAPÍTULO IV. La ponderación o <i>balancing test</i>	40
I. <i>Balancing</i> amplio	41
II. <i>Ad hoc balancing</i>	42
III. Jurisprudencia	44
IV. Crítica	49
CAPÍTULO V. Los límites de los Derechos Fundamentales	52
I. Límites externos	53
1. Límites indirectos y la ineludible intervención del legislador	55
2. Límites directos	56
II. Límites internos	59
III. Simplificando los límites	63
CAPÍTULO VI. El contenido esencial de los Derechos Fundamentales	63
I. Doctrina	64
II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	67
III. El contenido esencial como método para resolver conflictos	72
CAPÍTULO VII. El Recurso de Protección: Delimitación y armonización	77
I. Negación de la existencia de conflictos entre derechos	77
1. Acción u omisión arbitraria o ilegal	79
a) Jurisprudencia	80
b) Conclusiones	82
2. El legítimo ejercicio de los derechos	84
a) Jurisprudencia	85
b) Conclusiones	87
II. Si no hay una acción arbitraria o ilegal	90
1. Jurisprudencia	91
a) Libertad de expresión	91
b) Intimidad en relación a otras garantías	93
c) Libertad de enseñanza	94
d) Propiedad e integridad física y psíquica. Un caso de armonización	97
2. Conclusiones	97
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	102
ANEXO. Índice de Jurisprudencia	104

EL ROL POLÍTICO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ANÁLISIS DEL CASO CHILENO	109
TANIA BUSCH VENTHUR	
CAPÍTULO I. La influencia política de los Tribunales Constitucionales	109
I. Generalidades	109
II. Concepción tradicional de la Justicia Constitucional	111
1. La lógica legalista	113
2. El Constitucionalismo	115
III. Concepción moderna de la Justicia Constitucional	118
1. Fenómeno de la Judicialización de la Política, Activismo Judicial e Influencia de los Tribunales Constitucionales dentro de la Democracia	120
2. La Influencia Política Ejercida por los Tribunales Constitucionales es un Fenómeno Global	121
IV. Teorías que explican la influencia política de los Tribunales Constitucionales	124
1. Teoría del “Poder Constitucional Árbitro”	126
2. Teoría de los Tribunales Constitucionales como “Veto <i>Players</i> ” o Jugadores de Veto dentro del sistema político	127
3. Teoría de la expansión del poder político de la judicatura como un sistema de preservación de intereses particulares de la élite o “ <i>self interested hegemonic preservation</i> ”	130
4. Teoría de la Política Constitucional de Alec Stone Sweet	132
CAPÍTULO II. El caso chileno	152
I. Generalidades	152
II. La doctrina nacional	152
III. El Tribunal Constitucional chileno y su influencia política. Análisis de casos	157
1. Análisis de casos	157
a) Tribunal Penal Internacional	158
b) Ley de Subcontratación	168
c) Anticoncepción de emergencia	176
d) La nueva región de Arica y Parinacota y el conflicto con Perú	184
CAPÍTULO III. Conclusiones	187
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	192

SUEÑO QUE VAMOS REALIZANDO

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA*

Ministro

Tribunal Constitucional

Presidente del Comité Informante

del Premio Tribunal Constitucional

Siempre es grato participar en el proceso que culmina con la entrega de premios, porque son muchos valores, de aquellos que singularizan lo más noble del espíritu y del alma, los que son reconocidos al distinguir a los galardonados.

No callo que ser jurado tiene dificultades porque implica tiempo de lectura y análisis, alguna inquietud en punto a la imparcialidad cuando se conoce a los postulantes, en fin, capacidad de sobreponerse a las tesis propias para honrar las ajenas cuando son expuestas con lucidez y bellas letras. Pero, en definitiva, lo esencial sigue siendo que en un premio se deja testimonio de virtudes encomiables como la búsqueda metódica de conocimientos, la sistematización actualizada y completa de éstos, el trabajo del maestro y su discípulo hecho con afecto y en comunión de ideales, la demostración de humildad, paciencia y perseverancia del estudiante que sigue las instrucciones de quien lo guía, por último, la vocación por el progreso de la disciplina, convencidos quienes investigan que de ello dependen grandes consecuencias, en nuestro caso, para el imperio del Derecho justo en democracia.

Esas y otras consideraciones semejantes llevaron al Tribunal Constitucional, cuatro años atrás, a crear el Premio que lleva su nombre. Lo hemos entregado en dos oportunidades y, afortunadamente, tengo el honor de participar, por tercera vez, en la ceremonia que nos congrega. Intervengo aquí como miembro del jurado y expreso reconocimiento a los Ministros Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán, con quienes compartí el examen de las diecisiete monografías revisadas.

Brevemente, cabe fundamentar la proposición que el Comité respectivo hizo, por unanimidad, al pleno de nuestra Magistratura y que ésta refrendó sin disidencia.

El primer lugar lo comparten Soledad Bertelsen Simonetti y Tania Busch Venthur.

* Discurso leído en la ceremonia de entrega del Premio “Tribunal Constitucional” 2008-2009, en la sede de la Institución el miércoles 6 de enero de 2010.

Soledad dedicó su estudio a los *Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales*. La orientó el profesor José Ignacio Martínez Estay. Culminaron juntos un esfuerzo encomiable, en el que las ideas novedosas se insertan en el contexto de la revisión sistemática de la doctrina nacional, con incursiones en la literatura extranjera disponible en nuestro idioma.

Después de describir las posturas principales en el tópico, Soledad se concentra en la alternativa de los límites al ejercicio de los derechos esenciales como la tesis más adecuada. Recuerdo que Eduardo García de Enterría, en el volumen I de su espléndida obra conjunta con Tomás Ramón Fernández, nos había enseñado, más de dos décadas atrás, que el Derecho es un sistema de límites, dentro del cual la libertad se despliega con respeto de la igualdad. Redactada sobriamente, exhibiendo una estructura lógicamente concebida, la autora constata, en la jurisprudencia del recurso de protección que comenta, un sustento sólido para el planteamiento que ella defiende.

Tania, por su parte, destinó su esfuerzo a indagar *El Rol Político de los Tribunales Constitucionales. Análisis del Caso Chileno*. La profesora Beatriz Larraín Martínez fue su guía. Una vez más, nos hallamos frente a una exposición panorámica, pero con sugerentes observaciones originadas en un asunto complejo y delicado. Tras detenerse en varios casos difíciles de la jurisprudencia de nuestro Tribunal, Tania deduce que dicha Magistratura es un actor relevante en la adopción de decisiones públicas y que influye, muchas veces en términos decisivos, en las decisiones políticas que le son sometidas.

De nuevo, evoco a un jurista y juez ilustre, esta vez a Gustavo Zagrebelsky, para insertar proposiciones como la de Tania en lo que el antiguo Presidente de la Corte Italiana llama la *res publica*. Con esta denominación él entiende lo mismo que enseñó Cicerón, es decir, en lenguaje de hoy, involucrar en el gobierno para el bien común a la ciudadanía y a la plenitud de los órganos supremos, incluyendo a la Justicia Constitucional porque defiende el Código Político en democracia, cuida de la supremacía en las relaciones del Estado y la Sociedad Civil, defiende a la persona con su dignidad y derechos inherentes y ahora, además, absorbe la jurisprudencia que armoniza el orden interno y el supranacional.

Finalmente, hoy se entrega una Mención Honrosa, compartida por Alex Valladares Pérez y Carolina Pérez Monje. Su memoria de Licenciado, titulada *Principios de Regulación Administrativa Económica*, fue dirigida por el profesor Luis Cordero Vega. Trátase de una serie, extensa aunque selectiva, de comentarios, ordenados en torno de la normativa que debe regular al mercado, desde la Carta Fundamental, en descenso hasta las regulaciones administrativas más casuísticas.

Mencionaré aquí también las lecciones aprendidas de un maestro pionero en el tema, Georges Ripert, quien, tras la conmoción que sobrevino a raíz del término de la Segunda Guerra Mundial, planteó el imperativo de conjugar la democracia real, por un lado, con el mercado libre y regulado, de otro, a través de la fórmula *orden público-económico* que él mismo acuñó y desarrolló.

Sr. Presidente, Sra. y Sres. Ministros, Premiados y sus familiares, amigas y amigos:

El Premio *Tribunal Constitucional* se entrega, anualmente, a egresados de las Facultades de Derecho chilenas que, en sus tesis de maestría o doctorado, o bien, con sus Memorias de Licenciado, han efectuado aportes para el desarrollo de la Justicia Constitucional en Chile. Sin duda, ese objetivo se ha cumplido con relación al bienio 2008-2009. Cabe felicitar, entonces, a quienes contribuyeron a esa noble labor y congratular, con semejante entusiasmo, a los padres de los laureados pues estos son, en medida ostensible, cuanto aprendieron en su familia. En tal sentido, sabia es la reflexión de Horace Amesly Vachell, quien escribió que, en nuestra vida no existen verdaderamente premios ni castigos, sino consecuencias.

Sólo me resta destacar que los premiados fueron estudiantes de alto mérito en sus Facultades, de la Universidad de los Andes, en el caso de Soledad Bertelsen; de la Universidad de Concepción, tratándose de Tania Busch; y de la Universidad de Chile, con respecto a Alex Valladares y Carolina Pérez.

Termino animando a los premiados para que sigan, con tesón renovado, investigando en el ámbito, novedoso y difícil, de la Justicia Constitucional en nuestro país. Se los digo con la esperanza que siempre presten atención a los signos que revelan fenómenos desconocidos o inesperados. En esa sensibilidad ante lo nuevo estriba la investigación genuina, de la cual tanto necesita la Justicia Constitucional, especialmente en Chile. Perseverando en tal línea de acción fortaleceremos y cooperaremos con el despliegue de la democracia humanista, muchos de cuyos rasgos matrices siguen siendo promesas incumplidas, según las llamó Norberto Bobbio y, con las cuales, por lo mismo, aún soñamos.

¡Gracias por venir y acompañarnos!

MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI*

A mis padres

INTRODUCCIÓN

El lenguaje de los derechos cada vez impregna más nuestra sociedad. En la vida cotidiana vemos surgir múltiples reivindicaciones de supuestas libertades y el aumento de los conflictos entre quienes dicen ver vulnerados sus derechos humanos. Ante este incremento de colisiones la ciencia jurídica ha buscado diversas soluciones que no han logrado frenar el aumento de litigiosidad.

En el presente trabajo nuestro objetivo es analizar desde una visión crítica los diferentes métodos que la doctrina y jurisprudencia comparada han desarrollado en la solución de conflictos de derechos fundamentales y estudiar si han tenido acogida o no en nuestro país.

La investigación se centra en los litigios entre particulares, refiriéndose sólo tangencialmente a los producidos entre el Estado y las personas naturales, principalmente por dos razones. Primero, con el objeto de acotar nuestro trabajo, ya que las colisiones entre bienes públicos y derechos constitucionales gozan de ciertas peculiaridades que hacen necesarias precisiones que extenderían en demasía la presente obra. Segundo, porque lo que nos motivó a tratar el tema fue precisamente la constatación del surgimiento de nuevos ‘derechos’ que entran en colisión con los de otros, cómo el caso de los derechos reproductivos de la mujer y el derecho a la vida del que está por nacer.

También hemos excluido, salvo alguna mención más bien aislada, el estudio de los derechos sociales, ya que por sus características propias el estudio de los conflictos en que se encuentran involucrados merece un tratamiento independiente que no es posible realizar en la presente ocasión.

Hemos preferido no analizar solamente en una colisión específica con el objeto de observar las semejanzas entre los métodos aplicados, independientemente de

* Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Santiago, Chile, 2008.

los derechos involucrados. Sin embargo, para evitar la dispersión en nuestro estudio jurisprudencial nos hemos centrado principalmente en dos áreas. En primer lugar, en los conflictos que giran en torno a la libertad de expresión, ya sea en su contraposición con el derecho a la honra, la privacidad o el derecho a la imagen. Ello debido a la importancia que se le ha asignado a dicha libertad para el resguardo de la democracia y también porque dichos casos han sido el paradigma al tratar el tema, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia extranjera. En segundo lugar hemos profundizado en las colisiones entre la libertad de enseñanza de los establecimientos educacionales y la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad sobre el derecho a la educación de los alumnos de ellos. Actualmente, el tema de la educación es especialmente sensible en nuestro país, debido al debate que por diversas circunstancias se ha abierto en los últimos años. Por ellos es de especial relevancia analizar –también desde la óptica jurídica– qué debe entenderse amparado por estas garantías y cómo debe materializarse dicha protección.

Debido a la importancia radical que tiene para la materia, primero estudiaremos el concepto de derechos humanos, dedicando el primer capítulo a señalar las diferentes definiciones que se han dado, sus características y fundamentación. En el segundo capítulo haremos una breve referencia a los criterios interpretativos del derecho constitucional que tienen mayor aplicación en el problema estudiado.

En el posterior desarrollo del trabajo analizaremos los diversos métodos propuestos, exponiendo en lo posible tanto lo dicho por la doctrina como por la jurisprudencia, especialmente nacional. De esta manera nos proponemos acotar nuestro estudio y aportar en un aspecto poco desarrollado por la doctrina chilena, evitando reiteraciones innecesarias. Ello no excluye que citemos algunos fallos de tribunales extranjeros que ilustran mejor algunos de los métodos estudiados.

La jurisprudencia analizada abarca principalmente las sentencias pronunciadas en materia de protección por nuestras Cortes de Apelaciones y Corte Suprema entre los años 1997 y 2007. El objetivo del estudio de los fallos es constatar cuales son las tendencias actuales en materia de solución de conflictos por parte de nuestros tribunales. Por esta razón nos hemos centrado en la década más reciente, considerando que un período de diez años es suficiente para poder constatar la existencia o no de una línea jurisprudencial. El motivo por el cual se prefiere investigar en torno al recurso de protección es evidente: es el mecanismo por antonomasia utilizado en nuestro país para la defensa de sus derechos fundamentales. Lo antes dicho no excluye que citemos también algunos casos que no se refieran a dicha acción y también sentencias pronunciadas con anterioridad al período seleccionado, por ser especialmente clarificadoras en la materia. También se han recogido fallos del Tribunal Constitucional, especialmente en materia de principios interpretativos y en relación a la garantía del contenido esencial de los derechos.

Entre los métodos estudiados se encuentran la jerarquización, la ponderación o *balancing test*, la limitación de los derechos y la determinación del contenido esencial de los derechos. Especial atención prestamos al método de la delimitación del contenido de los derechos por considerar que es el que puede dar una respuesta más satisfactoria a los conflictos planteados, dando mayor certeza jurídica a los miembros de la sociedad. Sin embargo queremos recordar que no es el objeto

de la presente investigación hacer un completo desarrollo de dicha alternativa ni definir a cabalidad cuál es el ámbito de protección de las garantías estudiadas. Por ello no pretendemos que el derecho a la imagen, la intimidad o la libertad de enseñanza hayan quedado completamente delimitados luego de nuestro trabajo. Para ello es necesario un tratamiento más detallado sobre lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia sobre cada derecho, prestando también atención a las medidas de protección adoptada por los tribunales para armonizar las diferentes garantías involucradas. Esperamos que la presente tesis sirva de estímulo para el surgimiento de diferentes obras que completen la tarea iniciada.

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES: UN CONCEPTO

I. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

“Los derechos fundamentales son derechos”¹. Esta frase, a primera vista redundante, servirá para clarificar desde el comienzo el enfoque de nuestro trabajo. Nos adentramos en el estudio de los derechos humanos desde una visión jurídica; no política, histórica ni meramente sociológica o filosófica, aunque dichas disciplinas puedan complementar esta investigación.

Para comenzar, analizaremos brevemente los términos que se han utilizado para designar la realidad de los derechos fundamentales, no con el ánimo de hacer una simple introducción, sino por tratarse de un tema que crucial en el desarrollo posterior de nuestro análisis sobre los conflictos de derechos².

Uno de los primeros conceptos empleados fue el de *derechos naturales*³. Aunque gran parte de la doctrina actual no los diferencia, es necesario distinguir entre el término proveniente del iusnaturalismo clásico y del derecho natural racionalista. La primera corriente entiende los derechos naturales o humanos como derechos pertenecientes al ser humano en atención a su naturaleza y fines naturales, pero no en abstracto, sino como derechos concretos y reales encuadrados en un contexto histórico y social determinado. En cambio la segunda postura los concibe desde una postura racionalista rígida, desvinculada de la historia y la realidad social, características que han hecho a los derechos naturales merecedores de grandes críticas por parte de la doctrina actual⁴.

Íntimamente relacionado con el iusnaturalismo racionalista se encuentra la expresión *derechos morales*. Este término, a pesar de provenir del derecho an-

¹ ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 19.

² Para un desarrollo comparado de estos conceptos MEGÍAS, JOSÉ JUSTO (coordinador), *Manual de Derechos Humanos*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, capítulo II y PECES BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 19-29.

³ Por ejemplo, en la Declaración Francesa de 1798, se habla de “derechos naturales, inalienables y sagrados de los hombres”.

⁴ Véase una de las críticas en PECES-BARBA, ob.cit., p. 22.

glosajón, ha influenciado también en el ámbito continental el modo de entender los derechos en la vida cotidiana. Tiene su origen en las teorías contractualistas utilitaristas inglesas, según las cuales, en un estado de naturaleza anterior a la sociedad el hombre sólo tenía derechos, siendo ellos absolutos, sin estar sujetos a deberes correlativos. Pero dado el caos de esa situación fue necesario un pacto social por el cual surgen los deberes que, a pesar de reconocerse como necesarios para alcanzar la convivencia en sociedad, son mirados en términos abstractos como artificiales (no serían naturales como los derechos) y secundarios (surgen después de éstos). La limitación de los derechos resulta sospechosa y sólo puede justificarse excepcionalmente en atención a la necesidad de respetar otros derechos⁵.

Los postulados liberales recién expuestos, aunque parezcan muy teóricos, han impregnado el lenguaje de la sociedad. De hecho, cuando tratamos temas de gran importancia, hablamos de derechos de modo absoluto, imponiéndonos sobre cualquier otra consideración. Esta concepción de un estado de la naturaleza con ‘derecho a todo’ ha llevado a una extensión exagerada de la lista de derechos individuales⁶, estimulando expectativas poco realistas que aumentan los conflictos de intereses sin que nadie quiera ceder⁷.

Por otro lado, el pensamiento del filósofo JOHN LOCKE instauró como modelo de los derechos subjetivos naturales la propiedad, considerando a cada hombre como propietario de su vida, su libertad y posesiones. Dicho dominio dice relación no sólo con el clásico derecho real, sino con un verdadero modelo antropológico y filosófico. Aunque hay que advertir que LOCKE no llega explícitamente a esa conclusión, es posible que a partir de su concepción de los derechos se llegue a una ‘cosificación’ de la persona humana. El considerar los derechos humanos como derechos subjetivos sobre los cuales se tendría dominio, permite deducir que uno puede disponer de su vida y de su cuerpo de la misma manera como puede hacerlo de una casa o automóvil. A su vez, las personas que me rodean serán cosas en relación a mí, por lo que las relaciones con de los demás dependerán de la utilidad que reporten para mi propia felicidad⁸.

Otro término utilizado es la de *derechos públicos subjetivos* (en su versión alemana) o *libertades públicas* (en su equivalente francés). Ellos hacen mención a autolimitaciones del poder estatal en beneficio de esferas de desarrollo individual, siendo esgrimibles sólo frente a autoridades y funcionarios. Abarcarían exclusivamente

⁵ Cfr. PRADO, MAXIMILIANO, “Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, 2007, N° 1, p. 75.

⁶ En el art. 13 de la Carta Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, se reconoce “la libertad de las artes y de las ciencias”, incluyendo también la libertad de cátedra, lo que en nuestra opinión no necesitaría estar consagrado de forma independiente en un texto de dicha envergadura. Casos más extremos encontramos en la Constitución Colombiana en la que se consagran dentro de los derechos fundamentales de los niños (art. 44) el “derecho al cuidado, al amor y a la recreación”, lo cual puede ser muy deseable, pero no exigible en el ámbito jurídico.

⁷ Un análisis de esta situación en la sociedad norteamericana que en gran medida es extrapolable a la nuestra en GLENDON, MARY ANN, “El lenguaje de los derechos” en *Estudios Públicos*, N° 70 (otoño 1998), pp.77-150.

⁸ Cfr. ROBLES, GREGORIO, “La olvidada complementariedad entre deberes y derechos humanos” en *Manual de Derechos Humanos*, ob.cit., pp. 34-35.

los derechos de autonomía sin considerar los de participación y de prestación. Esta terminología no sería adecuada ya que uno de los fines de estos derechos es precisamente limitar al poder, por lo que ellos deben estar en un plano superior al del Estado y no ser simplemente producto de autolimitaciones de éste. Además, damos por zanjada la discusión sobre el efecto horizontal de los derechos, adhiriendo a la postura que sí acepta su aplicación entre particulares⁹. Por último, actualmente es inconcebible un catálogo de garantías que no incluya los derechos sociales y los de participación.

Por último, analizaremos los conceptos de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. Para PÉREZ LUÑO los derechos humanos son un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹⁰. En cambio los derechos fundamentales serían los derechos humanos efectivamente garantizados por el ordenamiento jurídico positivo. En este trabajo utilizaremos indistintivamente ambos vocablos, pero previniendo que no compartimos un concepto meramente formal según el cual los derechos fundamentales son –todos y sólo– los derechos catalogados expresamente como tales por la Constitución. Por el contrario, entendemos que deben ir acompañados de un fundamento anterior al ordenamiento positivo que nos señale sus fines y contenidos específicos¹¹.

Con lo anterior no despreciamos el proceso de positivización, el cual consideramos imprescindible para la tutela y reconocimiento efectivo de los derechos. Simplemente queremos recalcar que es innecesario para constituirlos como una realidad jurídica. Por las razones sostenidas podemos decir que no todos los derechos garantizados en las Cartas Fundamentales son necesariamente ‘derechos humanos’ ni todos los derechos humanos son efectivamente tutelados por las Constituciones.

Hemos de señalar que adherimos a la postura iusnaturalista clásica, según la cual los derechos humanos pertenecen a la persona humana en atención a su naturaleza, como derechos concretos y reales encuadrados en una sociedad, en la que naturalmente habrá deberes correlativos¹². Reiteramos a la vez que uno de sus principales objetivos es servir de límite al poder público, sin perjuicio de reconocer su eficacia en las relaciones entre particulares.

Basándonos en estos postulados resulta clarificadora la definición de *derechos constitucionales* dada por PEREIRA MENAUT: “Los derechos constitucionales son pre-

⁹ Al respecto ver MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos” en *Revista Chilena de Derecho*, 1998, Número Especial, pp. 59-64.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, 7ª edición, p. 46.

¹¹ En la misma línea ALEXY sostiene que si no se tiene además un concepto material no podríamos hacer una crítica a las Cartas Fundamentales y sostener si un catálogo de derechos o una norma procesal referida a una acción de tutela se refiere a demasiados o a pocos derechos (ALEXY, ob.cit., pp. 21-23).

¹² Sobre el aporte de la sociología para llegar a esta conclusión ROBLES, GREGORIO, “La olvidada complementariedad entre deberes y derechos humanos” en *Manual de Derechos Humanos*, ob.cit. pp. 28 y ss.

tensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inherentes (al menos en su fundamentación) a su naturaleza humana, y normalmente reconocidas por las principales constituciones, las cuales, empero, no las crean ni constituyen, sino que simplemente las reconocen o declaran, facilitando así su ulterior protección legal y jurisprudencial¹³.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. PRECONSTITUCIONALES

Los derechos fundamentales se caracterizan por ser *preconstitucionales*¹⁴, ya que, como sosteníamos en el apartado precedente, su existencia jurídica no proviene del reconocimiento formal sino que deriva de la misma naturaleza humana. Este carácter ha sido consagrado por múltiples documentos, desde los orígenes del constitucionalismo. Por ejemplo, en la *Declaración de los derechos hecha por el pueblo de Virginia* (1776) se decía que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos”. Por su parte, la *Declaración Francesa* de 1789 habla de “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Más cercana a nuestra época, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) afirma “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1º) y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2º).

2. ABSOLUTOS, Y A LA VEZ, LIMITADOS

Otra nota distintiva es el de ser considerados *absolutos*. Esto se ha entendido de diversas maneras, dependiendo del concepto que se tenga de los derechos humanos.

Para la doctrina que nosotros adherimos el que los derechos fundamentales sean absolutos significa que¹⁵:

- Sólo pueden ser limitados en casos excepcionales y ningún gobierno de ningún tipo tiene derecho a legislar o a seguir una política estable que atente contra alguno de ellos.
- Las realidades protegidas por ellos son valores en sí, por lo que no reciben su legitimidad de las normas jurídicas o las instituciones, sino que ellos legitiman a las Constituciones y a los gobiernos. Como ya decíamos, son anteriores a la Carta Fundamental.
- No requieren ser reconocidos por las costumbres y la opinión dominante para tener validez. JOHN FINNIS es drástico al constatar la falta de reconocimiento

¹³ PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, *Teoría Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, n° 381, pp. 250-251.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, n° 383, pp. 253-254.

¹⁵ *Ibidem*, n° 388 y ss, pp.257-260.

actual. Sostiene que, con independencia de lo que comúnmente pueda declararse en el mundo moderno, ninguna elite o gobierno contemporáneo manifiesta en la práctica ninguna creencia en derechos humanos absolutos. Pero a pesar de esta situación, no debemos dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, estos tienen dicho carácter¹⁶.

- Los derechos fundamentales más importantes tienen un valor absoluto para el constitucionalismo. Son esenciales, imprescindibles e inherentes a la idea de Constitución, de manera que una que no los reconozca no podría recibir el nombre de tal. Respecto a esta afirmación puede surgir la pregunta ¿Cuáles son los derechos fundamentales que sí tienen este carácter de absolutos? Según PEREIRA MENAUT habrá que recurrir al sentido común o a la fundamentación de los derechos. Por su lado, FINNIS menciona, no de manera taxativa, cinco derechos-exigencias sin excepciones o absolutos: el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación en la cual se espere razonablemente una comunicación real; el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige¹⁷.

Esta manera de entender el adjetivo ‘absoluto’ deriva de la fundamentación de los derechos, como estudiaremos más adelante, en la dignidad humana. Pero si en cambio, como sostienen otras doctrinas, la base de ellos está en el consenso internacional o se los mira como simples autolimitaciones del poder, es imposible considerarlos absolutos. Esto conlleva graves consecuencias. Primero, no tendríamos como distinguirlos de los otros derechos que las personas también tienen en virtud de las Constituciones y las leyes. Su carácter de fundamentales dependería exclusivamente de su ubicación dentro del texto donde se encuentren consagrados (lo que sin duda puede llevar a arbitrariedades) y el legislador podría modificarlos y derogarlos sin perder legitimidad; no cabría el derecho de resistencia. Segundo, si seguimos la teoría de las libertades públicas o derechos públicos subjetivos dejarían de cumplir, según señalamos anteriormente, con su fin de límite al poder. Esto debido a que –como dice LOEWENSTEIN– “siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder”¹⁸.

¹⁶ Continúa diciendo: “Es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo ya para los demás seres humanos. Y los valores básicos no son meras abstracciones; son aspectos del verdadero bienestar de individuos de carne y hueso. De manera correlativa a los deberes sin excepciones que esta exigencia implica hay, por lo tanto, derechos-exigencias sin excepciones o absolutos” (FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 252-253.

¹⁷ Cfr. PEREIRA MENAUT, ob.cit., n°391, pp. 259-260 y FINNIS, JOHN, ob.cit. p. 253.

¹⁸ LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel, 2ª Edic, Barcelona, 1986, p. 149.

Conviene recordar que los derechos sociales no entran dentro de este esquema. Tienen sus características propias y no son absolutos, ya que su eficacia y satisfacción depende de los recursos, generalmente, del Estado¹⁹.

En otro sentido, aunque a primera vista suene contradictorio con lo expuesto, podemos decir que los derechos fundamentales son limitados. Como sostiene DE OTTO Y PARDO, “un derecho ilimitado es un no derecho, pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara lo que ampara y nada más”²⁰. Todo derecho o libertad puede ser delimitado en la interpretación de acuerdo al bien que protege o estará sujeto a límites impuestos, bien por el constituyente al enunciar el derecho, bien por el legislador, debiendo respetar éste el contenido esencial de la garantía que regula.

Sin embargo, como sosteníamos anteriormente, las características de los derechos dependerán del concepto que se tenga de ellos. Así, desde una perspectiva liberal contractualista, los derechos también son considerados absolutos, pero desde una perspectiva diferente. Como enunciábamos en el apartado anterior, los derechos morales serían en principio ilimitados, sin deberes correlativos, concepción que ha influido fuertemente en el lenguaje. De hecho, cuando la gente corriente quiere proteger algo, trata de caracterizarlo como un derecho. ¿Quién no ha escuchado alguna vez la frase ‘Tengo derecho a...’ o leído anuncios publicitarios del tipo ‘La moda no es un lujo... es un derecho’? Sin embargo, nadie es capaz de decir cuál es la fuente de ellos. En realidad, se llama derechos a las meras pretensiones, deseos o necesidades, pensando que al darles ese carácter se conseguirá una mayor protección. Este lenguaje no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se los lleva todo y el perdedor tiene que retirarse. La conversación ha terminado²¹. Además, se formulan en términos absolutos, individuales e independientes de toda relación necesaria con las responsabilidades. No podrían limitarse ni aún en casos excepcionales ni interesa el fin al que se dirigen: sólo importa que se tienen.

Sin embargo, lo único que se consigue con este modo de expresarse son falsas expectativas alejadas de la realidad porque la vida diaria demuestra que ni se tiene derecho a todo ni los que se tienen pueden ejercerse de cualquier manera. La lista de libertades se amplía sin tomar en consideración los fines de ellas, las relaciones recíprocas o el bien común²². La retórica de la absolutización aumenta

¹⁹ Para ver con más profundidad las características especiales de los derechos sociales MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los derechos sociales” en AA.VV., *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 275-291 y, MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los derechos sociales” en Antonio Carlos Pereira Menaut, ob.cit., 441 y ss.

²⁰ DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución” en Martín-Retortillo, L. y De Otto y Pardo, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, p. 151.

²¹ Cfr. GLENDON, MARY ANN, ob.cit., p. 88. En el mismo sentido señala IGNATIEFF “Cuando convertimos las demandas políticas en derechos, existe el peligro de que el problema en cuestión se convierta en algo irresoluble, porque llamar derecho a una demanda equivale a calificarla de innegociable, al menos en el lenguaje común” (IGNATIEFF, MICHAEL, *Los Derechos Humanos como Política e Idolatría*, Ed. Paidós, Barcelona, p. 47 citado por PRADO, MAXIMILIANO, ob.cit, p. 66.)

las posibilidades de conflicto e inhibe el diálogo, lo cual no es aceptable en una sociedad –supuestamente– cada vez más pluralista. La vida cotidiana y la sociología nos demuestran que el hombre no vive aislado, que los deberes existen desde siempre y que el estado natural del que hablan los contractualistas no existió más que en la imaginación de esos pensadores. Citando a BELLAMY, “ninguno de estos derechos tendría sentido para individuos aislados del resto de sus conciudadanos en un algún putativo estado de naturaleza: después de todo, difícilmente querría libertad de expresión únicamente para hablar conmigo mismo”²³.

De hecho, ya en el preámbulo de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se reconocen, junto con los derechos, la existencia de deberes²⁴. MARY ANN GLENDON hace una analogía muy gráfica para mostrar la gravedad del lenguaje absolutista. “Cuando carecemos de una gramática para vivir en una asociación, somos como un viajero que puede pronunciar algunas palabras para conseguir comida y alojamiento en una ciudad extranjera, pero es incapaz de mantener una conversación con sus habitantes (-.) Sin embargo, nuestras deficiencias en materia de comunicación son más graves que las del simple viajero, porque nos aíslan de nuestros conciudadanos”²⁵.

Un adecuado entendimiento del carácter absoluto y limitado de los derechos fundamentales tiene gran importancia para el tema de los conflictos, pues si entendemos que los derechos son delimitables, en principio no debieran existir colisiones entre ellos. Este punto de partida será crucial para el tema que desarrollaremos a lo largo de esta investigación: los métodos para resolver estos aparentes conflictos.

3. INALIENABLES

Continuando con nuestra caracterización hemos de decir que los derechos humanos son *inalienables*. Citando a TALAVERA, “cabría definir la inalienabilidad, en relación con los derechos humanos, como aquella cualidad distintiva que impide a sus titulares realizar sobre ellos ningún tipo de actos de disposición (física o jurídica, parcial o total, temporal o definitiva) que haga imposible su futuro y pleno ejercicio y disfrute”²⁶. Aquí volverá a tener relevancia la fundamentación y la antropología.

²² Como señala PRADO, los derechos defienden intereses no sólo de un individuo aislado, sino de individuos involucrados en una comunidad. Por lo tanto, no existe otra vigencia de los derechos que aquella que los articula con el ejercicio de los derechos de los otros individuos y con los valores que fundan la convivencia social y los órdenes político y jurídico (Cfr. PRADO, MAXIMILIANO, ob.cit., pp. 73, 80.)

²³ BELLAMY, RICHARD, “Liberal Rights, Socialist Goals and the Duties of Citizenship” en Milligan, D y Millers, W.W. (edits.) *Liberalism, Citizenship and Autonomy*, Avebury, Editorial Aldershot, p. 95 citado por PRADO, MAXIMILIANO, ob.cit., p. 80.

²⁴ “...estando esta declaración continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, puedan mostrarse siempre atentos a sus derechos y a sus deberes”

²⁵ GLENDON, MARY ANN, ob.cit., p. 94.

²⁶ TALAVERA, PEDRO, “Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles? En *Manual de Derechos Humanos*, ob.cit., p. 209.

Si adherimos –como hacemos efectivamente en este trabajo– a la postura que considera que el fundamento de los derechos es la dignidad ontológica del ser humano (dignidad que posee por el hecho de ser hombre), los derechos serán efectivamente inalienables. Esto debido a que la misma dignidad del hombre lo es: nadie puede renunciar a ella porque ninguno puede pretender no ser tratado de acuerdo a su condición de ser humano. En consecuencia, tampoco puede desposeerse de los derechos fundamentales, que se fundan en la dignidad humana, porque su función es precisamente la de garantizar que todo sujeto humano se manifieste y sea tratado siempre de acuerdo a su dignidad de tal. La inalienabilidad impide la renuncia a un derecho iusfundamental y a su ejercicio cuando esta renuncia sea irreversible, es decir, cuando implique privar al sujeto de la titularidad del derecho. De esta afirmación podemos deducir la reprochabilidad de conductas como la eutanasia, en la que el sujeto pretende renunciar al derecho a la vida, abdicando así de todos los otros derechos. A esta postura se opone el concepto de dignidad basada en la racionalidad y autonomía moral. Según esta teoría de raíz kantiana se llega a un concepto voluntarista de los derechos: poseen derechos quienes tienen un mínimo de racionalidad y autonomía, y pueden ejercerlos o renunciar a ellos, sin otra limitación que su propia voluntad²⁷.

4. UNIVERSALES

Otra nota esencial de los derechos humanos es su *universalidad*. Ella se puede predicar de los derechos ya que estos derivan de la naturaleza humana, la cual es una en todos los lugares y épocas, sin perjuicio de que los derechos pertenezcan a personas que viven en un lugar y momento histórico determinado. Pero si los derechos se fundamentan –como muchos sostienen– en un consenso internacional, la universalidad no pasa de ser una utopía: basta ver la historia posterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 para concluir que este consenso es más teórico que práctico.

III. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al definir los derechos fundamentales y al señalar sus principales características salta a la vista la relevancia de la teoría sobre la fundamentación de los derechos que se adopte, la cual viene dada a su vez por el concepto de hombre que se tenga. Como nuestro objetivo no es hacer abstracciones sino sentar las bases para un problema de carácter práctico, haremos referencia de manera condensada a las teorías que influyen más directamente en los conflictos de derechos²⁸.

El fundamento de los derechos humanos son las exigencias objetivas derivadas de la dignidad humana. Así se ha entendido a través de la historia y de las distintas culturas, desde Antígona hasta el movimiento abolicionista de la esclavitud. También ha quedado reflejado de este modo en textos constitucionales de diver-

²⁷ Cfr. *Ibidem*. pp. 208-216.

²⁸ Para una visión más detallada de las posturas que se expondrán ver MEGÍAS, JOSÉ JUSTO (coordinador), *Manual de Derechos Humanos*, ob. cit., capítulo VII, pp. 163 y ss.

esos estados²⁹. Dicha dignidad hace referencia a que el hombre por el hecho de pertenecer a la naturaleza humana posee una superioridad ontológica respecto del resto de las criaturas no racionales. La dignidad no se refiere a cualidades o condiciones individuales, tales como la edad, la racionalidad, la autonomía o la calidad de vida, sino a la esencia, esto es, a la naturaleza humana³⁰. El ser humano es un valor en sí, por lo que no puede ser cosificado ni instrumentalizado por fines ajenos a él. Todos los hombres y mujeres, sin excepción, poseen dignidad, y por consiguiente, derechos y deberes que emanan de su propia naturaleza.

Lamentablemente, este modo de entender la dignidad no es universalmente aceptado. Para KANT el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional es la autonomía, entendida como la libertad del hombre para otorgarse a sí mismo sus propias leyes. Dichas afirmaciones llevaron a sus seguidores a sostener que para poseer dignidad –y por ende, derechos humanos– es requisito imprescindible la posesión de una mínima racionalidad y autonomía moral. De ahí la distinción entre ser humano y persona que ha llevado a la justificación de conductas aberrantes tales como el aborto.

Por otra parte, la autonomía no sería sólo el fundamento sino el contenido de la dignidad. Así, todos los derechos humanos deberían quedar subordinados a la libertad, teniendo como único y real fundamento la mera decisión individual. De esta manera, el contenido de los derechos consistiría en la facultad de disponer de ellos, rechazando la inalienabilidad como nota característica de los derechos fundamentales. Esto llevaría, por ejemplo, a la justificación del ‘derecho al suicidio’ o a la donación de órganos vitales en vida. Dicha visión asimila la estructura de todos los derechos a la del derecho de propiedad, tal como hacían LOCKE y sus seguidores.

Afortunadamente, esta teoría no ha sido unánimemente aceptada. Un ejemplo alentador es el del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Pretty v. United Kingdom* en el cual, haciendo una interpretación del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sostuvo que dicho artículo no tiene relación con la calidad de vida o con lo que la persona escoge hacer con su vida, y no puede, sin una distorsión del lenguaje, ser interpretado como confiriendo un derecho a la muerte, ni tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación, en el sentido de conferir a los individuos un título para escoger la muerte preferiblemente a la vida³¹.

²⁹ Nuestra Constitución en el art. 1º señala “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El art. 10.1 de la Constitución española dispone a su vez “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

³⁰ Cfr. HERVADA, JAVIER, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana” en *Humana Iura* 1, 1991, p. 362.

³¹ “It is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life. To the extent that these aspects are recognised as so fundamental to the human condition that they require protection from State interference, they may be reflected in the rights guaranteed by other Articles of the Convention, or in other international human rights instruments. Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life”. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Pretty v. UK*, 29 de Julio de 2002. La sentencia puede encontrarse en <http://www.echr.coe.int>.

Por lo tanto, la dignidad de la persona no puede reducirse a una libertad sin sentido o dirección. Es dignidad de un ser libre, pero con una naturaleza concreta, y llamado a realizarse en el respeto a la dignidad propia y ajena. Por ello, los deberes humanos no son una imposición externa, sino intrínseca al mismo ser humano. En conclusión, no es posible renunciar a la dignidad como no es concebible renunciar a la condición de ser humano³².

Otra doctrina que por su lenguaje ha tenido influencia, es la llamada ‘ética material de los valores’. Sus principales exponentes son MAX SCHELER Y NICOLAI HARTMANN. Ellos proponen la existencia de un orden de valores previos a cualquier tipo de orden jurídico y social. Pero –y he aquí la gran diferencia con el iusnaturalismo– dichos valores no estarían inscritos en la naturaleza humana sino que se le habrían dado al hombre de forma superpuesta a modo de guía³³. El problema surge al intentar establecer una lista de dichos valores objetivos y su jerarquía. Si supuestamente son objetivos ¿Por qué nadie ha podido ponerse de acuerdo sobre cuáles son y cuáles deben primar sobre los otros? La práctica lleva a concluir que la teoría, o termina subjetivizando los valores, o es insuficiente por sí misma.

Por último hay que mencionar a otros autores que, tal vez ante la dificultad de dar un contenido preciso al concepto de dignidad, sostienen que el fundamento de los derechos humanos es el consenso internacional lo más generalizado posible. BOBBIO, HABERMAS Y APEL, entre otros, dan fórmulas sobre cómo debe ser ese acuerdo, pero no reparan en lo insuficiente que éste resulta para defender los derechos fundamentales en todo tiempo y lugar. ¿Qué ocurriría –cómo de hecho está ocurriendo– si en ciertos países se deja de considerar que todas las personas tienen derecho a la vida? ¿Por esta falta de consenso dejaría de ser un derecho humano exigible universalmente? En la época del colonialismo del s. XIX ¿No había un consenso casi generalizado que permitía la esclavitud como algo legítimo? ¿Significa que por esa razón esos esclavos carecían del derecho a la libertad y a la igualdad?

IV. LOS CONFLICTOS DE DERECHOS

La adopción de una u otra forma de entender los derechos humanos, sus características y sus fundamentos resulta clave a la hora de estudiar los conflictos entre derechos.

Si los derechos humanos son mirados como esferas individuales de autonomía, no sujetas a límites o deberes (recordar el estado de naturaleza de los contractualistas), que tienen su fundamento en la autonomía moral y en la racionalidad (fundamentación kantiana) y se considera al hombre como dueño de ellos (Locke

³² Cfr. APARISI, ÁNGELA, “Persona y dignidad ontológica” en *Manual de Derechos Humanos*, ob.cit., p.183.

³³ Cfr. MEGÍAS, JOSÉ JUSTO, “Diversas teorías justificadoras” en *Manual de Derechos Humanos*, ob.cit., p. 188.

y el paradigma de la propiedad), es imposible que no colisionen. Desde estas posturas, se ve al Derecho como un conjunto de derechos subjetivos individuales y no como el coordinador de la vida en sociedad. Se olvida que no toda aspiración es un derecho, sino sólo la que tiene fundamento en alguna necesidad o finalidad del hombre y puede armonizarse con los restantes bienes.

Constatada la existencia de dichos conflictos, éstos tratarán de resolverse en base a un consenso o a una escala de valores, que al no estar basados en la naturaleza humana, terminarán tarde o temprano subjetivizándose y, por tanto, atentando contra la igualdad de las personas.

En cambio, para la postura basada en el iusnaturalismo clásico, los derechos humanos nacen ajustados, son delimitables y traen consigo deberes correlativos. La razón fundamental de ello es que provienen de una misma naturaleza humana, la cual establece los fines y bienes de todos los seres humanos. Dicha naturaleza es una unidad y no se puede contradecir. Por ello, si reconoce derechos a un determinado hombre, no pueden éstos anularse al encontrarse frente a los de otro.

Hay que recordar que para que un bien sea realmente –valga la redundancia– un bien, hay que tomar en consideración su fin, su orientación. Por ejemplo, es natural sostener que la libertad de expresión es un bien. Pero también parece lógico que deja de serlo cuando por los dichos de una persona se pone en peligro la seguridad de una nación completa. La persecución de un bien hasta el extremo de lesionar los de los demás no proporciona un bien real, sino aparente. Es más, la lesión al bien común supone lesionar uno de los bienes del propio sujeto, como lo es la sociabilidad³⁴.

Desde esta postura, pretensiones y derechos no son sinónimos y, por lo tanto, las colisiones sólo se darán al nivel de las aspiraciones. Dichos conflictos serán resueltos determinando el contenido real de cada derecho y mirando a los derechos humanos como un sistema armónico.

A modo de resumen de este capítulo queremos volver a recalcar que adherimos a un concepto de derechos humanos que los considera inherentes a todas las personas, por el simple hecho de ser seres humanos. Estos derechos tienen su fundamento y contenido en la naturaleza humana y en la dignidad ontológica propia de todo individuo que pertenece a la especie *homo sapiens*. Se caracterizan por ser preconstitucionales, inalienables, universales, absolutos (en el sentido que tienen un valor en sí y no pueden ser limitados sino en casos excepcionales), pero delimitables. Pertenecen a hombres y mujeres que viven en una sociedad determinada, estando unidos a ciertos deberes básicos necesarios para la vida social y que permiten a los derechos coexistir como un sistema.

³⁴ SERNA, P. Y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La ley, Buenos Aires, 2000, p. 93.

CAPÍTULO II

ALGUNAS NOCIONES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez que ya hemos definido y caracterizado los derechos fundamentales, corresponde estudiar los métodos de interpretación de los mismos, con el objeto de buscar soluciones a los aparentes conflictos que se producen entre ellos.

La interpretación de los derechos humanos se inserta en el tema más amplio de la hermenéutica constitucional y de la interpretación jurídica en general³⁵. Es por esto que, previo al desarrollo pormenorizado de cada método de solución de conflictos, es necesario hacer una breve referencia a la interpretación del Derecho Constitucional y a algunos de sus postulados.

Por interpretación constitucional entenderemos aquella que busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma no-constitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión³⁶, resaltando así el carácter práctico de esta actividad más que el aspecto meramente especulativo o teórico. Como sostiene HESSE, “no existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”³⁷. Dicha forma de entender esta ciencia se ajusta muy bien al objetivo de la presente investigación: buscar soluciones a casos determinados en que se planteen aparentes conflictos de derechos fundamentales.

Dentro del ámbito de la interpretación jurídica, no sólo constitucional sino general, podemos encontrarnos con el problema de la antinomia de dos o más normas, el cual se ha tratado de solucionar con diferentes criterios tales como³⁸:

- el jerárquico: norma superior prevalece sobre la inferior.
- el axiológico: prima la norma que tenga implicada un valor de mayor importancia.
- el cronológico: norma posterior deroga la anterior.
- el de especialidad: norma especial se impone a la general.
- el de liberalidad (que puede considerarse una vertiente del axiológico): entre una norma que consagra una liberalidad y otra una prohibición, se escoge la primera.

³⁵ La mayor parte de la doctrina está conteste en sostener que las reglas generales de interpretación, en especial las de los art. 19 a 24 del CC, son aplicables al derecho constitucional. Sin embargo, éstas deben ser adecuadas a la realidad específica de las normas constitucionales y del derecho público. Al respecto véase NAVARRO, ENRIQUE, “Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980”, pp. 317-318 y ZUÑIGA, FRANCISCO, “Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional” pp. 288-289 en AA.VV. *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

³⁶ VIGO, RODOLFO, *Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 84.

³⁷ HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 45.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 90. También véase NOGUEIRA, HUMBERTO, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, p. 121.

Entre las antinomias que se dan en materia constitucional, podemos distinguir especialmente dos.

La primera se da entre las normas constitucionales y las infraconstitucionales. Para solucionar dicha contradicción los juristas recurren generalmente al principio de jerarquía consagrado en nuestra Carta Fundamental en el art. 6° inciso 1° que establece que “los órganos del Estado deben someter su acción la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”³⁹.

Sin embargo, más complejas es el segundo tipo de antinomias: las que se dan entre normas que se encuentran en el mismo texto constitucional. En este caso no es posible recurrir al criterio jerárquico porque las disposiciones involucradas tienen el mismo rango. Dentro de este problema se encuadran los conflictos entre derechos fundamentales, ya que en dichos casos colisionan dos garantías que son reconocidas y protegidas por la Carta Fundamental. VIGO sostiene, a rasgos generales, que las antinomias entre normas constitucionales se pueden solucionar de tres formas⁴⁰: eliminando explícitamente una de las normas; inaplicando una de las normas, sin declararlo; y, por último, conservando las dos, pero fijando el sentido de una de ellas. Este último método se fundamenta en que la incompatibilidad no surgiría de las normas, sino de la interpretación que de ellas se hace.

A continuación desarrollaremos brevemente algunos principios o postulados de interpretación del Derecho Constitucional que fundamentan esta última postura y serán de utilidad al analizar los métodos de solución de conflictos de derechos⁴¹.

I. OPTIMIZAR LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Este principio busca hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución, alejándose de planteamientos que desconozcan la fuerza vinculante directa e inmediata de todas las normas pertenecientes a ella. Esto conduce a que entre dos opciones posibles debe privilegiarse aquella que maximice la eficacia de la Constitución, de modo que lo definido normativamente se encarne en conductas concretas. Por ejemplo, entre una interpretación que mira una norma constitucional como una disposición meramente programática y otra que estima que es aplicable directamente, aunque no haya una ley de por medio, habrá de estarse a ésta última.

Sin embargo, hay que tener presente que en materia de derechos fundamentales este criterio no puede aplicarse de igual manera a los derechos sociales. Estos,

³⁹ Este principio no es exclusivo del constitucionalismo chileno. Por citar algunos ejemplos, el art. 123.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “Seguirá en vigor el derecho vigente (...) en lo que no se oponga a la presente Ley Fundamental” y art. 4 de la Constitución Colombiana “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Para una comparación de las normas de las principales constituciones ver PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, ob.cit., Apéndice, pp. 409 y ss.

⁴⁰ Cfr. VIGO, RODOLFO, ob. cit., pp. 93-94.

⁴¹ Seguiremos la enunciación y análisis de los principios hecho en NOGUEIRA, HUMBERTO, ob.cit., p. 112 y ss., VIGO, RODOLFO, ob. cit., pp. 105 y ss. y HESSE, KONRAD, ob.cit., pp. 48-51.

por regla general, recogen principios, programas o aspiraciones político-sociales, elevadas a nivel constitucional. Tampoco tienen el carácter de absolutos que tienen los otros derechos, sino que se ven influenciados por las costumbres y la opinión pública. Además, su satisfacción dependerá de los recursos, en la mayoría de los casos, del Estado⁴².

Muy relacionados con esta máxima se encuentran el principio del efecto útil y el postulado de concordancia práctica. Según el primero, el intérprete no puede anular o privar de eficacia ningún precepto de la Constitución, sino que toda norma es útil y, por lo tanto, debe armonizarse con los demás preceptos constitucionales. De acuerdo al segundo, le está vedado al intérprete sacrificar totalmente un principio, derecho o bien constitucional. Deben superarse los conflictos que se den entre ellos, atribuyendo a cada norma y principio un contenido que no sea contradictorio con el de los otros preceptos.

El Tribunal Constitucional ha seguido de forma expresa este principio. En el considerando 5° de la sentencia del 31 de enero de 2006 señala que “ante esta *supuesta oposición* entre dos normas de la Constitución, la cual, por su esencia, regula en forma clara la coexistencia política y la convivencia pacífica de las personas y grupos, un imperativo de hermenéutica constitucional impone al intérprete, *optimizar* la preceptiva y esforzarse en conciliar las normas en juego, excluyendo interpretaciones que conduzcan a suponer que el Poder Constituyente derivado ha incluido en su texto normas antagónicas o confusas, ya que de lo contrario no se habría cumplido, debidamente, con el fin primordial de la Carta Política ya señalado, lo que, definitivamente, es inaceptable”⁴³.

II. UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Se presume que la Carta Fundamental es un proyecto unitario que busca objetivos determinados por lo que sus enunciados no pueden ser interpretados sin tener en cuenta el resto del bloque normativo al que pertenecen. Dicha armonía va mucho más allá de una mera coherencia formal; los preceptos constitucionales no son un conjunto de normas yuxtapuestas, sino que aspiran a formar un verdadero sistema. En consecuencia, el intérprete debe atender a los fines y bienes propios de Constitución, con el fin de evitar contradicciones entre las normas del texto constitucional⁴⁴.

El Tribunal Constitucional también ha formulado este principio en términos claros y precisos. En la sentencia relativa al proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones afirma que “la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exis-

⁴² Cfr. MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los derechos sociales” en AA.VV., *Lecciones de Derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997, pp. 282-284.

⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 464, 31 de enero de 2006. Las sentencias del Tribunal Constitucional que citemos se encuentran disponibles en <http://tribunalconstitucional.cl>.

⁴⁴ Véase también GARCÍA, ANA MARÍA, “Los elementos de interpretación constitucional y su recepción en la jurisprudencia chilena” en AA.VV. *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, ob.cit., p. 331.

ta entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”⁴⁵.

Esta exigencia de no privar de vigencia a ninguna de las partes de la Constitución está ligada al carácter normativo directo de la Carta Fundamental y tiene especial relevancia en materia de derechos. Como sostiene DE OTTO Y PARDO, “precisamente porque es necesario llevar a concordancia todas las normas constitucionales, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos o bienes”⁴⁶. Para que esta armonización sea posible hemos de reconocer –como mencionábamos en el capítulo anterior– que los derechos fundamentales son delimitables.

III. BUSCAR LA MÁXIMA FUNCIONALIDAD DEL RÉGIMEN POLÍTICO

La interpretación debe conservar y fortalecer la unidad y el régimen político que se ha establecido en la Carta Fundamental, respetando la distribución de competencias que la Constitución determina. De esta manera, el intérprete debe impedir la invasión ilegítima de unos órganos o autoridades en el ámbito de los otros.

Por ejemplo, no debe permitirse que la potestad del Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley se extienda a materias comprendidas en las garantías constitucionales, ya que esto implicaría una intromisión en la función legislativa más allá de lo permitido en nuestra Constitución, específicamente en el art. 64 inc. 2.

También debe el legislador acatar la jurisdicción constitucional que tiene como función resguardar la supremacía del texto constitucional, aunque ello implique en cierto modo un límite a la potestad legislativa.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

La Constitución es una norma cualitativamente diferente a las demás, por cuanto incorpora un sistema de valores esenciales que debe informar todo el ordenamiento jurídico⁴⁷. Dichos valores deben ser tenidos en cuenta para precisar el sentido y alcance de toda norma constitucional y, en forma especial, las relativas a los derechos fundamentales.

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985. Este principio también ha sido recogido por otros tribunales de nuestro país. Por ejemplo, la C. de Apelaciones de Santiago ha sostenido que “para dilucidar el presente caso es necesario en primer término, tener presente que la Constitución Política es un ordenamiento institucional cuyos preceptos no pueden ser interpretados en forma aislada, sino que de un modo sistemático, por cuanto forman un conjunto orgánico y coherente, debiendo existir la debida correspondencia entre las normas del texto constitucional”. (C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de mayo de 1993, *RDJ*, t. 90, sec. 5ª, p. 164, considerando 6°).

⁴⁶ DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, ob.cit., p. 126.

⁴⁷ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 9/1981, 31 de marzo de 1981. Disponible en <http://www.boe.es>

Esta doctrina ha sido aceptada de forma casi universal. Un ejemplo paradigmático es el del Tribunal Constitucional alemán, el cual sostuvo en sentencia del 15 de enero de 1958 que “al igual que el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental; el viejo derecho ya existente debe orientarse en cuanto al contenido, en ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación”⁴⁸. En nuestra Constitución –especialmente en el Capítulo I relativo a las bases de la institucionalidad– también podemos distinguir valores que orientan todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existen múltiples problemas u divergencias respecto a la aplicación de este postulado.

En primer lugar, persiste la clásica pugna entre iusnaturalistas y positivistas. Mientras los primeros incluyen todo el derecho natural como valor que subyace en la interpretación del derecho, los segundos sólo reconocen como valores los expresados en el texto constitucional⁴⁹.

Otra disputa dice relación con el carácter sustantivo o procedimental de los valores. Algunos autores –como PETER HABERLE Y JOHN HART ELY– sólo reconocen los valores adjetivos o procedimentales tales como la representación. En cambio otros –LAURENCE TRIBE Y MICHAEL PERRY– defienden valores sustantivos, aunque con tantas diferencias entre un autor y otro, que resulta un tanto forzoso agruparlos⁵⁰.

También existen posturas encontradas entre el originalismo, también llamado interpretativismo o textualismo, y el no interpretativismo. Para los seguidores de la primera corriente, sólo pueden reconocerse los valores que el Constituyente tuvo presente al momento de elaborar la Constitución. En cambio los segundos sostienen que los valores constitucionales pueden variar según las distintas épocas⁵¹.

Pero en el trasfondo de todas estas discusiones subyace un problema mayor, ya enunciado en el Capítulo I al tratar sobre la ‘ética material de los valores’ de SCHERLER Y HARTMANN: ¿Qué entendemos por valor? Si no se resuelve esta interrogante, la teoría de los valores puede terminar por reconocer, con el carácter de derechos fundamentales, situaciones aberrantes como el supuesto “derecho al divorcio”, “derecho al aborto” o “derecho al suicidio”. Además, como ha ocurrido en los Estados Unidos respecto de las libertades preferidas (*preferred freedoms*), podría justificarse la discriminación entre unos derechos fundamentales y otros, aunque no se tenga claridad respecto al fundamento de dicha jerarquía.

⁴⁸ BVerfGE 7, 198.

⁴⁹ Cfr. VIGO, RODOLFO, ob.cit., pp. 148-149.

⁵⁰ Por ejemplo, PERRY considera el consenso como fundamento de los valores, mientras que TRIBE considera imposible que el consenso mayoritario pueda ser la fuente de constitucionalización de nuevos derechos sustantivos, ya que es precisamente la voluntad de la mayoría lo que se ataca mediante la constitucionalización de derechos sustantivos. Para profundizar sobre la llamada ‘Jurisprudencia de valores’ especialmente en relación al caso norteamericano ver ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, capítulo IX.

⁵¹ Cfr. PERRY, MICHAEL J., “Interpretivism, freedom of expresión and equal protection” en *Ohio St. L.J.*, N° 42, 1981, pp. 261-298. Disponible en Hein Online.

Por estas razones, el postulado hermenéutico en análisis debe utilizarse con suma prudencia, aclarando previamente cual es el fundamento de los valores que se invocan. De esta manera se evita la subjetivización de la interpretación, que puede llevar, más que a la vigencia y correcta aplicación de la Constitución, a la imposición de criterios políticos o ideologizados.

V. FIDELIDAD NO ESTÁTICA AL PODER CONSTITUYENTE

En la interpretación constitucional deben combinarse dos cometidos. Por una parte, el respeto a la voluntad del poder constituyente, el cual está por sobre los poderes constituidos. Por otra, la respuesta apropiada a la realidad cambiante que regula, evitando reformas innecesarias al texto constitucional. Esta difícil combinación que debe hacer el intérprete se facilita por los términos lingüísticos utilizados en la Constitución, especialmente abiertos e indeterminados al tratarse de las normas de derechos fundamentales. Se deberá distinguir entre los elementos esenciales que no dejan margen para variaciones y los contingentes que puede acomodar a las realidades que regula. En palabras de DWORKIN habrá que diferenciar entre ‘conceptos’, cláusulas constitucionales abstractas que deben ser determinadas por el intérprete en cada caso, y las ‘concepciones’, que se refieren a situaciones cuya definición no deja un margen de variación al intérprete⁵².

Sin permitir que mediante la interpretación se invada el ámbito del poder constituyente (que es lo propio del *Judicial Review*, no extrapolable en su integridad a nuestro sistema continental), es necesario que tener presente que la Constitución “debe operar para el presente y el futuro y no para el pasado”⁵³.

Creemos que, al igual que respecto de valores, la interpretación de las cláusulas abstractas, especialmente en materia de derechos, estará influida por el fundamento y concepción que se tenga del hombre. Por lo tanto, habrá que estar atentos a que no se defiendan situaciones que puedan llegar a ser abiertamente contrarias a los derechos originalmente reconocidos por la Carta Fundamental.

VI. ESTABILIDAD RELATIVA DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS

Si bien en nuestro país los tribunales no tienen la obligación de fallar conforme a los precedentes, no hay que negar el valor que puede tener la jurisprudencia como fuente del derecho e instrumento para dar certeza jurídica en el sistema de interpretación. Esto es especialmente aplicable en materia constitucional debido a la existencia del Tribunal Constitucional que tiene como objetivo velar por la adecuación de normas y preceptos a nuestra Constitución⁵⁴.

⁵² Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995, pp. 211-216. Un ejemplo de concepto, dado por él, sería la cláusula que prohíbe el castigo cruel y excepcional, siendo tarea del intérprete de cada época definir que se entiende por cruel. En cambio, si la norma establece que la pena de muerte es un castigo cruel, estaríamos frente a una concepción.

⁵³ GARCÍA, ANA MARÍA, *ob.cit.*, pp. 332-333.

En relación a los conflictos de derechos fundamentales, este principio cobra especial relevancia, ya que la estabilidad en las decisiones asegura la justicia, resolviendo casos similares según criterios semejantes. Debido a que en materia de conflictos de derechos las circunstancias concretas del caso son extremadamente relevantes, creemos que la jurisprudencia es fundamental al momento de construir un método para resolver dichas colisiones. Como se postulará en el desarrollo posterior de nuestro trabajo, la solución a los conflictos iusfundamentales no la encontraremos en normas legales, sino en sentencias judiciales, que, una tras otra, formen criterios jurisprudenciales para determinar el contenido y límites de cada derecho humano. Pero, para evitar la incertidumbre es fundamental que exista una estabilidad relativa en las decisiones interpretativas.

VII. FUNDAMENTACIÓN APROPIADA DE LAS DECISIONES

Como sostiene GARCÍA PELAYO “de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación”⁵⁵. La fundamentación de las sentencias del intérprete constitucional lleva aparejado un mayor cumplimiento voluntario de las decisiones, por lo que el sistema se hace más eficaz. Además tiene una función pedagógica, porque inspira a otros tribunales a seguir dichos criterios al resolver. Por último, cumple con la función de rendir cuentas, propia de un sistema republicano⁵⁶.

Relacionado con el postulado anterior podemos señalar que la fundamentación es la clave para formar criterios jurisprudenciales que nos lleven a la solución de los conflictos. Por muchas sentencias concordantes que tuviésemos, si ellas no incluyesen consideraciones sobre los hechos y el derecho, no servirían para delimitar el contenido y alcance de las garantías constitucionales. Será la fundamentación de los fallos el objeto principal de nuestro posterior estudio.

Luego de haber analizado en estos primeros capítulos los conceptos y características los derechos humanos y de su interpretación, entraremos de lleno al estudio de los métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales.

CAPÍTULO III LA JERARQUIZACIÓN

El primer método que analizaremos es el conocido como jerarquización de los derechos fundamentales. Si bien ha sido desarrollado más por la doctrina que

⁵⁴ En relación al precedente en el derecho constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno véase ZAPATA, PATRICIO, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, pp. 139-157.

⁵⁵ GARCÍA PELAYO, MANUEL, “El status del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981, p. 33.

⁵⁶ VIGO, RODOLFO, ob.cit., pp. 176-177.

por la jurisprudencia y actualmente se invoca menos que otros mecanismos tales como la ponderación, consideramos necesario hacer una referencia a él por distintas razones. Por un lado, en nuestro país hay fallos emblemáticos que se han fundamentado en él, y por otra parte, sus bases son semejantes a algunos de los mecanismos que analizaremos posteriormente.

I. DOCTRINA

Podríamos definir la jerarquización como un método que busca resolver los conflictos entre derechos creando categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía del derecho jerárquicamente superior⁵⁷.

En la línea de este método, aunque con matices, encontramos la doctrina americana de las libertades preferidas (*preferred freedoms*), según la cual los derechos de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos –libertades de expresión y prensa, de religión y los derechos de asociación y petición– constituyen un núcleo resistente a toda regulación que limitara dichas libertades⁵⁸. En principio, estos derechos se encuentran en una situación preferente, no absoluta, aunque en el caso concreto se llega a resultados similares a los de la jerarquización. Extrapolando esta doctrina norteamericana, el Tribunal Constitucional español ha atribuido a las libertades de expresión e información una ‘posición prevalente’ en el ordenamiento jurídico español⁵⁹.

En nuestro país también algunos autores han aceptado cierta jerarquización de las garantías constitucionales. CEA sostiene que en la práctica resulta imperativo reconocer que existen colisiones entre derechos garantizados en la Constitución. Por regla general, los conflictos serían sólo aparentes, razón por la cual debe buscarse la conciliación entre los derechos en choque. Pero si luego de aquel intento no es posible conjugarlos por entero, debe aceptarse una primacía de unos sobre otros. La lista comenzaría por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando al derecho a la información y reunión, para terminar con el Orden Público Económico⁶⁰.

Por su parte, NOVOA plantea que los derechos fundamentales no se encuentran en un mismo plano de importancia, siendo posible distinguir entre derechos ‘absolutos’ y ‘relativos’. Los ‘absolutos’ serían aquellos que bajo ninguna circunstancia pierden su vigencia y los ‘relativos’ aquellos cuya vigencia puede ser suspendida de forma transitoria por razones poderosas de peligro nacional. Entre los últimos prevalecen los que protegen el interés general –como la libertad de información, por sobre los que tienen el carácter de individual– como ocurre con la vida priva-

⁵⁷ Cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 7.

⁵⁸ Al respecto TRIBE, LAURENCE H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola (NY), 1988, pp 769-784 citado por SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 15.

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ, SANTIAGO, “Los límites de los derechos” en Sánchez, Santiago (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 59-60.

⁶⁰ Cfr. CEA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, Tomo II, pp. 65-66.

da. Hemos de precisar que el autor exige determinar previamente si los derechos han sido ejercidos debidamente, antes de aplicar los criterios señalados⁶¹.

PFEFFER también trata el tema, aunque tampoco considera la jerarquización como la única solución al problema de los conflictos. Según lo expuesto por el autor, los derechos son el medio de brindar protección jurídica a valores que por definición son medios en sí mismos. Como toda teoría de valores supone una jerarquía entre ellos, también se produciría un orden de prelación entre los derechos que les dan cobertura⁶².

Dicha escala puede ser definida por el constituyente o por el intérprete. En el primer caso se resuelve *ex ante* la futura colisión. Pero si la Constitución no se pronuncia al respecto (como ocurre en la mayoría de los conflictos) habrá que resolver la pugna entre valores e intereses intentando la cohabitación entre ellos. De no ser posible, habrá que preferir un valor o interés sobre otro, sin destruir al postergado. Para ello el autor da algunas pautas al intérprete constitucional: a) distinguir entre derechos renunciables e irrenunciables; b) preferir los derechos fundantes (vida, integridad, libertad personal) que posibilitan la realización de otros; c) considerar la relación entre prevalencia abstracta y prevalencia concreta de un derecho; d) atender a la intensidad con que se puede limitar o restringir un derecho, prefiriendo al que admite menos restricción; e) distinguir entre derechos protegidos por la acción de protección de los que no lo están; f) aplicación de la técnica de sustracciones hipotéticas, es decir, imaginar un mundo en que se niegue una u otra categoría de derechos y ver cual pérdida sería más significativa; g) preferir a los derechos que son prerrequisitos de otros; h) anteponer los ‘derechos fines’ a los ‘derechos medios’ y i) la regla de oro: en toda circunstancia debe preferirse aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana, que es el valor esencial, fundamento de todos los demás valores⁶³.

II. JURISPRUDENCIA

Como adelantábamos, la jurisprudencia también ha resuelto algunos casos distinguiendo entre derechos de mayor o menor relevancia.

El caso más paradigmático es el conocido como “Impunidad Diplomática”. Los hechos en resumen son los siguientes. El señor Francisco Martorell y la imprenta Editorial Planeta publicaron el año 1993 un libro en Argentina titulado “Impunidad Diplomática”, el cual se disponía a comercializar en Chile. Antes de que ello ocurriera, el señor Andrónico Luksic presentó un recurso de protección ante la Séptima Sala de la C. de Apelaciones de Santiago, solicitando que se prohibiese su circulación, alegando que el libro violaba su derecho a la intimidad y a la honra.

⁶¹ Cfr. NOVOA, EDUARDO, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Ed. Siglo XXI Editores S.A., Ciudad de México, 1981, pp.185-195.

⁶² Cfr. PFEFFER, EMILIO, “Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos” en Revista Chilena de Derecho, Número Especial Actas XXIX Jornadas Chilenas del Derecho Público, 1998, p. 225.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, pp. 226-227.

La Corte acogió el recurso, prohibiendo el ingreso, distribución y circulación del libro por constituir una amenaza al derecho a la honra del demandante. En el considerando 8° de la sentencia se sostiene que “nadie discute que el Constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que Consagra el art. 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia”⁶⁴. Siguiendo este criterio el tribunal falla haciendo prevalecer el derecho a la honra, consagrado en el numeral 4° del art. 19 de la Constitución, por sobre la libertad de información, establecida en el numeral 12°.

Posteriormente, la C. Suprema confirmó la apelación, afirmando en el considerando 3° de la respectiva sentencia “que el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”⁶⁵.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos rechazó la doctrina aplicada por los tribunales chilenos, sosteniendo que el posible conflicto entre derecho a la honra y libertad de informar puede solucionarse mediante responsabilidades ulteriores y no a través de la censura previa⁶⁶.

Nuestra jurisprudencia también ha utilizado la jerarquización al invocar la primacía del derecho a la vida en los casos de negativas de transfusiones sanguíneas por motivos religiosos. En los respectivos recursos de protección se ha planteado la colisión entre el derecho a la vida del paciente y la libertad de conciencia del mismo, por lo que no representan exactamente una colisión entre derechos pertenecientes a diferentes titulares. Pero nos parece que es pertinente citar los criterios empleados por los jueces, ya que tienen un trasfondo basado claramente en el método en análisis. Un ejemplo de ello es la sentencia de 24 de marzo de 1992 de la C. de Apelaciones de Copiapó. En ella el tribunal señala expresamente que “si bien es cierto, nuestra Constitución, en el art. 19 N° 6 asegura a todos los habitantes la libertad de conciencia (...), en este caso, (...) el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados”⁶⁷. Este mismo razonamiento se vislumbra en otras

⁶⁴ C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de Mayo de 1993, *RDJ* t. 90, sec. 5ª, p. 171.

⁶⁵ C. SUPREMA, 15 de Junio de 1993, *RDJ* t. 90, sec. 5ª, p. 166, considerando 3°. En este razonamiento puede observarse un acercamiento a la idea de derechos con un contenido delimitado, armonizados en el bien común.

⁶⁶ Cfr. CIDH, Informe N° 11/96, 3 de mayo de 1996, Considerando 75. Disponible en <http://www.cidh.oas.org>

⁶⁷ C. APELACIONES DE COPIAPÓ, 24 de marzo de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 5ª, pp. 221, considerando 6°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 5 de mayo de 1992 (Rol N° 18.640) Aunque el tribunal señala que se llega a esta conclusión atendida a las circunstancias del caso, creemos que el criterio invocado responde al establecimiento de categorías previas y rígidas, antes que a una ponderación de intereses basada en el caso concreto. Ello es posible deducirlo al analizar sentencias anteriores y posteriores, en que, básicamente, el criterio se mantiene sin atender mayormente a los cambios de circunstancias. Véase C. APELACIONES DE SANTIAGO, 4 de

sentencias que establecen que debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas por sobre cualquier otra consideración, aun de índole religiosa, que la pongan en riesgo⁶⁸.

También encontramos mencionada la primacía de la integridad física y síquica en un caso de conflicto en que se verían involucrados la libertad de enseñanza, la igualdad ante la ley y la garantía del art. 19 N° 1 de la Constitución. En dicha ocasión, un apoderado de un liceo de Pichilemu presentó un recurso de protección en representación de su hijo, sosteniendo que se le había negado la matrícula de forma arbitraria, conculcándose la garantía constitucional de igualdad ante la ley. El tribunal resolvió a favor del establecimiento educacional, indicando que la libertad de enseñanza permite a los establecimientos formular exigencias para aceptar la matrícula y que la negación de ésta no se basó en circunstancias personales, sino en antecedentes ciertos y concretos relativos a la conducta previa del postulante. De lo señalado se desprende que la decisión de fondo del tribunal se fundamenta en la delimitación del contenido de las garantías involucradas y la negación de un verdadero conflicto de derechos. Sin embargo, podemos encontrar un atisbo de jerarquización en el considerando 3° en que se establece que “frente a ese principio de igualdad ante la ley está el aún más caro de la integridad física y psíquica de profesores y estudiantes del Liceo, que se vería seriamente amenazada (...) Ni el establecimiento ni los demás apoderados tienen por qué verse expuestos a que un menor (...) al cual sus padres no quieren someter previamente a tratamiento, abuse de las alumnas, golpee a los alumnos o agrede a sus profesores”⁶⁹.

Por último, fuera ya del ámbito del recurso de protección, hemos de mencionar un caso en que el Tribunal Constitucional también distinguió entre categorías de derechos. Nos referimos a la sentencia que se pronuncia sobre la impugnación del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría general de la Presidencia, el cual establecía la Restricción Vehicular. En dicho fallo reconoce la primacía del derecho a la vida y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por sobre la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad invocados por los requirentes. Reproducimos el considerando 46°: “La medida de restricción

noviembre de 1991, *RDJ* t. 88 sec. 5ª, pp. 340-343; C. APELACIONES DE RANCAGUA, 22 de agosto de 1995, *GJ* N° 184, pp. 51-54; C. APELACIONES SANTIAGO, 1° de diciembre de 1995, *GJ* N° 186, p. 52; C. APELACIONES DE SANTIAGO, 20 de octubre de 1999, *GJ* N° 232, pp. 107-108; C. APELACIONES DE SAN MIGUEL, 11 de enero de 2001, Rol N° P-334-2000, Lexis Nexis N° 17929. Los casos en análisis son de extrema complejidad y su estudio en detalle exceden las pretensiones del presente trabajo. Para un mayor desarrollo de la materia véase RETAMALES, AVELINO, “Lecciones que dejan los pacientes adultos que rechazan transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales” en *Ius Publicum*, N° 11, 2003, pp. 75-102; C. APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 4 de abril de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 226-231 y nota correspondiente con más casos y C. SUPREMA, 13 de julio de 2004, *RDJ* t. 101, sec. 5ª, pp. 75-81.

⁶⁸ C. APELACIONES DE RANCAGUA, 22 de agosto de 1995, *GJ* N° 184, p. 53, considerando 7°; C. APELACIONES DE SAN MIGUEL, 11 de enero de 2001, Rol N° P-334-2000, Lexis Nexis N° 17929, considerando 5°. Ésta última sentencia fue confirmada por la C. Suprema el 29 de enero de 2001 (Rol N° 297-01).

⁶⁹ C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 193. El considerando corresponde al voto de disidencia del ministro de la C. de Apelaciones de Rancagua, sr. Raúl Mera Muñoz.

vehicular (...) obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del art. 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas”⁷⁰.

III. CRÍTICA

Independiente de los resultados a que en los casos citados hayan llegado los tribunales, el método de la jerarquización es susceptible de varias críticas⁷¹.

La jerarquización parte de la base que los derechos son libertades ilimitadas, que no conllevan deberes correlativos. De este modo, las libertades o derechos que se encuentran en disputa no están dispuestos a dejar espacio al otro: si uno es definido como superior en abstracto, el otro debe ceder completamente en beneficio del primero. Esto conduce al conflictivismo –siguiendo la nomenclatura de CIANCIARDO⁷²– postura según la cual los conflictos entre derechos fundamentales resultan inevitables.

Según esta visión, los dos derechos en pugna existen en el caso concreto, pero uno de ellos debe sacrificarse a favor de su contrincante superior, que será el derecho realmente eficaz. Sin embargo, “no es posible que puedan coexistir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias. Esto se debe a que es lógicamente imposible que, siendo posiciones contradictorias, ambas sean –a la vez y en plenitud– justas, eficaces y presentes”⁷³. Esto atentaría contra un principio básico de la lógica, el principio de no contradicción. Pongamos un ejemplo para ilustrarlo. En un caso concreto en que una parte sostiene su derecho a su intimidad frente a otra parte que alega a su favor la libertad de expresión, el conflictivismo establecería que ambas partes tienen los respectivos derechos, pero que, siendo legítimas ambas pretensiones, hay que optar por una u otra, lo cual no puede hacerse sino mediante una imposición arbitraria.

Ante esta crítica se podría sostener que la opción entre uno y otro derecho está fundamentada en una jerarquía objetiva previamente establecida. Ésta, sin duda, es la aspiración del método. Pero constatamos en la práctica que no existe unanimidad respecto de cuál es el orden jerárquico que efectivamente debiera prevalecer entre los derechos humanos. Las diversas escalas que se elaboren de-

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.

⁷¹ Algunos autores que han criticado el método en Chile, especialmente respecto al conflicto entre vida privada y libertad de expresión, son CORRAL, HERNÁN, “El respeto y protección a la vida privada” en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, Ed. Conosur, Santiago, 2001, p. 224; NOGUEIRA, HUMBERTO, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en *Ius et Praxis*, Año 6, N° 1 Universidad de Talca, Chile, 2000, p. 404.

⁷² Cfr. CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo de los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 5.

⁷³ SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 29.

pendarán de criterios que se encuentran muy marcados por condicionamientos ideológicos, históricos y las valoraciones sociales de las distintas épocas y lugares⁷⁴. Volvamos a los ejemplos citados. La doctrina de las *preferred freedoms* coloca en una posición superior a la libertad de prensa, mientras que nuestros tribunales en el caso “Impunidad Diplomática” hacen todo lo contrario, dando preferencia al honor y a la vida privada. Al momento de resolver un caso en que esa libertad entre en contacto con estos derechos, estaremos frente a un nuevo problema: ¿quién determina la tabla pretasada que corresponde aplicar? Por lo tanto, el método de la jerarquización no hace más que trasladarnos de un problema a otro, sin darnos una solución satisfactoria.

En la mayoría de los casos, las escalas jerárquicas que se proponen estarán determinadas por una escala de valores. Sin embargo, como ya hemos señalado en los dos capítulos anteriores, éstos no tienen un contenido propio determinado, sino que dependen más bien de la opinión del gobernante o juez de turno. En otras ocasiones, será la fuerza de los más poderosos o de la mayoría la que decida el baremo aplicable, pero bien sabemos que los derechos humanos no pueden ser producto de una decisión democrática sino que pertenecen a cada hombre por el hecho de ser miembro de la especie humana. Estas soluciones, por lo tanto, comprometen la realización de uno de los principales objetivos de los derechos fundamentales: servir de limitación al poder⁷⁵.

Por otra parte, la falta de objetividad para determinar la jerarquía aplicable acarrea una falta de certeza jurídica inaceptable. Nadie admitiría en el ámbito del derecho privado que cada juez empleara la prelación de créditos que estimara mejor; menos puede entonces justificarse dicha actitud en materia de derechos humanos. Si los derechos fundamentales son efectivamente universales, es inconcebible que su protección o postergación dependan de la opinión dominante en el lugar o juez ante el que se encuentre el titular. Dicha situación es contraria a la garantía de igual protección en el ejercicio de los derechos.

Sin embargo lo expuesto, creemos que el remedio para la jerarquización no está en quien establezca la jerarquía⁷⁶. Aun cuando ese problema tuviera solución, el método adolecería de otros defectos de fondo.

⁷⁴ Sostiene PFEFFER que la determinación de la escala jerárquica aplicable es una tarea “en extremo difícil que sustancialmente dependerá de la ideología que maneje el intérprete-operador de la Constitución. También dependerá del sustrato ideológico con que el constituyente impregnó sus disposiciones. Pues no existen las constituciones neutras axiológicamente” (ob. cit., p. 226).

⁷⁵ Cfr. CIANCIARDO, JUAN, ob.cit., pp. 174-175. En relación a la función de los derechos fundamentales como límites del poder, véase el Capítulo 1 del presente trabajo y PÉREZ LUÑO, ANTONIO, ob.cit., pp. 19-29.

⁷⁶ Cfr. CASTRO, MARITZA, “Privacidad, Vida Pública y Honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto” en *Revista de Derecho Público*, 2003, vol. 64, p. 278. Aunque en general la autora critica el método, sostiene que en caso de aceptarse, la jerarquía debiera ser establecida por el constituyente o el legislador. Véase también ALDUNATE, EDUARDO, “La colisión de derechos fundamentales” en *Revista Derecho y Humanidades*, 2005, N° 11, pp. 69-78. El profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso afirma que como no es posible justificar en nuestra Constitución una jerarquía u otro método de solución de los conflictos entre derechos, la solución a la colisión vía legislativa parece ser el camino correcto.

La aplicación de dichas escalas lleva a discriminar entre los titulares de los derechos, dejando sin protección al de menor rango. El límite máximo de protección de cualquier derecho es el límite mínimo de protección del inmediatamente superior. De este modo, unos derechos siempre quedarán postergados frente a la presencia, en el caso concreto, de otro de mayor jerarquía, atentando así contra la igualdad de las personas. Afirmar que ambos derechos se tienen en el caso concreto se transforma en una especie de populismo jurídico: crear expectativas que se sabe de antemano que es imposible satisfacer.

El sacrificio total de un derecho en favor de otro atenta contra los principios interpretativos de optimización del carácter normativo de la Constitución y de unidad de la Carta fundamental. Como señalábamos en el capítulo anterior, el carácter normativo directo de las constituciones –incluidos lo relativo a derechos fundamentales– exige una interpretación sistemática de ellas que haga compatible internamente todo su contenido: la Constitución es una unidad. Entre dos opciones posibles debe privilegiarse aquella que maximice la eficacia de la Constitución de modo que lo definido normativamente se encarne en conductas concretas. Debe buscarse la vigencia de todas las disposiciones en pugna. Parafraseando una vez más a DE OTTO Y PARDO, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a favor de los demás derechos o bienes⁷⁷.

Por último, hemos de recalcar que la jerarquización propone resolver los casos concretos como si fueren cuestiones abstractas, y argumenta observando el conflicto general de derechos o bienes invocados, olvidando las peculiaridades del caso⁷⁸. Dicha actitud se le puede permitir a la doctrina, pero no a nuestros jueces.

IV. UNA VISIÓN DIFERENTE: JERARQUÍA DE BIENES, NO DE DERECHOS

El autor argentino FERNANDO TOLLER, crítico del método analizado, ha postulado que si bien los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, no ocurre lo mismo con los bienes humanos protegidos por esos derechos⁷⁹. Entre éstos es posible diferenciar aquellos bienes que son imprescindibles para la dignidad humana (vida, integridad, intimidad), de los que son más colaterales para esa dignidad (derechos patrimoniales).

Por otro lado, destaca que el Derecho reserva distintas respuestas a las violaciones de los diversos bienes jurídicos: en unos casos interviene el Derecho Penal (con diferentes penas según los bienes afectados), en otros el Derecho Administrativo Sancionador, a veces las nulidades de Derecho Civil, etc. Este trato desigual demostraría la diferencia de rango entre los bienes humanos protegidos por el Derecho.

⁷⁷ Cfr. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, ob.cit., p. 126.

⁷⁸ Cfr. SERNA, P. Y TOLLER, F., ob.cit., p. 12. También SERNA, PEDRO, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información” en *Humana Iura*, N° 4, 1994, pp. 226-227.

⁷⁹ Cfr. Esta postura está desarrollada en el artículo TOLLER, FERNANDO, *Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos*, Lexis Nexis N° 0003/012471, p. 5-7.

Pero esta diferencia entre bienes no implica necesariamente la jerarquía entre los derechos humanos que los protegen. Estos derechos son el “mecanismo técnico-jurídico que el hombre ha inventado para dar una protección adecuada a bienes naturales de tanta importancia”⁸⁰. Estos mecanismos tienen siempre la misma jerarquía: están constituidos por títulos jurídicos de iguales características, comprenden la equivalente posibilidad de reclamar jurídicamente ante el incumplimiento, se benefician del mismo modo de la facultad de ser escuchados por el juez y de que éste les reconozca la razón si se la demanda legítimamente, etc⁸¹.

Por esto, más allá de la jerarquía que tengan los bienes tutelados, la decisión judicial debe determinar cuál es el derecho que realmente existe en el caso concreto. Dicha jerarquía entre los bienes puede ser de utilidad para la resolución del pleito, pero siempre subordinada a las circunstancias concretas del caso y a la legitimidad del ejercicio del derecho invocado. A lo sumo podrá servir para dar *prima facie* una presunción a favor del derecho que tutela el bien de mayor jerarquía y para adoptar ciertas medidas cautelares en su favor⁸².

Luego de esta crítica al método de la jerarquización, analizaremos el *balancing test* o ponderación, en cuyo estudio nos será de gran utilidad lo expuesto en el capítulo que estamos finalizando.

CAPÍTULO IV

LA PONDERACIÓN O *BALANCING TEST*

La ponderación de derechos o *balancing test* es un método ampliamente difundido en el derecho comparado⁸³. Podemos entender por ponderación “la opinión emitida por el tribunal que analiza un problema constitucional mediante la identificación de los intereses implicados en el caso, y llega a una decisión, o construye una regla de derecho constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificados”⁸⁴. En otras palabras, consiste

⁸⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁸¹ Este argumento no es aplicable cabalmente al caso chileno. Hay que precisar que la acción de amparo consagrada en el art. 43 de la Constitución nacional de Argentina procede respecto de todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o la ley. En cambio, nuestra acción de protección establecida en el art. 20 de la Constitución chilena no garantiza todos derechos consagrados en el art. 19.

⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 7.

⁸³ La ponderación en los Estados Unidos nace como una reacción respecto a las doctrinas formalistas, las cuales tienden a reducir el conocimiento jurídico a lo que se desprende de los textos normativos, excluyendo cualquier consideración de elementos ajenos a los meramente normativos. El *balancing test* en cambio, busca, balancear intereses sin necesidad de amparar la decisión judicial en el descubrimiento de un precepto unívoco. Su gran exponente es ROSCOE POUND, quien a su vez tiene influencias de WENDELL HOLMES, IHERING y la “jurisprudencia de intereses” alemana. Cfr. ARBÓS, XAVIER, “La ponderación de intereses en la jurisprudencia de l Tribunal Supremo de los Estados Unidos” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1394-1409.

⁸⁴ ALEINIKOFF, T. ALEXANDER, “Constitutional Law in the Age of Balancing” en *The Yale Law Journal*, N° 5, 1987, p. 945.

en contrapesar los bienes jurídicos en pugna –en el nuestro análisis, los derechos fundamentales que colisionan– de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante en el supuesto y cuál debe rendirse⁸⁵.

Antes de hacer un análisis del método es necesario hacer ciertas precisiones respecto a los diferentes tipos de ponderaciones que existen. Es posible distinguir dos tipos de *balancing test*. Primero, el *balancing* amplio, conocido en derecho alemán como contrapeso o ponderación de bienes (*Güterabwägung*) o de valores constitucionales (*Wertabwägung*)⁸⁶. En segundo lugar se encuentra el *balancing* en sentido estricto, llamado también *ad hoc balancing*. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

I. BALANCING AMPLIO

En el *balancing* en sentido amplio un valor constitucional se contrapone a otros valores en pugna siendo este contrapeso en abstracto el que determina el contenido de la nueva norma subconstitucional aplicable. Dicho de otro modo, se establecen los valores comprendidos en cada derecho, se analiza la mayor o menor importancia o ‘peso’ de cada uno y se decide cuál primará en la práctica. Aunque a diferencia de la jerarquización la escala de derechos no se establece *a priori* del caso concreto, de todas formas el juez realiza una ponderación abstracta, obteniendo como resultado la preferencia de un derecho. Dicha prevalencia debiera estar prevista o al menos derivar de la Constitución. Se busca, en consecuencia, determinar el significado objetivo del derecho en la realidad constitucional y así decidir cuál derecho debe prevalecer. Sin embargo, para esta determinación no se atiende a las circunstancias concretas del juicio, sino a categorías sociológicas, filosóficas, políticas, jurídicas⁸⁷.

Por lo tanto, los resultados son idénticos a los de la jerarquización, siéndole aplicables todas las críticas ya formuladas en el capítulo anterior. Sin embargo, nos parece relevante detenernos nuevamente sobre algunos aspectos de ellas.

Como sosteníamos antes, generalmente las escalas jerárquicas o los ‘pesos específicos’ de los derechos están determinados por una escala de valores que dista mucho de ser objetiva. Será el juez quien llenará de contenido cada valor y luego ocupará ese mismo parámetro para determinar cuál derecho es más importante y cuál debe postergarse. Este método, como puede observarse, corre el grave peligro de subjetivarse, simulando que existe un criterio objetivo que fundamenta la decisión cuando lo que hay es más bien la opinión meramente personal del juzga-

⁸⁵ Cfr. SERNA, P. Y TOLLER, F., ob.cit., p. 10.

⁸⁶ Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, 2ª Edic., Barcelona, 2001, pp. 400-409.

⁸⁷ TOLLER, FERNANDO, *Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos*, ob.cit., p. 2 y GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 291-292. Éste último cita como ejemplo las sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 7, 377 (404) y 12, 205 (260).

dor. Cualquiera puede atribuir a un interés, mediante una adecuada formulación, el peso suficiente para hacer indiscutible su prevalencia⁸⁸.

De esta manera, en la aplicación del *balancing* amplio reiteradas veces se ha cometido el error de valorar los intereses protegidos por uno de los derechos en pugna como un interés particular, mientras que se atribuye al del otro derecho el carácter de público, produciendo *ipso facto* una desigualdad, muchas veces sin fundamentación en la realidad. Incluso POUND, uno de los partidarios del método sostiene que “cuando se trata de evaluar o contrapesar intereses o reivindicaciones, debemos tener cuidado de compararlos en plano de igualdad. Si categorizamos a uno como interés individual y a otro como interés social, podemos estar decidiendo la cuestión por adelantado”⁸⁹.

Por otro lado, aún cuando pudiera darse un contenido objetivo a cada valor, estos no serían jerarquizables⁹⁰, ya que obedecen a principios y estándares distintos, sin que sea posible cuantificarlos o medirlos. Buscando una salida a este problema se han utilizado principios de carácter utilitarista según los cuales no importa qué intereses están en juego, sino que mediante la ponderación se logre el máximo beneficio posible para el todo y, a la vez, para cada uno de ellos⁹¹. Aun cuando aceptáramos este tipo de criterio, seguiría en pie la pregunta ¿Qué derecho preferimos? ¿Quién es el que debe soportar el sacrificio? Porque desde la óptica del lenguaje absolutista de los derechos, cada individuo considerará su interés como el principal y el máximo beneficio posible para cada uno sólo se conseguirá mediante la preponderancia de su derecho sobre el otro en conflicto.

II. AD HOC BALANCING

Más relevante es analizar el *balancing* estricto o *ad hoc balancing*. En éste, “de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo* rango, posee *mayor peso en el caso concreto*”⁹². La realidad sobre la que opera la norma nos da el ‘peso específico’ de cada interés, por lo que sólo el análisis de esa realidad puede llevar a la correcta ponderación de intereses⁹³.

Para la exposición del método haremos referencia a la teoría desarrollada por ROBERT ALEXY, la cual ha resultado paradigmática al tratar este tema. Para comenzar hay que hacer una breve referencia a su teoría de los principios. Dicho autor define los derechos fundamentales como un modelo de principios y reglas, entendiendo por principios, mandatos de optimización o “normas que ordenan que algo

⁸⁸ Cfr. FRANZ, LAURENT B., “Is the First Amendment Law? A reply to Professor Mendelson” en *California Law Review*, N° 51, 1963, pp. 747-748.

⁸⁹ POUND, ROSCOE, “A survey of social interest” en *Harvard Law Review*, N° 57, 1943, p. 2.

⁹⁰ En contrario, como señalábamos en el capítulo anterior, la opinión de Emilio Pfeffer, quien sostiene que toda teoría de valores supone una jerarquía entre ellos. Ver PFEFFER, E., ob.cit., p. 225.

⁹¹ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, ob. cit., p. 434.

⁹² ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 90. Las cursivas aparecen en el original.

⁹³ Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, ob. cit., p. 417.

se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas⁹⁴. Este ámbito de las posibilidades jurídicas viene determinado por los principios que juegan en sentido contrario. Por otro lado, las reglas son mandatos definitivos, que ordenan hacer exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos⁹⁵.

La distinción entre principios y reglas cobra especial relevancia al analizar los conflictos entre normas. Una colisión entre dos reglas sólo puede ser solucionada introduciendo una cláusula de excepción a una de las dos o declarando que una de ellas es inválida. En cambio, los conflictos entre principios deben resolverse estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso concreto. Así, el conflicto no se soluciona declarando que uno de los principios no es válido, eliminándolo del sistema jurídico, ya que no se dan prioridades o superioridades absolutas. La salida a la colisión consiste más bien en que, considerando las circunstancias del caso, se establece entre los derechos una relación de precedencia condicionada⁹⁶.

Esta preeminencia que se determina conduce a que en la práctica deba aplicarse la consecuencia jurídica prevista por el principio que tenga prioridad. Dicha consecuencia se traduce en la creación de una regla, cuyo supuesto de hecho son las condiciones bajo las cuales un principio prevalezca frente a otros. El autor establece aquí la *ley de colisión* según la cual “entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada”⁹⁷. Para establecer esta prioridad debe tomarse el caso, indicando las condiciones bajo las cuales un principio prevalecerá frente a otro, dejando en claro que bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia podría ser solucionada inversamente⁹⁸.

La correcta determinación de la preeminencia de un principio sobre el otro será tarea de la optimización y la ponderación. Dicha tarea se desarrolla a través del principio de proporcionalidad, que está íntimamente ligado a teoría de los principios. Éste puede definirse como la prescripción en virtud de la cual toda intervención pública ha de ser idónea, indispensable y proporcionada⁹⁹. De este

⁹⁴ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86.

⁹⁵ Cfr. ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, ob. cit., p. 95-96. Nuestros tribunales han reconocido implícitamente estas soluciones. La C. de Apelaciones de Santiago señala en sentencia de 22 de abril de 1999 que “atendida la naturaleza de los derechos constitucionales, entre los que se encuentran el derecho a la honra y el derecho de expresar opinión, no es posible establecer relaciones de jerarquía, y, por lo mismo, la colisión entre ellos no puede ser solucionada privilegiando unos en perjuicio de otros. Por ello, entonces, la armonización que se requiere en algunos casos se obtiene mediante excepciones (...) y, en otros, a través de contrapesos legales que hacen posible el ejercicio coetáneo de los mismos” (C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de abril de 1999, *GJ* N° 226, p. 93, considerando 3°)

⁹⁶ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. pp. 88-92.

⁹⁷ ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, ob. cit., p. 100.

⁹⁸ Cfr. *Ibidem* p. 92.

⁹⁹ En relación al principio de proporcionalidad o razonabilidad ver CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp. 285-362 y CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

concepto se derivan tres juicios o subprincipios. Primero, el juicio de adecuación o idoneidad, mediante el cual se determinan los fines de una medida y se examina si ésta es adecuada para el logro de ese fin. En segundo lugar, el juicio de necesidad o indispensabilidad, que consiste en examinar si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre otras igualmente eficaces. Por último encontramos el juicio de razonabilidad *stricto sensu*, a través del cual se establece si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad tienen su origen en la necesidad de optimizar las circunstancias fácticas; en cambio el principio de razonabilidad en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, especialmente de los principios contrapuestos. Es en este último subprincipio donde entra a actuar la ponderación propiamente tal. En este proceso de búsqueda de equilibrio –que se diferencia de uno de armonización como explicaremos más adelante– a veces es necesario el sacrificio de alguno de los derechos contrapuestos. Esto queda reflejada en la –llamada por ALEXY– ley de la ponderación: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁰⁰. Por esta razón en este proceso hay que primero determinar el grado de no satisfacción uno de los principios, luego definir la importancia de la satisfacción del principio contrario y finalmente definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro.

III. JURISPRUDENCIA

Debido a la dificultad de encontrar jurisprudencia nacional en que aparezca claramente aplicado el método de la ponderación, analizaremos primero una sentencia de derecho comparado a modo de ejemplo, para luego citar algunos fallos de tribunales chilenos que se acercan en su fundamentación al *balancing test*, específicamente a la ponderación en sentido estricto¹⁰¹.

El primer caso se trata de un amparo conocido por el Tribunal Constitucional español resolviendo sobre un conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor. El recurso fue presentado por el Director de una revista que había sido condenado como autor del delito de injurias por autorizar la publi-

¹⁰⁰ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 161.

¹⁰¹ La jurisprudencia es materia de *balancing* o ponderación es muy abundante en los distintos ordenamientos. En esta ocasión hemos preferido analizar una sentencia del ámbito del derecho continental por las semejanzas al sistema que opera en nuestro país. Ha de tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad con sus subprincipios no es aplicado estrictamente por los tribunales. Para ver jurisprudencia del ámbito anglosajón véase la analizada por SERNA, P. Y TOLLER, F., ob.cit., Capítulo VIII; ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, ob.cit., pp. 437-439; ALEINIKOFF, T. ALEXANDER, ob.cit., pp. 944-1003. Otras sentencias del Tribunal Constitucional español véase SÁNCHEZ, SANTIAGO, ob.cit., pp. 60-63; ALONSO GARCÍA, ob.cit., pp. 436-444; STC 104/1986; STC 186/1986; STC 126/2003. En relación al Tribunal Constitucional alemán véase GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, ob.cit., p. 286 y ss.

cación de una carta –sin señalarse la verdadera identidad del autor– en que se afirmaba que un concejal se había jactado de haber quemado banderas españolas. El Tribunal anula las sentencias anteriores y reconoce al recurrente el derecho a comunicar información veraz, basándose en una argumentación ponderativa.

Se señala que es reiterada la jurisprudencia de ese Tribunal que afirma que en el conflicto entre las libertades de expresión e información y otros bienes jurídicamente protegidos –como el derecho al honor–, “los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario si ha trasgredido ese ámbito”¹⁰². Se señalan a continuación los factores a considerar: la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, la persona objeto de la información, el medio de información, la veracidad de la información, la relevancia pública de ésta y cómo estos dos últimos factores pueden llegar a configurar una causal de exclusión de la antijuricidad¹⁰³. Reconoce a la vez que también debe tomarse en cuenta el valor superior que se le otorga al derecho a la información, por considerarse uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho¹⁰⁴.

Luego de dicho razonamiento y a partir de las pruebas presentadas, el Tribunal concluye que la publicación reúne las condiciones de veracidad exigidas por la Constitución española y que hace referencia a hechos de indudable interés público, por lo que el conflicto de derechos constitucionales debe ser resuelto a favor de la libertad de información¹⁰⁵.

Como podemos observar, el Tribunal Constitucional español reconoce expresamente la existencia de conflicto entre los principios de libertad de información y el derecho al honor, resolviendo en base una regla de precedencia condicionada, según la cual, atendidas las circunstancias del caso –especialmente la veracidad de los hechos y el interés público de la información– debía prevalecer la libertad de información.

A continuación citaremos algunos fallos de tribunales chilenos en que podemos reconocer algunos aspectos del *balancing test*. Como señalábamos al comenzar esta sección, son pocos los casos de la jurisprudencia nacional en que pueda hablarse de la aplicación de dicho método.

Uno de ellos es el caratulado “Díaz Colom con Diario La Cuarta”, fallado por la C. de Apelaciones de Santiago el 26 de abril de 1993¹⁰⁶. En dicho litigio, el señor Díaz presentó un recurso de protección en representación de su hija, quien había sido fotografiada por el diario recurrido, en circunstancias que afectaban el derecho al respeto y protección de su vida privada y a su honra y la de su familia. El director del Diario La Cuarta, por su parte, manifestó que las fotografías no

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 15/1993, BOE N° 37, Fj.1 Disponible en www.boe.es.

¹⁰³ Cfr. *Ibidem*. F.j. 1 y 2.

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*. F.j. 1. Como este elemento no es el único que el Tribunal toma en consideración no es posible circunscribir el caso dentro de la jerarquización o *balancing* amplio.

¹⁰⁵ *Ibidem* F.j. 3.

¹⁰⁶ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de abril de 1993, Rol N° 604-93, Lexis Nexis N° 20157.

tenían nada de desdorado para la joven por lo que no se afectaba la garantía del art. 19 N° 4 de la Constitución y que como Director de ese diario se había limitado a ejercer de buena fe el derecho a informar. La Corte resolvió que de los hechos se concluía que la publicación de la fotografía sí afectaba la garantía constitucional invocada por el recurrente.

Lo interesante para nuestro estudio se encuentra en la fundamentación utilizada para llegar a dicha conclusión. En el considerando 7° el tribunal señala que “que el derecho a informar que hace valer el recurrido en su defensa, también de rango constitucional, cede, *en este caso*, ante la preeminencia de la garantía en estudio, con la cual aparece en pugna...”. Primero que todo, podemos ver detrás de este breve razonamiento que el tribunal reconoce un conflicto, una pugna, entre los derechos de intimidad y derecho a informar, ambos de rango constitucional. En segundo lugar, a diferencia del caso ‘Impunidad Diplomática’ y otros de jerarquización, para resolver la colisión no establece una jerarquía previa, sino se señala que *en este caso* el derecho a informar debe ceder ante la preeminencia del derecho a la intimidad. Por otro lado, al utilizar el verbo *ceder* se reconoce que el derecho se tenía en el caso concreto, pero quedará postergado por la presencia de otro de mayor ‘peso’. Al analizar las condiciones por las cuales se habría dado esta relación de precedencia aparecen las circunstancias fácticas de haber sido publicada en primera plana y en días distintos, por lo que no estaríamos ante un caso de *balancing* amplio, sino más bien ante una ponderación en sentido estricto, a pesar de no poder distinguir entre juicios de idoneidad, necesidad y razonabilidad.

Pero a pesar de lo expuesto, y de los términos empleados por el tribunal, hay otros elementos que nos hacen dudar que la Corte haya adoptado efectivamente esta postura. En el considerando 6° señala que “esos hechos, de publicar su fotografía, y todavía en días distintos, constituyen un acto ilegal” con lo que se estaría negando que el Diario La Cuarta estuviere ejerciendo efectivamente en ese momento su derecho de informar, porque mal puede un derecho constituir un ‘acto ilegal’. Por otro lado, el propio considerando 7° antes citado indica que el derecho a informar cede “al tenor de la propia norma que la contempla, en su número 12, inciso 1° del art. 19 de la Carta Fundamental, que pone un marco a su ejercicio, al agregar, sin perjuicio de responder de los...abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad”. Según este análisis, más que ponderar ambos derechos, se estaría delimitando el ámbito de protección del derecho a informar, quedando excluido de él la conducta concreta del diario. En conclusión, debido a la ausencia de mayor fundamentación, no podemos circunscribir radicalmente el caso al método del *balancing*.

Otro caso en que a primera vista podría identificarse con la aplicación de la ponderación es el caso “Donoso Arteaga con Revista Caras”, fallado por la C. de Apelaciones de Santiago el 10 de Agosto de 1998. En dicho pleito la demandante, doña Luz María de Lourdes Donoso Arteaga, dedujo recurso de protección en contra de la revista Caras para que se le protegiera el derecho a la vida privada contemplado en el art. 19 N° 4 de la Constitución. Dicha garantía se habría visto amenazada por la publicación en la mencionada revista de un reportaje que vinculaba el suicidio de su marido con el accidente de la línea aérea “Fawcett” en el que había fallecido una de sus hijas. La Corte de Apelaciones resolvió a favor de la

demandante señalando que “la jurisdicción, aun a riesgo de vulnerar la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Carta Magna, en aparente colisión con la que sirve de fundamento a esta acción, debe evitar a toda costa que el inmenso dolor que aflige a la recurrente y a sus hijas (...) desde el fallecimiento de la menor (...) y desde el día del suicidio del padre (...) se acreciente innecesariamente con el solo propósito de permitir una publicación”¹⁰⁷.

El tribunal sostiene a continuación que, aunque el artículo de la revista sólo estuviere en fase de investigación, cabía suponer por las circunstancias del caso que la garantía de la vida privada estaba amenazada, razón suficiente para que procediera el recurso de protección. Analiza también otros factores que toma en cuenta para la decisión. En primer lugar, la edad de la menor de las hijas, circunstancia que podía agravar los posibles daños psicológicos producto del artículo; y, por otro lado, la falta de connotación pública de la vida del marido de la señora Donoso.

En una primera revisión de la sentencia podríamos reconocer la aplicación del *balancing*¹⁰⁸. En este caso el tribunal reconocería un conflicto entre las garantías del art. 19 N° 4 y N° 12 de la Constitución Política. Para establecer la preeminencia de uno u otro principio recurre a las circunstancias concretas que concurren y en virtud de ellas –dolor que aflige a la recurrente y a sus hijas, edad de la hija menor, posibles daños psicológicos, falta de carácter público de los involucrados– establece una regla de precedencia condicionada por la cual debe prevalecer la protección de la vida privada.

Sin embargo, una mirada más detallada –dentro de lo que cabe por la brevedad la sentencia– nos permite sostener que el tribunal parte desde un supuesto no conflictivista. En el citado considerando 6° se establece que la garantía del art. 19 N° 12 se encontraría “en aparente colisión” con la del art. 19 N° 4. El adjetivo *aparente* nos permite deducir que para la Corte no existe un conflicto real entre derechos. Por lo tanto, al establecer que la vida privada se encuentra amenazada por la publicación del artículo, es decir, por la libertad de informar, se estaría reconociendo implícitamente que la garantía del art. 19 N° 12 no se estaba ejerciendo de forma legítima. De otra forma, no se podría haber acogido el recurso de protección. Esta conclusión, algo aventurada a partir del solo texto de la sentencia, la deducimos del encabezado del art. 20 de la Constitución que establece que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías...”. Si la acción fue acogida es porque el tribunal implícitamente reconoce un acto u omisión arbitraria o ilegal. Esta tesis recibirá un desarrollo más extenso en el último capítulo de nuestro trabajo.

El fallo fue revocado por la C. Suprema al conocer de la apelación en sentencia del 3 de noviembre de 1998. Fundamenta su decisión en que la actividad investigativa conducente a la realización del artículo se inserta en el ejercicio de la libertad de informar, por lo que no constituye quebrantamiento jurídico alguno.

¹⁰⁷ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 10 de agosto de 1998, *GJ* N° 221, p. 34, considerando 6°.

¹⁰⁸ Para un análisis de este fallo a la luz de la ponderación véase SALMONA, FRANCISCO, *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*, Santiago, Chile, 2006 (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Chile), p. 77.

Su carácter preliminar no permite atribuir carácter real al reportaje por lo que tampoco podría configurar una amenaza seria, actual o inminente, precisa y apta para producir un resultado determinado¹⁰⁹. Por lo tanto, no resuelve tampoco aplicando un balanceo, sino determinando que la libertad de informar se ejerció legítimamente sin que se viera afectada la vida privada de la familia de la señora Donoso, es decir, negando la existencia de una verdadera colisión de derechos en el presente caso.

Sin perjuicio de esto resulta interesante citar el considerando 5°, en el cual los jueces parecen reconocer –aunque no se produzca en el presente caso– la posibilidad de que existan conflictos entre derechos fundamentales. Sostienen que “si bien es cierto, por la vía del recurso de protección, en los casos concretos sometidos a la decisión jurisdiccional, resulta procedente establecer el ámbito de resguardo y límites de los derechos y libertades objeto del mismo, o su primacía en caso de colisión entre sí, ello supone la presencia de acciones u omisiones –sean ilegales o arbitrarias– que amaguen tales garantías”. Al utilizar los términos *casos concretos* y *primacía en caso de colisión entre sí* podemos atisbar un reconocimiento de los conflictos entre derechos y su resolución mediante el establecimiento de una precedencia en el caso concreto, es decir, a través de la ponderación. Sin embargo, la propia Corte reconoce que para ello se requiere de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, por lo que el conflicto pasaría a ser más aparente que real, ya que es contradictorio que el ejercicio de un verdadero derecho resulte ilegal o arbitrario.

Fuera del ámbito del recurso de protección encontramos el recurso de queja presentado contra el ministro de la C. de Apelaciones de Santiago Haroldo Brito y el abogado integrante don José Luis Ramaciotti. En el caso en comento los recurridos revocaron la sentencia de primera instancia que acogía la reclamación hecha por el Ministro de la C. Suprema, don Servando Jordán, en contra del director de El Mercurio, que solicitaba la rectificación por opiniones que agraviaban su persona, vertidas en una nota editorial del diario en cuestión. En ella se hace referencia al conflicto entre dicha libertad y el derecho a la honra, en términos que nos parecen interesantes para el análisis de la ponderación.

En el considerando 12° sostiene que si bien algunos afirman que la enumeración de los derechos contenidos en el art. 19 de la Constitución es jerárquica, “lo cierto es que no resulta apropiado ni prudente emplear ese solo criterio para dirimir una colisión de derechos constitucionales. La racional y justa decisión de tales conflictos deberá siempre valorar, además de la consideración abstracta de los derechos en concurso, cuestiones de hecho como la calidad o estados de las partes, el cargo o autoridad pública que alguna de ellas detentare, las formas que revistiere el ataque contra la garantía constitucional o las circunstancias en que el denunciado ilícito se habría producido”¹¹⁰. Fundándose precisamente en la supremacía de la Constitución y la imperatividad directa de sus normas continúa señalando que “no sería apropiado, a pretexto de dirimir un conflicto entre la

¹⁰⁹ C. SUPREMA, 3 de noviembre de 1998, *GJ* N° 221, p. 36, considerandos 3°-5°.

¹¹⁰ C. SUPREMA, 29 de julio de 1999, *GJ*, N° 229, p. 118, considerando 12°.

honra de la persona y la libertad de opinión, hacer que prevalezca en todo caso el primero por sobre la segunda, salvo que a pretexto de ésta última se incurra en conductas de carácter delictual”¹¹¹.

Si bien la resolución final que rechaza el recurso se funda más bien en el contenido de la libertad de opinión y sus obligaciones conexas (sin sostener expresamente que prevalezca ésta por sobre la honra) del considerando citado podemos deducir los siguientes rasgos propios del *balancing test*. Primero, señala la insuficiencia de un análisis puramente abstracto, como es propio de la jerarquización. Segundo, reconoce la existencia de colisiones entre derechos constitucionales. Tercero, desarrolla la necesidad de considerar las circunstancias concretas. Finalmente, aparece la concepción de que ambos derechos se tienen, pero uno debe prevalecer. Al sostener el tribunal que no sería apropiado hacer que prevalezca *en todo caso* el primero sobre el segundo, podemos concluir *a contrario sensu*, que sí puede prevalecer en algunos, postergando al otro. Pero como señalábamos, no estamos estrictamente frente a un caso de ponderación, ya que la resolución final se basa más bien en la constatación del cumplimiento de la obligación de rectificación que en un contrapeso de derechos.

IV. CRÍTICA

A pesar de su extendida aplicación en derecho comparado, hay múltiples críticas que se han formulado al método que analizamos. Si bien ya mencionamos algunas relativas al *balancing* amplio, en el presente apartado nos referiremos a ambos tipos de ponderación.

El método tiene como punto de partida la identificación de los derechos con las normas que los regulan. Esta reducción conduce a que conflictos meramente lingüísticos sean calificados como colisiones entre derechos fundamentales. Como señalan SERNA Y TOLLER¹¹², nuestro lenguaje formula juicios solamente sobre algunos aspectos de la realidad a la que hace referencia. De este modo, una descripción más perfecta de un pensamiento, una norma o una realidad exterior requiere de varios enunciados. Tratándose de normas de derechos humanos, los enunciados son especialmente genéricos –serían principios, usando la terminología de ALEXY– por lo que es imposible conocer el alcance del derecho en un caso concreto a partir de su sola formulación. Por esta razón, la configuración mediante un solo enunciado lingüístico de una voluntad normativa referida a un derecho fundamental resultará necesariamente incompleta, de modo que será imprescindible completarla con otras disposiciones. Es evidente que estas normas genéricas aún en ‘estado bruto’ colisionan entre sí, como ocurre cuando se habla en abstracto de libertad de expresión y derecho a la intimidad. Pero esto no implicaría necesariamente un choque entre derechos, porque hasta ese punto sólo se conocen los principios, no el contenido específico de cada una de las garantías.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 23.

En cambio, si se identifican dichas normas genéricas con los derechos, se llega necesariamente al conflicto de unos derechos con otros, porque como hemos señalado, es natural que existan choques a nivel de los principios. Para resolverlos se aplica la técnica de la ponderación, que tiene como resultado la derogación en el caso de la norma constitucional y, como consecuencia de la reducción, la derogación del respectivo derecho.

En segundo lugar, como es posible observar luego de la descripción hecha, es un método sumamente complejo, lo que acarrea una alta dosis de incertidumbre sobre el probable resultado final y una falta de seguridad altísima difícilmente tolerable. Si bien corrige uno de los principales vicios de la jerarquización, como era el resolver estos casos en abstracto, sin considerar las circunstancias del caso concreto, el *balancing* estricto cae en otro extremo: un casuismo que impide un mínimo de certeza exigible en un Estado de Derecho.

Además, para poder llevar a cabo el contrapeso de bienes es necesario establecer un parámetro común para determinar el peso relativo de cada bien o derecho. Como sostiene ALENIKOFF, la escala que el juez aplica en el balance no puede simplemente representar las preferencias personales del mismo¹¹³, sino que es necesario el desarrollo de unos valores que vayan más allá de dichas preferencias. El problema ahora es: ¿dónde obtenemos dichos parámetros? En la búsqueda de estos ellos los tribunales han recurrido al consenso social, la eficiencia económica¹¹⁴ o a conceptos jurídicos indeterminados de connotación variable según el momento, como pueden ser los de “relevancia pública de la información”, “interés general”, “medio de difusión social”, por poner algunos de los ejemplos utilizados en la sentencia del Tribunal Constitucional español antes analizada¹¹⁵. Es preciso traer nuevamente a colación la crítica relativa a los valores. Si los valores no tienen su fundamento en la naturaleza humana, tarde o temprano pasan a depender de la cultura del momento, la decisión de la mayoría, de los más influyentes o de la opinión del juez de turno. Como ya veíamos esto compromete uno de los principales objetivos de los derechos fundamentales: servir de limitación al poder.

Pero la ponderación comparte también otras de las críticas realizadas a la jerarquización. El *balancing* también tiene un presupuesto conflictivista que considera los derechos fundamentales como facultades ilimitadas, sin que ninguno de los derechos en pugna esté dispuesto a restringirse. Los dos derechos existen en el caso concreto, pero según ciertas condiciones determinadas por las circunstancias del caso, uno deberá sacrificarse a favor del otro. Como señalábamos en el capítulo anterior, esto atenta contra el principio de no contradicción. No es posible que puedan coexistir ambos derechos al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias avalando pretensiones contradictorias. Tan cierto es esto que en la práctica uno de los dos deja de ser eficaz. Pero el método para determinar cuál

¹¹³ ALENIKOFF, T. ALEXANDER, ob.cit., p. 973.

¹¹⁴ *Ibidem.* pp. 974-975.

¹¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ, SANTIAGO, ob.cit., p. 63. El autor, analizando la STC 15/1993, agrega como conceptos indeterminados, además de los citados, las pautas de definición del tipo de libertad ejercida –de expresión o de información–, “información veraz”, “formación de la opinión pública” e incluso el “*animus iniurandi*”.

prevalecerá, al partir de estos supuestos, concluye en una decisión arbitraria, basada en criterios o valores subjetivos.

Lo anterior conduce además a una discriminación entre los titulares de los derechos. Respecto a esta crítica la situación de la ponderación difiere algo de la jerarquización. Al criticar el método anterior sosteníamos que el límite máximo de protección de cualquier derecho era el límite mínimo de protección del inmediatamente superior, de modo que unos derechos siempre quedaban postergados frente a la presencia, en el caso concreto, de otro de mayor jerarquía. Los defensores del *balancing* podrían responder que esto no ocurre en la ponderación, ya que la precedencia establecida es siempre condicionada, ya que bajo condiciones diferentes el derecho postergado puede resultar ganador. Sin embargo, si bien el titular postergado tiene la posibilidad de que su derecho sea eficaz alguna vez, la discriminación sigue existiendo. Ella proviene del tipo de fundamento –o más bien, de la falta de éste– en que se basa decisión que posterga uno de los derechos. No basta que se apoye en las circunstancias del caso concreto, porque aún considerándolas es necesario además un parámetro que determine el peso específico de cada derecho, parámetro que en caso de la ponderación es subjetivo o arbitrario.

La anulación de un derecho por otro a través de la ponderación de casos concretos atenta además contra los principios interpretativos de optimización del carácter normativo de la Constitución y de unidad de la Carta fundamental. Como hemos señalado anteriormente en este trabajo, el carácter normativo directo de las constituciones exige una interpretación sistemática de ellas que haga compatible internamente todo su contenido. “Las normas constitucionales y los derechos fundamentales deben ser interpretadas haciendo el mayor esfuerzo para que se armonicen entre sí y no que se generen conflictos y se anulen algunos de ellos”¹¹⁶. Pero con la aplicación de la ponderación se produce una verdadera derogación *ad casum* de la norma constitucional¹¹⁷.

A lo anterior se podría objetar que la Constitución no es un sistema, debido a las transacciones que generalmente rodean su dictación y las reformas que sufre a través de los años. Sin embargo, es posible exigir que se interprete –al igual como se exige en otros ámbitos del derecho– como si efectivamente lo fuera. En el caso de los derechos fundamentales esto es aún más posible ya que todos ellos tienen un sustrato material común, como es su fundamento en la dignidad humana¹¹⁸.

Otro argumento por parte de los defensores del *balancing* es que todo proceso de toma de decisiones involucra una ponderación. Sin embargo, ALENIKOFF contesta diciendo que muchas decisiones de la vida y el derecho no son tomadas mediante un balance. Los ejemplos que pone nos parecen muy clarificadores. Uno no se opone a la discriminación racial porque es ineficiente ni ayuda a un amigo porque, basado en una ponderación, decide que esa conducta es la más digna de retribución en ese momento¹¹⁹.

¹¹⁶ NOGUEIRA, HUMBERTO, ob.cit., pp. 369-370.

¹¹⁷ Cfr. CIANCARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 366.

¹¹⁸ SERNA, P. y TOLLER, F., ob. cit., pp. 34-35.

¹¹⁹ Cfr. ALENIKOFF, ob.cit., pp. 997-998. El autor cita en el mismo artículo una lista de casos en que los tribunales han utilizado métodos diferentes al *balancing*, comprobando de este modo que no es inevitable.

Finalmente haremos alusión a una crítica dirigida específicamente contra el modelo de los principios de ALEXY, formulada por HABERMAS. Éste sostiene que la tesis de los principios como mandatos de optimización resta fuerza a los derechos fundamentales. Ello se debe a que la aplicación de los principios en el marco de lo fácticamente posible hace indispensable la práctica de la ponderación orientada a fines. Pero dicha ponderación lleva a, que si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos. Por lo tanto la firmeza de los derechos fundamentales sólo podría ser garantizada por medio de las reglas. “Porque las normas y principios (no entendidos como mandatos de optimización, sino con la misma fuerza que las reglas) en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad* general y no una *preferibilidad particular* o especial, poseen una fuerza justificadora mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación (...) se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforma a estándares o a jerarquías los que se está acostumbrado”¹²⁰.

Luego de haber analizado los métodos de la jerarquización y la ponderación –basados ambos en una concepción de los derechos fundamentales como libertades absolutas– estudiaremos en el siguiente capítulo una técnica diferente, fundamentada en un concepto restringido de los derechos, como es el establecimiento de los límites.

CAPÍTULO V

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya hemos sostenido reiteradas veces a lo largo del presente trabajo, la consideración de los derechos humanos como derechos absolutos –en el sentido liberal, es decir, carentes de límite alguno en sí mismos– lleva necesariamente a la colisión entre ellos. Dos soluciones frente a estos enfrentamientos son la jerarquización de derechos y la ponderación, mediante los cuales se posterga a un derecho a favor de otro. Sin embargo, ya la doctrina contractualista –que debe su nombre precisamente al ‘contrato social’– vio la necesidad de reconocer deberes y límites para hacer posible la convivencia en sociedad.

La jurisprudencia y doctrina española y alemana distinguen diferentes tipos de límites¹²¹. Por una parte encontramos los externos, trazados por el mismo constituyente o el legislador, dentro de su competencia para regular y restringir los derechos fundamentales. Por otro lado aparecen los límites internos, derivados del sentido y contenido del derecho fundamental, proporcionados por su propio contenido esencial. A continuación estudiaremos cada uno de estos tipos, ana-

¹²⁰ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 3ª edición, 2001, p. 332.

¹²¹ Referencias sobre la jurisprudencia y doctrina española y alemana en esta materia véase SERNA, P. y TOLLER, F., *ob.cit.*, p. 19; DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *ob.cit.*, p. 107 y ss.; GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, *ob.cit.*, p. 272 y ss.

lizando si son una alternativa válida a los métodos de solución de conflictos ya estudiados. En el capítulo siguiente, nos referiremos en forma más detallada a la garantía del contenido esencial.

I. LÍMITES EXTERNOS

Los límites externos tienen su origen en la necesidad de armonizar un derecho con otros derechos y bienes constitucionales. Dentro de ellos es posible distinguir entre límites directos e indirectos¹²². Los primeros serían los establecidos por el propio constituyente, de los cuales podemos encontrar varios ejemplos en nuestra Constitución. Una muestra de ellos es el art. 19 N° 6, el cual consagra la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Otro caso podemos hallarlo en el art. 19 N° 13, que protege el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas¹²³.

En cambio, serían límites indirectos los creados por el legislador. La doctrina alemana distingue dentro de ellos dos tipos: a) los que provienen de la actividad legislativa producto de reservas específicas establecidas en el texto constitucional¹²⁴ y b) los límites inmanentes, que derivarían de la necesidad de limitar los

¹²² Es reconocido por la doctrina que estas distinciones son ambiguas y muchas veces las categorías se confunden unas con otras, por lo que también dentro de los límites internos podremos distinguir entre límites directos e indirectos.

¹²³ También encontramos este tipo de límites en la consagración de otros derechos del art. 19: N° 7 b) “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes”; N° 11 “La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”; N° 14 “El derecho a presentar peticiones a la autoridad (...) sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”; N° 15, relativo al derecho de asociación “Prohíbanse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional”; N° 17 “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”; N° 21 “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...”.

¹²⁴ Ejemplos de estas reservas en nuestro texto constitucional hay muchos: art. 19 N° 3 “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”; N° 5 “El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”; N° 6 “Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”; N° 7 a) “ Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otros y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley...” b) “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes” e) “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria (...) La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”; N° 8 “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”; N° 11 “Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media...”; N° 12 “La libertad de emitir opinión y la de informar (...) sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio

derechos fundamentales en que no hay texto constitucional expreso que habilite al legislador para articularlos. Los inmanentes deben tener por justificación la necesidad de proteger derechos o bienes de naturaleza constitucional, mientras que los primeros admitirían su establecimiento, al menos hipotéticamente, para tutelar derechos y bienes infraconstitucionales¹²⁵. En cambio, la doctrina española sólo admite como límites indirectos lícitos, sean inmanentes o no, los derechos fundamentales o bienes públicos expresamente consagrados en la Constitución, salvo algunas excepciones en que el Tribunal Constitucional de dicho país ha recurrido a bienes o valores cuya constitucionalidad es difícilmente justificable, como ocurre con el concepto de buena fe¹²⁶.

de estas libertades, en conformidad a la ley...” “El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión” “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”; N° 15 “Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”, N° 16 “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” “Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así” “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de negociación colectiva...” “La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio...”; N° 17 “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”; N° 18 “La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”; N° 19 “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley”, N° 20 “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley”; N° 21 “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (...) respetando las normas legales que la regulen”; N° 23 “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.”; N° 24 “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.” “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad (...) sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”; N° 25 “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley” “Se garantiza, también, la propiedad industrial (...) por el tiempo que establezca la ley”.

¹²⁵ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo* ob. cit., p. 230.

¹²⁶ Cfr. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, ob.cit., pp. 111-115 donde cita las sentencias 120/83 y 62/82 del Tribunal Constitucional español. Nuestra C. Suprema, al fallar un recurso de protección presentado en contra de los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique por haber impedido la filmación y difusión de nombres de los acusados, rechaza la posibilidad de limitar los derechos constitucionales mediante bienes infraconstitucionales. Señala que “la Constitución no consagró el principio de inocencia, por lo que la presunción de inocencia consagrada en el art. 4° del Código Procesal Penal es meramente legal y no absoluta. Así, estando en pugna la libertad de informar con la presunción de inocencia, no puede darse preferencia a ésta (...) pues ello significaría vulnerar el principio de supremacía constitucional contenido en el art. 6° inciso 1° de la Constitución Política de la República, dado que aquélla tiene rango constitucional y esto sólo legal” (C. SUPREMA, 26 de febrero de 2004, Rol 683-2004, Lexis Nexis N° 29754, considerando 13°).

Existe una doctrina –denominada “teoría externa”– que considera que todos los límites de los derechos fundamentales son externos. Los derechos humanos –entendidos desde la perspectiva contractualista liberal que hemos estudiado– son absolutos, carentes de restricciones en sí mismos. Por esta razón, no admiten más barreras que las derivadas de la vida social, las cuales vienen impuestas desde fuera del derecho, sea por el constituyente, el legislador o el juez. Por lo tanto, cualquier límite interno es incompatible con el propio concepto de derecho fundamental¹²⁷. A partir de estos presupuestos se produce la inflación de los derechos constitucionales, protegiendo *a priori* situaciones que no tienen tal categoría. En consecuencia, se multiplican los conflictos entre derechos, llevando al planteamiento de falsas colisiones y provocando un aumento de litigiosidad en la sociedad.

La relación y semejanza de esta teoría con la ponderación es evidente. Los tribunales resuelven los conflictos mediante un proceso en dos fases. Primero, el juez mira el contenido inicialmente protegido o ‘contenido literal’¹²⁸, considerando que la facultad alegada por ambas partes se encuentra *a priori* amparada por el derecho. Luego, en una segunda etapa, establecerá, a través de la ponderación o de la proporcionalidad, si existe o no una restricción legítima a uno de los derechos alegados. En conclusión, el contenido efectivamente protegido por el derecho se determinará mediante los límites externos legítimos que se impongan¹²⁹.

1. LÍMITES INDIRECTOS Y LA INELUDIBLE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR

La concepción de los límites de los derechos como restricciones externas deja principalmente en manos del legislador la tarea de limitarlos. De esta manera los derechos pasan a depender de las normas positivas que los regulan y limitan, de modo que su contenido termina coincidiendo con dichas normas. Como sostienen SERNA Y TOLLER, “de ser libertades previas al legislador y al propio constituyente, pasan, a causa del carácter ilimitado que se pretende tienen, a estar en radical dependencia de las decisiones positivas que consignan y determinan sus límites externos”¹³⁰. Dejan de cumplir, una vez más, con su función de límites del poder.

Esta crítica no debe llevarnos a excluir toda intervención legislativa, la cual a veces es incluso exigida por la Constitución. Un ejemplo de ello es el art. 19 N° 11, disposición relativa a la libertad de enseñanza que ordena que una ley orgánica constitucional establezca los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media. Por el contrario, la ley puede llegar a ser un mecanismo incluso aconsejable para la concreción de algunos perfiles del derecho¹³¹.

¹²⁷ Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo* ob. cit., p. 240-241 y SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 19.

¹²⁸ Esta expresión es utilizada en SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., p. 21.

¹²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 19-21.

¹³⁰ SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit, p. 22.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*. La exclusión de toda intervención legislativa resulta impensable dada la amplitud de los términos de los textos constitucionales y la infinitud de situaciones en que pueden verse involucrados los derechos fundamentales. Pero el establecimiento de limitaciones legales debe reconocer previamente la perspectiva interna del derecho.

En otras ocasiones la Carta Fundamental simplemente permite la regulación mediante la ley. En nuestro ordenamiento, respecto a ciertos derechos, se señala que sólo el legislador podrá establecer restricciones específicas a ciertos derechos, como en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 inc. 2°) y el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 inc. 2°). El objetivo de dichas disposiciones sería restringir la actuación de la administración respecto de los derechos, la cual goza de menor representación que el parlamento y, por la naturaleza de sus atribuciones y poder, corre más peligro de infringirlos. El Tribunal Constitucional, a su vez, ha recordado en numerosas ocasiones la existencia de este límite de la administración¹³², estableciendo también criterios que debe seguir el legislador en el ejercicio de esta facultad. En primer lugar, las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’: “El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad”¹³³. Es decir, las limitaciones deben señalarse con precisión, para que no exista el peligro de una interpretación incorrecta o contradictoria¹³⁴. Además, esta precisión debe permitir la aplicación igualitaria de las restricciones a todos los afectados, “con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”¹³⁵.

En resumen, la intervención del legislador en materia de derechos fundamentales, sujeta a ciertos criterios, puede ser positiva. Pero lo que se busca dejar claro en el presente apartado es que la regulación del ejercicio que le corresponde al legislador no puede tener como punto de partida la consideración de los derechos como absolutos, sin un contenido y orientación definida. Al contrario, ha de partir desde la perspectiva interna del derecho, respetando su contenido esencial y el juicio de razonabilidad¹³⁶.

2. LÍMITES DIRECTOS

Además de los límites impuestos por el legislador están los límites directos establecidos en la misma Constitución. Respecto de ellos podría pensarse que la crítica antes señalada no sería pertinente, ya que no se vería amenazada la limitación al poder. Sin embargo, sea quien sea el que imponga los límites, sigue estando pre-

¹³² Véase por ejemplo TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 185, 28 de febrero de 1994 y Rol N° 325, 26 de junio de 2001, ambas en relación al art. 19 N° 8.

¹³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001, considerando 40°.

¹³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995, considerando 47°.

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ La garantía del contenido esencial es aquella en virtud de la cual las leyes que regulen los derechos constitucionales no podrán afectarlos en su esencia. El juicio de razonabilidad o proporcionalidad es la prescripción en virtud de la cual toda intervención pública ha de ser idónea, indispensable y proporcionada. Para un mayor desarrollo de estos conceptos véase el capítulo siguiente y la obra de CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

sente la concepción de los derechos como libertades ilimitadas y la identificación de los derechos con las normas, lo que lleva a una proliferación de aparentes colisiones.

El Tribunal Constitucional chileno, sin distinguir entre límites directos o indirectos, se ha inclinado por aceptar como únicos límites aceptables los externos. Al revisar la constitucionalidad del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, que prohibía la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país, sostuvo que “de acuerdo al artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional”¹³⁷. Al hablar de prohibiciones puede verse un atisbo de una concepción absoluta del derecho que sólo puede ser restringida por estos límites externos, impuestos en este caso por el propio constituyente. El decreto supremo cuestionado no se fundamentaba en ninguno de los conceptos mencionados, sino en la necesidad de proteger el medio ambiente no invocándose –en opinión del Tribunal– “los únicos sustentos que permitirían prohibir el desarrollo de una actividad económica”¹³⁸.

También en la sentencia relativa al proyecto de ley sobre “Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo” hace un análisis semejante. Al establecer la inconstitucionalidad del art. 43, el cual limitaba la extensión eventual y posible del dominio en un medio de comunicación social por parte de una persona natural o jurídica bajo ciertas condiciones, sostuvo que se vulneraba la libertad para desarrollar actividades económicas, ya que la limitación no decía relación con la moral, el orden público ni la seguridad nacional¹³⁹. En el considerando 46° señala que el mismo precepto vulneraría también el derecho de propiedad, el cual sólo admite las limitaciones que deriven de su función social, señalándose taxativamente en la Constitución las circunstancias que la configurarían, las cuales no concurren en el caso del impugnado art. 43. Para resumir podemos citar el considerando 47° de la misma sentencia donde el Tribunal indica que “debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental”¹⁴⁰.

Sin embargo, volviendo a la crítica de la teoría externa, sostenemos que una conducta capaz de ser subsumida en la garantía limitada por el constituyente no tiene necesariamente que estar protegida por el derecho, como se entiende desde

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 146, 21 de abril de 1992, considerando 13°.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995, considerando 44°.

¹⁴⁰ El Tribunal Constitucional también ha sostenido esta postura respecto de la libertad de enseñanza. El art. 19 N° 11 inciso segundo dispone que no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Según la opinión del Tribunal, “la locución ‘no tiene otras limitaciones que’ las cuatro enunciadas, utilizada en él, demuestra que se trata de un listado cerrado o taxativo, inexedible mediante interpretaciones extensivas o analógicas” (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 410, 14 de junio de 2004, considerandos 12° y 13°).

los presupuestos conflictivistas. Otro ejemplo de la jurisprudencia, esta vez relativa al recurso de protección, nos será útil para demostrarlo.

El art. 19 N° 11 de la Constitución establece que “la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. En el inciso cuarto se reconoce además que “los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”. Basándose en esta disposición, en reiteradas ocasiones apoderados de alumnos a quienes no se les ha renovado la matrícula escolar por infracciones a los reglamentos internos han recurrido de protección. Los argumentos se basan, principalmente, en que dicha resolución de la dirección de los colegios vulneraría los derechos de igualdad ante la ley y la libertad de enseñanza, precisamente en lo relativo al inciso cuarto. Sin embargo, la C. de Apelaciones de La Serena, en sentencia del 18 de febrero de 1998, sostuvo que dichas garantías no podían entenderse transgredidas porque “el derecho de los padres a elegir el establecimiento para la educación de sus hijos no se opone a que el centro educacional de que se trate procure sus propias normas internas y defina su proyecto educativo, los cuales pasan a ser obligatorios para quienes opten por ingresar al mismo” (considerando 3°). A mayor abundamiento en el considerando 5° señala que dicho derecho de los padres no resultaba vulnerado, “pues el ejercicio de tal derecho significa que son aquéllos quienes escogen, con libertad, pero dentro de las limitantes que cada entidad, de acuerdo con la Constitución y las leyes, impongan”. La sentencia fue confirmada por la C. Suprema¹⁴¹, manteniéndose uniforme la jurisprudencia en este sentido.

Los apoderados entendían la libertad para elegir como un derecho absoluto sólo limitable por la moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional. Por lo tanto, el reglamento interno de los establecimientos educacionales no podía constituir un límite a su derecho fundamental. Sin embargo, la C. Suprema estableció expresamente que, si bien los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, éste no es un derecho absoluto ya que debe sujetarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento. El que por infracción a los reglamentos internos no le fuera reconocida la matrícula al alumno no contradice en nada la Constitución. Más aun, “en la libertad de enseñanza está comprendida la facultad de establecer los principios orientadores del establecimiento, su organización y disciplina, con las limitaciones que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, lo

¹⁴¹ C. SUPREMA, 18 de febrero de 1998, *GJ*, N° 212, pp. 123-125. Véase otros casos en que la C. Suprema ha confirmado sentencias en este sentido o revocado, recogiendo los votos minoritarios, las que acogían el recurso: C. SUPREMA, 17 de febrero de 1998, Rol N° 4449-97, Lexis Nexis N° 15028; C. SUPREMA 6 de enero de 2000, Rol N° 1998-99, Lexis Nexis N° 16502; C. SUPREMA, 27 de marzo de 2000, Fallos del Mes N° 496, pp. 179-185; C. SUPREMA, 17 de abril de 2000, *GJ* N° 238, pp. 37-42; C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ*, t. 97, sec. 5ª, p. 191-194, C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, pp. 63-68. En relación al no pago de las cuotas de colegiatura la C. Suprema se pronuncia en el mismo sentido sosteniendo que los colegios sí se encuentran facultados en esos casos para condicionar la permanencia del alumno. Véase C. SUPREMA, 30 de enero de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 10-12.

que no hace al caso”¹⁴². A mayor abundamiento, en otro fallo nuestro tribunal supremo sostiene que “la libertad que se tiene para escoger un determinado establecimiento educacional para sus hijos, no significa de manera alguna que dicho establecimiento tenga la obligación de recibirlos, ni tampoco mantenerlos en él”¹⁴³.

En conclusión, aunque pareciere que según la letra del art. 19 N° 11 inc. 4° nadie podría coartar la elección de los padres respecto al establecimiento educacional de sus hijos, la reclamación de los recursos de protección no es acogida. Ello ocurre no por la imposición de un límite sino porque la conducta que se exige no está incluida dentro del ámbito de protección de dicha libertad. El razonamiento de los tribunales no ha sido del tipo “el derecho de los colegios de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales prima en el caso concreto por sobre el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijo”, como se sostendría a partir de la ponderación. Al contrario, la C. Suprema ha establecido que la libertad de elección *no comprende* la facultad de obligar al colegio a matricular a su hijo, conclusión a que es difícil llegar a partir de una concepción exclusivamente externa de los límites. Según el raciocinio de la ponderación, si el juez da una valoración distinta a los supuestos derechos, podría haber prosperado la acción de los apoderados, cuando en realidad había que preguntarse primero si tenían realmente ese derecho o no.

Formulada esta crítica, nuevamente es necesario hacer algunas precisiones. El reparo formulado anteriormente no va dirigido a la existencia de estos límites impuestos en la Constitución, sino a los presupuestos en los que se basa la teoría externa, la calificación que da a estos bienes jurídicos y el método judicial aplicado para resolver los problemas que surgen en la práctica. Dichos límites pueden ser de gran utilidad, no ya para restringir el derecho, sino para determinar su contenido como estudiaremos a continuación.

II. LÍMITES INTERNOS

Al hablar de la necesidad de limitación de los derechos sosteníamos que la doctrina y la jurisprudencia reconocían también límites internos, que serían los derivados del sentido y contenido mismo del derecho fundamental, proporcionados por su contenido esencial.

La denominada “teoría interna”, cuyo principal exponente en España es DE OTTO Y PARDO, considera que todos los límites a los derechos en realidad serían internos. Esta doctrina parte de presupuestos diferentes a los de la teoría externa:

¹⁴² C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, p. 66, considerando 6°. En este mismo sentido la CS también ha sostenido que “en Chile existe una amplia libertad de enseñanza, que no se refiere sólo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende, todo ellos sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional” (C. SUPREMA, 30 de septiembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 214-215, considerando 9°).

¹⁴³ C. SUPREMA, 22 de marzo de 2006, Rol N° 720-2006, Lexis Nexis N° 34040, considerando 7°.

los derechos serían limitados desde sus orígenes, pero ilimitables posteriormente¹⁴⁴. De este modo, ante un supuesto conflicto primero habrá que analizar si la conducta que se alega pertenece al ámbito del derecho constitucional invocado o no. Desde estas premisas se evita el planteamiento de falsas colisiones, como ocurría con la teoría anterior, que reconocía la titularidad del derecho a todo el que lo alegaba. Aquí en cambio, si se determina que las conductas de las que deriva la eventual amenaza de un derecho no están incluidas dentro del contenido del derecho fundamental invocado, no se requiere ninguna limitación del derecho para excluirlas porque simplemente nunca estuvieron dentro. No hace falta la invocación de otros derechos y bienes constitucionales externos para justificar la postergación de un derecho, porque es justificación suficiente el probar que el derecho en realidad no se tenía¹⁴⁵.

Esta doctrina impide además, la “inflación de los derechos fundamentales”¹⁴⁶, evitando la protección constitucional de aspiraciones que no son verdaderos derechos humanos según el concepto dado en el capítulo inicial. Dicha inflación llevaría al debilitamiento de la fuerza normativa de los verdaderos derechos al colisionar con los supuestos derechos invocados por otros.

Para llevar la teoría de los límites internos a la práctica corresponde preguntarse a continuación ¿cómo se lleva a cabo la delimitación del contenido de los derechos? DE OTTO Y PARDO distingue distintas fases. Primero, es necesario identificar el ámbito de la realidad a que alude el precepto que reconoce el derecho, el objeto propio de éste, por ejemplo, definiendo que habrá de entenderse por asociación, reunión, etc. Si bien ya se ha señalado que el lenguaje de las normas constitucionales es especialmente genérico y abstracto, no por esto puede desatenderse la definición abstracta del derecho dada por el constituyente.

En segundo lugar, habrá que fijar el contenido y alcance de la protección constitucional que la norma pretende otorgar. “Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como ‘limitación para proteger otros bienes constitucionales’ muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas”¹⁴⁷. Reconoce el autor, por lo tanto, que para determinar el contenido de la protección otorgada por un derecho fundamental es necesario recurrir no sólo a la norma que lo garantiza, sino también a los otros preceptos constitucionales relacionados, con los que debe armonizarse.

¹⁴⁴ Nuestra jurisprudencia también ha reconocido que los derechos constitucionales no son absolutos. Además de los casos citados en materia de libertad de enseñanza, lo ha sostenido en relación a la libertad de opinión. Véase C. SUPREMA, 29 de julio de 1999, *GJ* N° 229, p. 117, considerando 7°.

¹⁴⁵ Cfr. DE OTTO Y PARDO, *ob.cit.*, pp. 137-141.

¹⁴⁶ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 246.

¹⁴⁷ DE OTTO Y PARDO, *ob.cit.*, p. 143.

Nuestro Tribunal Constitucional siguió esta línea en la sentencia sobre el proyecto que modificaba la ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios¹⁴⁸. En dicha ocasión se revisó si el art. 31 bis del proyecto –el cual imponía a los canales de televisión de libre recepción la obligación de destinar, gratuitamente, determinados espacios de tiempo de sus transmisiones a propaganda electoral– vulneraba la libertad de información y el derecho de propiedad de dichos canales. El Tribunal estimó finalmente que el precepto era constitucional, fundamentando su interpretación no sólo en la letra de la Constitución, sino también en el contexto y espíritu. De este modo –según sostiene en el considerando 13° de la sentencia– la norma “que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía”. Así, la protección de los derechos de información y propiedad se determinó no sólo mirando los numerales 12° y 24° del art. 19 de la Constitución, sino armonizándolos con otros bienes constitucionales como la igualdad y la protección de la democracia.

También la C. Suprema ha señalado, en materia de libertad de opinión, expresión y derecho a la honra, que debe buscarse una razonable limitación de la libertad de expresión y la armonía de este valioso derecho constitucional con el igualmente valioso derecho constitucional a la honra. En razón de esto determina que ciertas conductas, como la publicación de información bajo la imposibilidad absoluta de corroboración posterior sobre la identidad de quien profirió las expresiones injuriosas contenidas en la noticia, constituyen un exceso e hipertrofia del derecho a informar¹⁴⁹.

Es preciso hacer referencia en este punto a los límites inmanentes. Dichas restricciones, que como ya se ha señalado, están basadas en valores y bienes constitucionales acarrearán múltiples dificultades. Por una parte, surge el problema de cómo determinar qué bienes y valores pueden ser calificados efectivamente como constitucionales; por otro lado, debe establecerse cuando prevalecen frente a otros bienes y derechos fundamentales. Si estas prioridades no son expresamente establecidas en la Constitución –caso en el que operarán como herramientas para delimitar, no para limitar los derechos– la decisión a favor de ellos o de los derechos no podrá tener más fundamento que “una ponderación en la que todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y con la que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica”¹⁵⁰. Por lo tanto, los otros bienes y preceptos constitucionales son reconocidos por la teoría interna no como límites sino como elementos que sirven para la delimitación y armonización de los derechos.

¹⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 56, 9 de agosto de 1988.

¹⁴⁹ Cfr. C. SUPREMA, 15 de febrero de 2000, Rol 3232-99, Lexis Nexis N° 16553, considerandos 15°, 17°, 18°.

¹⁵⁰ DE OTTO Y PARDO, ob.cit., p.121.

Por otra parte, para delimitar el contenido efectivo del derecho es necesario también traer a colación los deberes y obligaciones que van de la mano del derecho constitucional, ya que es impensable que en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales sean concebidos como una exención al cumplimiento de los deberes que se hayan contraído lícitamente¹⁵¹. Debe además considerarse la función del derecho fundamental en análisis. Estos aspectos no han sido olvidados por la jurisprudencia. En el caso de la garantía del art. 19 N° 12 de la Constitución se ha sostenido por ejemplo que “si bien en Chile hay libertad de expresión, no por ello está permitido exhibir cualquier contenido y en cualquier horario”¹⁵² y que aun cuando exista la libertad para criticar o censurar las actuaciones de los demás, dentro de la garantía constitucional de la libre emisión del pensamiento, “no es menos cierto que esa libertad encuentra un límite racional en el derecho de toda persona a que se le guarde la debida consideración dentro de las normas de respeto y decoro que imponen la recíproca cortesía y las exigencias de convivencia social”¹⁵³.

En esta determinación del contenido y alcance de la protección constitucional tenemos que recordar además la existencia de los llamados límites directos impuestos en la propia Constitución. Desde la perspectiva de la teoría externa estos restringían los derechos ilimitados. En cambio, para doctrina que actualmente analizamos, las nociones de orden y moral públicas, el bien común y los derechos de terceros no deben tratarse como recortes externos, sino como herramientas para delimitar el contenido propio del derecho, sirviendo de señal para mostrar hasta donde alcanza el ejercicio legítimo una pretensión. Por consiguiente, si una conducta resulta impedida por razones de orden público, debe hablarse más bien de una excepción a ese derecho y no de un límite, entendiendo “excepción” en el sentido de que, en el caso concreto, el respectivo derecho no se encuentra presente¹⁵⁴.

La presente tarea de determinar el contenido es atribuida a la dogmática y a la doctrina jurisprudencial. Ellas no estarían ejerciendo funciones legislativas ni constituyentes, porque no agregarán algo a la norma constitucional, sino simplemente precisarán su significado¹⁵⁵. El legislador, en cambio, no está llamado a configurar el contenido del derecho sino a regular su ejercicio respecto de los derechos en que la Constitución establece una reserva legal. Como sosteníamos anteriormente, su actuación será de especial utilidad para la concreción de algunos perfiles del derecho, pero siempre a partir del contenido previamente establecido por la construcción dogmática del respectivo derecho¹⁵⁶.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 146.

¹⁵² C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de enero de 2003, *RDJ*, t. 100, sec. 5ª, p. 51, considerando 4°.

¹⁵³ C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 16 de mayo de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, p. 91, considerando 12°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 14 de mayo de 1998 (Rol N° 952-98).

¹⁵⁴ Cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *ob.cit.*, p. 69.

¹⁵⁵ Cfr. DE OTTO Y PARDO, I., *ob.cit.*, p. 156. Véase también lo dicho en el Capítulo II de nuestro trabajo respecto a la fidelidad no estática al poder constituyente *Supra* p. 24-25.

¹⁵⁶ Cfr. DE OTTO Y PARDO, I., *ob.cit.*, p. 159.

A pesar de la mejoría que significa respecto de la teoría externa, la teoría interna también adolece de defectos, especialmente al llevarla a la práctica. La tarea de delimitación del contenido del derecho sostenido por esta doctrina se basa exclusivamente en elementos internos que se encuentren dentro de la Constitución, expulsando todo criterio extra-contextual. Sin embargo, como puede deducirse del análisis de casos jurisprudenciales, las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales, no son autosuficientes y no dan solución por sí mismas a todos los problemas que plantean en el caso concreto. En conclusión, la teoría cae en la ilusión de creer que todas las soluciones constitucionales se encuentran en la Constitución, impidiendo así encontrar las verdaderas soluciones¹⁵⁷.

III. SIMPLIFICANDO LOS LÍMITES

Cómo queda en evidencia después de lo expuesto en este capítulo la terminología y las teorías en torno a los límites son complejas y algo confusas. Para simplificación del lector creemos que pueden sistematizarse del siguiente modo.

Por un lado está la postura que entiende los derechos como libertades absolutas para la cual los límites son barreras externas que no dicen relación con el contenido mismo de cada derecho. Dichos límites pueden encontrarse tanto en otros derechos como en bienes carácter diferente, sea que vengan impuestos por el mismo constituyente, el legislador o se encuentren implícitos en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado se halla la concepción de los derechos como realidades que poseen un contenido definido y ajustado desde sus orígenes. Basándose en estos postulados los límites no son más que los contornos del contenido del mismo derecho, sea que reciban el nombre de internos o inmanentes, sea que se encuentren explícitos o implícitos en el ordenamiento jurídico. Entendidos así, 'límites' y 'contenido' del derecho podrían ser considerados sinónimos.

Esta visión de nos lleva a preguntarnos, necesariamente, sobre cuál es la esencia de las garantías constitucionales, tema que trataremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO VI

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cómo anunciábamos, íntimamente relacionado con las teorías de los límites se encuentra la garantía del contenido esencial de los derechos. Dicha disposición –reconocida en múltiples textos constitucionales– ordena que las leyes que regulen los derechos fundamentales no puedan afectarlos en su esencia. La Ley

¹⁵⁷ Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 246-247.

Fundamental de Bonn, primera Constitución en consagrarla, dispone en el art. 19: “1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser limitado por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser aplicable al caso concreto. Además, la ley deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo. 2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”. Inspirándose en el ordenamiento alemán, la Constitución Española de 1978 estableció en el Art. 53.1 que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”. A su vez, en la Constitución chilena la encontramos consagrada en el Art. 19 N° 26 en los siguientes términos: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

I. DOCTRINA

Respecto a la garantía del contenido esencial surgen múltiples interrogantes. En el presente estudio nos referiremos de forma sucinta a las que tienen más influencia en el tema que nos atañe: los conflictos de derechos.

En primer lugar la doctrina extranjera se ha planteado si la garantía es aplicable sólo a cuando el legislador limita los derechos o también al regularlos, delimitando el contenido de ellos ya existente en la Constitución. Podemos recordar aquí la interpretación dada por DE OTTO Y PARDO, que considera que la actividad limitadora consiste en una simple delimitación del contenido y debe basarse sólo en los bienes constitucionales contenidos en el texto constitucional. Esta interpretación, sin embargo, corre el peligro –según sostiene CIANCIARDO– de hacer aplicable la garantía del límite esencial exclusivamente en los casos de expresa reserva legal, donde la Constitución utiliza el término ‘límites’, excluyendo de este control a otras regulaciones hechas por el legislador¹⁵⁸.

Sin embargo, consideramos que este problema es superado en el ordenamiento nacional gracias a la redacción del art. 19 N° 26. Este precepto, al referirse a los preceptos legales que quedarán sujetos a la garantía, utiliza los verbos regular, complementar o limitar, excluyendo toda duda acerca de si alguna actividad del legislador relativa a los derechos fundamentales quedaba excluida de este control.

Más problemas se nos presentan al analizar qué tipo de normas son las que están sometidas al respeto del contenido esencial. El precepto en estudio habla de los “preceptos legales que *por mandato de la Constitución* regulen o complementen (...) o que las limiten *en los casos en que ella lo autoriza*”. Si nos quedáramos con una

¹⁵⁸ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 246.

simple interpretación literal podría pensarse que el numeral 26 sólo es aplicable a las leyes que por orden expresa de la Constitución regulan o limitan alguna garantía constitucional, como es el caso de la libertad de enseñanza. Sin embargo, esto iría claramente en contra del espíritu de la norma. Como señala ENRIQUE EVANS¹⁵⁹, primero, ninguna ley puede infringir los derechos constitucionales en virtud del principio de supremacía constitucional y del Estado de Derecho. Segundo, las leyes que cita el N° 26 son aquellas más proclives a afectar la esencia de los derechos, pero la disposición no sería taxativa. Tercero, debe aplicarse el principio interpretativo que señala que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Cuarto, se caería en el absurdo de permitir a una ley simple hacer lo que le está vedado a una ley interpretativa de la Constitución que requieren de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio.

Basados en estos mismos argumentos se puede llegar aún más lejos, señalando que también se prohíbe a toda autoridad administrativa la afectación, a través de una regulación, de los derechos en su esencia. Debemos recordar que en virtud de los artículos 5°, 6° y 7° de la Carta Fundamental, la Administración también está sometida al respeto de los derechos fundamentales y a la Constitución y normas dictadas conforme a ella. Del estudio de las actas de la Comisión de Estudio de la Constitución podemos concluir una interpretación más estricta: la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponde exclusivamente al ámbito de la ley y que, por lo tanto, ni el Poder Administrador ni ningún otro poder público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional¹⁶⁰.

Por estas razones, creemos que la garantía del contenido esencial puede utilizarse como un criterio orientador para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, tanto en lo que toca al juez como al legislador, ya que es aplicable a todo poder público¹⁶¹.

Para ello es necesario concentrarse en uno de los aspectos más complejos de la disposición: qué se entiende por contenido esencial.

Existen principalmente dos posturas sobre la materia: la teoría relativa y la absoluta¹⁶². La primera doctrina señala que la garantía del contenido esencial se

¹⁵⁹ EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, t. II, N° 71, pp. 146-147.

¹⁶⁰ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 212, p. 10.

¹⁶¹ En contra de esto ALDUNATE, EDUARDO, ob.cit., p. 72. quien señala que “parece inadecuado proponer la delimitación entre derechos a partir del contenido esencial, ya que ello implica igualar la garantía al contenido esencial con una figura dogmática necesaria para el tratamiento de los derechos fundamentales, cuya denominación más adecuada es la de tipicidad iusfundamental, y que alude al específico ámbito de protección o contenido normativo de un derecho fundamental”. El autor llega a esta conclusión porque considera, a diferencia de nosotros, que la idea de contenido esencial implica por definición la existencia de una regulación legal.

¹⁶² Para un desarrollo esquematizado de ellas ver CIANCARDI, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 258-261; SERNA, P. y TOLLER, F., ob.cit., pp. 46-47 y DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, ob.cit., pp. 128-135.

identifica con la necesidad de justificar las restricciones al derecho por parte del legislador, es decir, con el juicio de proporcionalidad¹⁶³. De esta manera, la garantía sólo se violaría cuando el límite carece de justificación en relación al bien que se trata de preservar, centrándose el análisis en la medida adoptada más que en el derecho en cuestión. No habría sectores del derecho que no puedan ser afectados por el legislador. En cambio la teoría absoluta sostiene que el contenido esencial representa una parte del contenido total del derecho fundamental conocida como núcleo duro. Esta esfera sería absolutamente inmune a la actuación del legislador, aún cuando éste fundamentara su limitación en otro derecho o bien de rango constitucional. En cambio el contenido no-esencial sería disponible por el legislador, sujeto siempre al principio de proporcionalidad y la necesidad de justificar dicha limitación.

Para la teoría relativa, el contenido esencial carece de autonomía conceptual, no alude a ningún contenido en el sentido habitual del término y se reduce a un juicio de razonabilidad o proporcionalidad. Esta postura produce un debilitamiento del derecho y la imposición de límites externos, bastando para ello una justificación hecha por el legislador. El resultado es que los derechos y sus límites se terminan estableciendo mediante cálculos de carácter económico, político estratégico, etc. lo que atenta una vez más con el fin de limitación al poder de los derechos fundamentales. La relativización del contenido de los derechos es evidente. Como señala DE OTTO Y PARDO, desde esta perspectiva “la función de la garantía del contenido esencial es puramente *argumentativa*, porque el fundamento de la constitucionalidad de la limitación no es realmente un juicio acerca del contenido esencial del derecho, sino un juicio acerca del propio límite sin que el discurso se apoye en el examen del derecho afectado: a la misma conclusión podría llegarse sin hacer mención del contenido esencial”¹⁶⁴.

La teoría absoluta, en principio, evitaría dicha relativización de la garantía al vedar de forma absoluta la intervención del legislador en el núcleo duro del derecho. Sin embargo esto conlleva el problema de dejar al arbitrio del legislador el establecimiento de cualquier límite en la parte no-esencial del derecho, reduciendo en la práctica la protección y reconocimiento del derecho sólo al núcleo duro. Para evitar éste extremo se ha señalado que el contenido esencial debe operar en yuxtaposición con el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, incluso la sólida protección de la teoría absoluta puede ceder. Esto ocurre porque ella parte de presupuestos conflictivistas, concibiendo los derechos y los bienes que los limitan en inevitable colisión. De esta manera, los conflictos entre derechos fundamentales y bienes públicos se trasladan a los contenidos esenciales de esos derechos. Así, en los casos en que el núcleo duro se ve innegablemente violado, como ocurre por ejemplo en el caso entre la pena de prisión perpetua y la libertad física, sólo es posible llegar a una solución mediante la jerarquización de los contenidos esenciales y la posterior negación de alguno de ellos, con todas los problemas propios de las jerarquías que ya hemos señalado a lo largo de este trabajo. Por lo tanto, la aplicación de la garantía del contenido

¹⁶³ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 291.

¹⁶⁴ DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, ob.cit., p. 131. Las cursivas aparecen en el original.

esencial también se relativizaría: dependerá de si la norma que pretende limitar el derecho no tiene como finalidad un bien considerado jerárquicamente superior¹⁶⁵.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para continuar nuestro estudio sobre la garantía del contenido esencial de los derechos es indispensable que hagamos mención a la doctrina establecida en nuestro país por el Tribunal Constitucional respecto a la materia.

La sentencia que sirvió de precedente para los futuros casos fue la relativa al Proyecto de ley sobre partidos políticos¹⁶⁶. En su considerando 21° estableció que debía entenderse que un derecho es afectado en su esencia “cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

Basado en este razonamiento el Tribunal determinó en dicho caso que las normas del proyecto de ley en estudio que establecían como requisito para la constitución de un partido un 0,5% de la población electoral o un número determinado de afiliados –que se aproximará a ese porcentaje– no eran inconstitucionales. En el considerando 23° señala que dicha exigencia “no afecta la esencia del derecho de asociación política, porque no se desconoce su existencia ni se impide su libre ejercicio, pues no lo torna impracticable, no lo entraba en forma irrazonable ni priva a los ciudadanos de las acciones jurisdiccionales respectivas para exigir su protección”. Continúa señalando en el mismo considerando que “la ley, al establecer estos requisitos, ha obrado dentro de límites razonables con el objeto de asegurar seriedad en la formación de los partidos políticos y evitar una proliferación excesiva a fin de que ellos asuman, con una base de sustentación ciudadana sólida, las grandes tareas que están llamadas a cumplir”.

En cambio, la misma sentencia determinó la inconstitucionalidad de la norma que ordenaba establecer Consejos Distritales en base a Distritos Electorales –unidades territoriales que todavía no existían–. En el considerando 72° señaló que la exigencia del cumplimiento de un *requisito imposible* impedía “el ejercicio mismo del derecho de asociación política vulnerándose así el art. 19, N° 15, inciso 5°, en relación con el N° 26, de la Constitución”.

Refiriéndose a la imposibilidad de ejercer el derecho, el Tribunal en la sentencia sobre el Proyecto de Ley sobre Juntas de vecinos y Organizaciones comunitarias funcionales¹⁶⁷ determinó la inconstitucionalidad de las normas que preceptuaban que en unidad vecinal sólo podía existir una junta de vecinos y que cada persona sólo podía pertenecer a una junta de vecinos. En el considerando 7° señala que si bien la misma Constitución establece en el art. 19 N° 15 inciso 2°

¹⁶⁵ Cfr. CIANCARDO, J., *El conflictivismo de los derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 273-274.

¹⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.

¹⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 126, 14 de mayo de 1991.

que “para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”, el legislador no podía establecer a través de dichas leyes “requisitos de tal naturaleza a la concesión de personalidad jurídica que ellos llegaren a significar una imposibilidad de constituir una determinada asociación, una restricción a asociarse que no estuviera fundada en las prohibiciones que la propia Constitución establece, o una desigualdad de oportunidades para ejercer el derecho de asociación y para poder actuar con plenitud en el cumplimiento de sus fines”. Continúa señalando en el considerando 8° que si la imposibilidad de constituir la asociación o las otras circunstancias señaladas en el considerando anterior tuvieron lugar “no sólo se estaría atentando contra el ejercicio del derecho de asociación garantizado por la Constitución Política, sino que se estaría conculcando, además, la esencia misma del derecho a asociarse, a gozar de personalidad jurídica, y, adicionalmente, a participar en la vida nacional si tal asociación así lo tuviere por objetivo”. Siguiendo su análisis concluye el Tribunal en el considerando 10° que la disposición impugnada por el requerimiento de los diputados sí constituye una circunstancia que impide el ejercicio del derecho de asociación porque, “si bien no hacen obligatorio el incorporarse a la junta de vecinos única, coartan la libertad de toda persona que quiera ejercer su derecho a participar en la vida nacional a través de una junta de vecinos y a formarla y asociarse con quien lo desee dentro del ámbito territorial correspondiente, creándose de esta manera un *impedimento* para así hacerlo (...) Tal situación conculca la esencia misma del derecho a asociarse y a gozar de personalidad jurídica que la Constitución contempla, vulnerándose de esta manera la garantía consagrada en el N° 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

Una vez más en relación al derecho de asociación y a las juntas de vecinos, en el Rol N° 200¹⁶⁸ se establecen parámetros para determinar qué se entiende por afectación al contenido esencial. En dicha oportunidad el Tribunal debía pronunciarse respecto de un requerimiento que solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del inciso 1° del art. 36 del proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales. Dicha norma requería para constituir una junta de vecinos la voluntad conforme de a lo menos un veinte por ciento de los vecinos residentes en la respectiva unidad vecinal. El considerando 8° de la sentencia señala que “lo que se trata de dilucidar en el caso de autos no es la posible existencia de un impedimento absoluto al ejercicio del derecho de asociarse, pues la norma legal proyectada no prohíbe tal ejercicio. Consiguientemente no se está en presencia de una afectación de un derecho en su esencia propiamente tal, sino que de lo que se trata es de establecer si la exigencia que ella contempla para su ejercicio implica efectivamente un obstáculo o, expresado en la forma en que lo establece el numeral 26 del art. 19 de la Constitución Política, si con ello se configura un requisito que ‘impide su libre ejercicio’”. Según lo citado, el Tribunal Constitucional distingue entre afectación del contenido esencial e impedir el libre ejercicio de un derecho.

De las sentencias citadas ya podemos extraer algunas conclusiones sobre el sentido que el Tribunal Constitucional da al contenido esencial de los derechos.

¹⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 200, 14 de noviembre de 1994.

Según señalaba en el considerando 21° del Rol N° 43, debía entenderse que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible. De esta definición podemos concluir que el Tribunal entiende por contenido esencial el contenido mismo del derecho, sin distinguir entre un núcleo duro y una zona de protección más débil, alejándose por tanto de la teoría absoluta. Las limitaciones que afecten el derecho esencial no son vistas como barreras que se inmiscuyen en una zona determinada del derecho, sino que lo degeneran en otra realidad “de manera tal que deja de ser reconocible”. La garantía del contenido esencial por lo tanto, no busca proteger una esfera concreta de los derechos, sino reiterar el respeto que de ellos deben tener los poderes del Estado, especialmente quien por sus atribuciones puede estar especialmente inclinado a afectarlos: el legislador.

A mayor abundamiento podemos citar la sentencia sobre el proyecto de ley de Bases del Medio Ambiente. En ella el Tribunal determina la inconstitucionalidad del art. 49 el cual permitía establecer mediante decreto supremo restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental. En el considerando 12°, entre las razones con las que el Tribunal fundamenta su decisión, señala que al pretender establecer restricciones y prohibiciones totales o parciales al ejercicio de derechos fundamentales, se afecta el contenido esencial de ellos “lo que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 19, N° 26, de la Constitución, lo que hace que se infrinjan asimismo sus artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto y 5°, inciso segundo, en relación con su artículo 19, números 24 y 21”. Podemos concluir, por lo tanto, que la garantía del contenido esencial está en estrecha relación con las normas relativas al Estado de Derecho y Supremacía Constitucional.

Tampoco podemos deducir que el Tribunal Constitucional se incline por la teoría relativa. Como señalábamos, para dicha teoría el contenido esencial no alude a ningún contenido en el sentido habitual del término, carece de autonomía conceptual, y se reduce a un juicio de razonabilidad o proporcionalidad. En cambio el tribunal, al hablar de lo que “le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible” claramente alude a un concepto concreto que corresponde a una realidad determinada y que puede ser reconocido como derecho de asociación, libertad de movimiento o cualquier otro de los derechos humanos. Al legislador no le está permitido establecer “una restricción a asociarse que no estuviera fundada en las prohibiciones que la propia Constitución establece” (considerando 7° Rol N° 126) basado en criterios económicos, políticos o cualquier otro, avalados por el principio de proporcionalidad.

Continuando con nuestro análisis, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos será especialmente útil para determinar el contenido de cada uno de los derechos constitucionales. Gracias al análisis sobre si ciertos preceptos afectan o no la garantía del art. 19 N° 26, el tribunal va dando pautas acerca de cual es el contenido esencial –o contenido sin más– de los respectivos derechos protegidos por la Constitución. Como el objeto de este trabajo no es un estudio detallado de cada garantía constitucional, sólo citaremos algunos a manera de ejemplo.

En relación al derecho de propiedad encontramos múltiples sentencias. En primer lugar, la que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país¹⁶⁹. En su considerando 17° el tribunal determina que la esencia del derecho de propiedad estaría constituida por las facultades de uso, goce y disposición al señalar que “en ningún caso, ni aún por ley se pueda afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición”. También nos ayuda a delimitar la garantía del art. 19 N° 24 la sentencia sobre el proyecto de ley de Bases del Medio Ambiente¹⁷⁰. Respecto al análisis del art. 49 de dicho proyecto, el cual permitía establecer mediante decreto supremo restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, el tribunal determinó que dicho precepto era inconstitucional. En el considerando 12°, entre las razones con las que el Tribunal fundamenta su decisión, además del principio de reserva legal, señala que con estas restricciones y prohibiciones totales o parciales se vulneraría el contenido esencial de dicho derecho.

Otra sentencia relevante en la materia que dice relación principalmente con la igual repartición de los tributos, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica y la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado en materia económica es el Rol N° 280¹⁷¹. A requerimiento de un grupo de diputados se revisó la constitucionalidad art. 2° y 3° del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas. El art. 2° elevaba de un 46% a 51% el impuesto que pagan los cigarros puros sobre su precio de venta al consumidor; del 45,4% al 50,4% el impuesto que pagan los cigarrillos; del 42,9% al 47,9% el impuesto al tabaco elaborado. A su vez, el art. 3° elevaba de 4,4084 a 5,2 el impuesto a la gasolina, el que a partir del 1° de enero del año 2001 sería de 6 UTM/m³. El Tribunal, al referirse a la potencial afectación de dichas normas al contenido esencial de los derechos fundamentales, junto con citar fallos anteriores en que sienta las bases de su análisis, agrega algunos criterios para determinar si ha existido tal afectación. En el considerando 29° sostiene que hay que averiguarse si el derecho se hace impracticable, lo que ocurriría cuando sus facultades no pueden ejecutarse. Luego determinar si el derecho se dificulta más allá de lo razonable, es decir, si las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Por último, debe analizarse si el derecho ha sido despojado de su protección o tutela adecuada, caso en que el derecho se transformaría en una facultad indisponible para su titular. Para este análisis –sigue sosteniendo el Tribunal en el mismo considerando– es necesario considerar “en primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las

¹⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 146, 21 de abril de 1992.

¹⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 185, 28 de febrero de 1994.

¹⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 280, 20 de octubre de 1998.

condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación”

Respecto de la libertad de enseñanza es de obligatoria mención el fallo relativo al proyecto de ley que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna¹⁷². En el considerando 10° señala que “el núcleo esencial de tal libertad lo configura el Poder Constituyente”. En relación a los titulares del derecho –aspecto de especial relevancia al tener que resolver un conflicto entre derechos– establece en el mismo considerando “que éstos son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátense o no de establecimientos subvencionados”. Continúa describiendo el núcleo esencial de este derecho, el cual “incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. En las tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos, definitorios e inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución”¹⁷³. Sin embargo, sostiene el Tribunal que la libertad de enseñanza no se limita a las facultades nombradas. En este sentido el considerando 11° señala que “la lectura atenta de la norma constitucional pertinente así lo demuestra, al señalar que dicha libertad incluye lo explicado, pero dejando en claro que quedan comprendidos en ella otros elementos que la integran, como es la autonomía de la cual goza el titular para cumplir sus objetivos, obtener el reconocimiento oficial de la docencia que imparte, de conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, o impetrar la subvención estatal correspondiente”.

De especial interés es citar lo que el Tribunal dicho acerca del contenido esencial de la libertad de expresión, derecho tan recurrente al hablar de conflictos entre derechos. Un grupo de diputados presentaron un requerimiento para impugnar por inconstitucionalidad varias normas del proyecto de ley sobre “libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo”. El art. 1°, inciso tercero, de dicho proyecto establecía el derecho para las personas a estar debidamente informadas sobre las distintas expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad. Según los requirentes, dicho derecho no estaría comprendido en el contenido del derecho a opinar e informar que consagra el art. 19, N° 12, de nuestra Constitución. El Tribunal aceptó la constitucionalidad de la norma¹⁷⁴,

¹⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 410, 14 de junio de 2004.

¹⁷³ El considerando 10° analiza cada una de estas facultades, precisando el contenido de ellas y, en consecuencia, el contenido esencial del derecho de enseñanza. “en primer lugar, se reconoce el derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el ideario del proyecto educativo de los fundadores respectivos. En seguida, queda asegurado el derecho de organizarlos o determinar, los fundadores o quienes les sigan, las características del establecimiento en nexos con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos; rasgos típicos de la docencia y de los profesionales que la lleven a cabo; régimen de dirección, administración y responsabilidad; reglas pertinentes al orden y disciplina en la convivencia interna; sistema financiero o vínculos con otras instituciones. Por último, la libertad de enseñanza incluye la facultad de mantener, esto es, conservar o sostener el establecimiento en el tiempo, modificando su organización o, en última instancia, cerrarlo o transferirlo a terceros”.

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.

pero señalando en el sentido en que debía entenderse el derecho consagrado. En el considerando 22° señala que dicho derecho no otorga una atribución al Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia o información sobre el acontecer nacional o internacional, agregando en el considerando 24° que “toda otra comprensión del precepto legal objetado podría interpretarse en el sentido que se estaría imponiendo una forma de censura al obligar a entregar información, lo que violenta el derecho en su esencia”. El Tribunal entiende que el hecho de que un tercero ajeno al medio de comunicación pueda imponer la difusión de ciertas noticias que hubieren sido omitidos por ello equivale a imponer condiciones que impiden el libre ejercicio, lo cual no sería constitucional ya que la esencia de la libertad se afectaría desde el momento en que el ejercicio deja de ser libre¹⁷⁵.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL COMO MÉTODO PARA RESOLVER CONFLICTOS

La delimitación del contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales nos parece de especial utilidad para resolver adecuadamente los conflictos entre ellos.

Como sosteníamos en el capítulo I, los derechos humanos pertenecen a hombres y mujeres que viven en una sociedad determinada y están unidos a ciertos deberes básicos necesarios para la vida social y que permiten a los derechos coexistir como un sistema. Esta compatibilidad tiene su raíz precisamente en la dignidad humana, fundamento de dichos derechos, la cual permite la unidad de ellos. Como señala PRADO, esta comprensión de los derechos como puntos de encuentro y ajuste de necesidades y exigencias en un contexto social, permitirá entender de un modo correcto la limitación a los derechos¹⁷⁶.

Partiendo de esta base, nos alejamos de los presupuestos conflictivistas según los cuales los conflictos entre derechos son inevitables y su solución produce, de un modo u otro, la postergación de uno de los involucrados en la pugna respectiva. Al contrario, desde la perspectiva a la que hemos adherido durante la investigación, las colisiones serían aparentes y su solución pasaría por delimitar el contenido concreto de cada derecho, sin proteger actuaciones que se encuentren fuera de dicho ámbito. Algo que es evidente en el ámbito del derecho privado, parece haber sido olvidado en materia de derechos humanos: no basta que uno sostenga que tiene un derecho, para que eso sea efectivamente así. ¿Se imaginan que al ejercerse una acción reivindicatoria el juez sin considerar las pruebas parciales de la base que ambos litigantes son dueños? Decidiría que debe crearse una comunidad entre ellos o llevaría a cabo una partición, dejando a ambas partes insatisfechas. En el campo de las garantías constitucionales esto tampoco puede ocurrir. Una cosa es que dichos derechos pertenezcan a todas las personas por el

¹⁷⁵ Cfr. *Ibidem*. considerandos 31°, 38° y 45°.

¹⁷⁶ Cfr. PRADO, MAXIMILIANO, *ob.cit.*, p. 84. Continúa señalando “una teoría y una práctica adecuada de la limitación de los derechos humanos resaltarían cuán erróneo resulta plantear lo colectivo y social en términos de oposición con lo individual” como hace el contractualismo liberal.

hecho de ser seres humanos y, otra diferente, que cualquier acción se encuadre dentro del ejercicio de ellos.

Para desarrollar esta tarea de delimitación, la garantía del contenido esencial, entendida desde una noción teleológica de los derechos y no desde un concepto puramente formal, nos ayudará a definir dicho contenido¹⁷⁷. También serán útiles en este proceso los pasos previstos según la teoría de los límites internos de los derechos: el análisis del precepto que garantiza el derecho o libertad, la determinación de los deberes y obligaciones que van de la mano del derecho constitucional y los límites expresamente señalados por el Constituyente. Pero a ellos habrá que agregar además aspectos que no se encuentran al interior de la Constitución.

Otros elementos que habrá que considerar son la naturaleza del respectivo derecho, su finalidad, el bien humano que intenta proteger, su ejercicio funcional y las conductas que trata de impedir¹⁷⁸.

Especial importancia tendrá la determinación del contenido de cada derecho, lo que sostenga el Tribunal Constitucional, intérprete privilegiado de la Constitución. Como señalábamos en el apartado anterior, en el Rol N° 43 nos dio una pauta de qué debíamos entender por contenido esencial: aquello que le es consustancial de manera tal que si se le priva deja de ser reconocible.

También el Tribunal Constitucional español ha señalado dos caminos complementarios para acercarse al contenido de un derecho. Estas vías son establecidas en el fundamento jurídico N° 8 de la sentencia 11/1981. El primer camino “es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y (...{las}) ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y (...) los especialistas en Derecho”. Continúa señalando las tareas que corresponden al legislador y al jurista en esta determinación. Señala que “el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”. Según esta primera vía “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

El segundo posible camino dispuesto por el Tribunal Constitucional español consiste “en tratar de buscar (...) los intereses jurídicamente protegidos como

¹⁷⁷ Cfr. SERNA, PEDRO, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, ob.cit., p. 225.

¹⁷⁸ *Ibidem* pp. 225-226. Véase también SERNA Y TOLLER, ob.cit., p. 42 y TOLLER, FERNANDO, *Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos*, ob.cit., pp. 5-7.

núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Según este concepto establece que se desconoce el contenido esencial “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

La tarea de delimitación no puede llevarse a cabo de manera rígida, de una vez para siempre, de forma cerrada, *a priori*, “sino que exige una permanente tarea de concreción en cada caso concreto por parte del juez”¹⁷⁹. Como ya se ha visto en el apartado anterior, las sentencias van dando pautas a partir de casos específicos sobre qué entendemos incluido dentro de la protección de cada garantía. Este modo de proceder, que algunos más familiarizados con las sistematizaciones y definiciones pueden mirar con escepticismo, no es diferente del método que permitió a los juristas romanos ir estableciendo criterios jurisprudenciales que forman las bases del derecho privado hasta el día de hoy. Como señala el profesor BERTELSEN, “sería, en verdad, ilusorio esperar, para solucionar el problema que nos ocupa, una reforma de las Constituciones de modo que en la letra de las mismas se precisara con todo detalle la forma en que deben ejercitarse los derechos para que este ejercicio pueda ser calificado de legítimo. A más de poco probable, un cambio semejante sería con toda certeza ineficaz, pues es en relación a las circunstancias peculiares de los casos concretos que debe determinarse si ha habido o no recto ejercicio de un derecho. Los textos, pueden ir poco más allá de señalar principios generales”¹⁸⁰. Por estas razones creemos –apoyando nuestra opinión en los criterios del Tribunal Constitucional español– que son la doctrina y la jurisprudencia, antes que el legislador, quienes pueden determinar de manera más adecuada el contenido de los derechos.

Para avalar el método propuesto, citaremos una sentencia en que los tribunales adoptaron expresamente la delimitación del contenido de los derechos como mecanismo para resolver la disputa en cuestión. Se trata del caso “Cuevas Arriagada con Televisión Nacional de Chile y otros”. En dicho pleito, el recurrente, en representación de los hijos y cónyuge de un abogado asesinado, habría presentado la acción de protección contra los recurridos por considerar que la difusión del programa ‘Enigma’ conculcaría el respeto y protección a la honra del padre y cónyuge de sus representados y de su familia. Nos parece que este caso es de especial interés porque todas las partes del presente creían estar frente a una colisión de derechos, sosteniendo expresamente que tanto uno como el otro derecho tenían mayor preeminencia y debían, por tanto, predominar sobre su contra-

¹⁷⁹ SERNA, PEDRO, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, ob.cit, p. 226. Véase también lo dicho al respecto en el capítulo II *Supra* p. 25 y ss.

¹⁸⁰ BERTELSEN, RAÚL, “El legítimo ejercicio de los derechos constitucionales” en *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso*, vol. X, 1986, p. 153.

¹⁸¹ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de septiembre de 2003, *Revista Fallos del Mes* N° 515, p. 2796, considerando 2°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 27 de octubre de 2003 (Rol N°

rio¹⁸¹. Sin embargo la Corte no se inclinó por la jerarquización o la ponderación, sino que sostiene en el considerando 3° que “para una adecuada resolución de esta cuestión, es necesario precisar los límites y el contenido de cada uno de los derechos en presunta pugna, para luego aplicar en cada caso la solución que corresponda”.

A continuación el tribunal va señalando pautas sobre qué debe entenderse protegido por cada una de las garantías involucradas. De esta manera establece respecto del honor que “una persona puede tener a honor algún rasgo de su personalidad que desee conservar o resaltar porque lo estima valioso, de manera que si se desvirtúa ese rasgo con falsedades, puede sentir afectado ese honor. En cambio, si se dice de alguna persona la verdad de lo que realmente es, no es posible que ella sienta afectado su honor”¹⁸². Por su parte el derecho a informar también está “en íntima relación con el concepto de verdad. En efecto, se informan los hechos realmente ocurridos, los dichos reales de una persona, para que quien no los presenció o escuchó tenga conocimiento de los mismos, quede informado. No se informan falsedades o mentiras: decirlas es precisamente ‘desinformar’”¹⁸³. A mayor abundamiento indica que para encontrarnos frente a una violación del derecho al honor se exige “que se impute a una persona una falsedad que desvirtúe algún rasgo de su personalidad que ella desea conservar”¹⁸⁴. En consecuencia, al comprobar el tribunal que el contenido del programa coincidía con la verdad que emanaba del respectivo expediente criminal, la Corte señaló en el considerando 8° que “no estando afectado el honor del abogado fallecido (...) ni el de su cónyuge e hijos (...) no existe en el caso *sub-lite* pugna o colisión alguna de derechos fundamentales que esta Corte deba resolver”.

Podemos observar en las citadas consideraciones como los jueces aplicaron el método de la delimitación del contenido de los derechos para resolver el litigio. Primero, parten de la base que se encuentran frente a una colisión aparente de los derechos, alejándose de una concepción que estima los conflictos como inevitables. Luego, optan por señalar los límites y contenido de cada uno de los derechos involucrados. Para ello recurren al texto del art. 19 N° 4 y 12 de la Constitución, a los bienes protegidos por las garantías invocadas y a la finalidad de cada una de ellas. Una vez realizada esta delimitación establecen que uno de los derechos no se hallaba realmente presente o, dicho en otras palabras, que la pretensión de una de las partes no se encontraba amparada por la garantía invocada. De esta manera, se resuelve el conflicto, no determinando la preeminencia abstracta o concreta de la libertad de información, sino definiendo el contenido de ella y del derecho a la honra, dando protección sólo al derecho que se encontraba realmente presente.

4354-2003). En la mayoría de los casos analizados no se contraponen las garantías de forma tan expresa por las partes, siendo el recurrente el que invoca los derechos conculcados y defendiéndose el recurrido mediante alegaciones en las que distinguimos, aunque no lo señale expresamente, la invocación a una garantía constitucional.

¹⁸² *Ibidem*, considerando 4°.

¹⁸³ *Ibidem*, considerando 5°.

¹⁸⁴ *Ibidem* considerando 7° en relación con el 4°.

A pesar de los fundamentos y ejemplos dados todavía podría formularse una importante crítica al método propuesto ¿Existe en la práctica tanta diferencia entre la delimitación de los derechos y los otros métodos antes criticados? El decir que un derecho debe ceder frente al otro ¿No es lo mismo que sostener que no se encontraba presente en el caso concreto? ¿No se trata más bien de distinciones lingüísticas? A continuación trataremos de explicar por qué esto no es así.

La delimitación del contenido, al alejarse de la visión contractualista liberal de los derechos y no confundirlos con las normas, permite frenar la inflación de ellos, evitando un aumento de litigiosidad en nuestra sociedad. La jurisprudencia, al declarar que una de las partes no se encuentra en el ejercicio de las garantías invocadas estará dando una señal clara: no se tiene derecho a todo. De esta manera, podrían evitarse demandas temerarias y se incentivaría el diálogo previo entre quienes tienen pretensiones contrapuestas.

Este mecanismo no cae en la contradicción lógica de sostener que coexisten dos derechos al mismo tiempo, bajo el mismo punto de vista, avalando posiciones contradictorias. Por el contrario, llevará a la determinación de cuál derecho se posee realmente y cuál sólo se ejerce aparentemente. De esta manera no se posterga a quien tiene la titularidad legítima y actual de un derecho, sino a quien no estaba realmente en posesión de él. Un argumento del tipo “esta conducta que usted defiende no se encuentra dentro de la garantía que usted invoca”, puede ser difícil de aceptar porque implica reconocer que nos hemos equivocado. Pero un considerando que establezca “su conducta corresponde al ejercicio legítimo del derecho, está amparado por las garantías constitucionales, pero debe ser postergado por encontrarse frente a este otro que es más importante” repugna mucho más al concepto básico de justicia que tiene todo hombre y al sentido común.

Pero no se trata sólo de una forma de dejar tranquilo al litigante derrotado. El dilema se centra *en qué se fundamenta efectivamente* el juez para determinar si una conducta está protegida por un derecho o no. Las principales críticas frente a los métodos analizados giraban en torno a su falta de objetividad y de certeza jurídica. Evidentemente, la decisión del juez que, para determinar el contenido de un derecho, se basa en los valores de contenido indefinido más vigentes del momento no implica una gran mejora respecto de la ponderación. Lo principal es que el tribunal busque la naturaleza jurídica del derecho, lo que realmente es, lo cual no es tarea fácil. Para ello tendrá que analizar múltiples aspectos: los preceptos que consagran las garantías constitucionales, los límites y deberes correlativos, su finalidad, los intereses jurídicamente protegidos, etc. Este complejo camino no estará exento del peligro de la falta de objetividad por la simple razón de que el juez es un ser humano y no una máquina inmune al medio que lo rodea. Sin embargo, a pesar de las dificultades y riesgos las posibilidades de justicia son mayores. El juez parte de la base que su misión es *descubrir* lo que el derecho protege y no imponer la solución que estime mejor. La decisión se basa en un ejercicio de la razonabilidad, no en el de una voluntad camuflada en parámetros variables. No estamos en el ámbito de las ciencias exactas, pero eso no debe llevarnos al extremo de pensar que es imposible determinar lo que es justo, por lo que entre las vías posibles, hemos de elegir la que dé mayores garantías de objetividad y certeza jurídica.

Alguien podría sostener entonces que el problema no es el método utilizado por el juez, sino el hecho de que sea éste y no la ley el que tenga que determinar el contenido del derecho. Pero como ya hemos señalado, la norma siempre tendrá carácter general y por muy detallada que sea, siempre será necesaria la interpretación para determinar la justicia en el caso concreto, para definir si una determinada actuación se encuentra dentro del ámbito de protección de una garantía constitucional o no.

Por lo tanto, a pesar de las falencias que pueda tener el método, creemos que la delimitación del contenido de los derechos es el mecanismo que mejor permite arribar a una decisión justa y que conlleva, por ende, mayor certeza jurídica. Estudiaremos a continuación como la jurisprudencia en nuestro país ha seguido este camino a través del examen de ciertos requisitos del recurso de protección.

CAPÍTULO VII

EL RECURSO DE PROTECCIÓN: DELIMITACIÓN Y ARMONIZACIÓN

Luego del camino recorrido hemos llegado a la conclusión que el método adecuado para resolver las aparentes colisiones entre derechos pasaría por la delimitación del contenido de los mismos. Dicho proceso puede conducirnos a diferentes escenarios. Primero, a determinar que uno de los derechos invocados por una de las partes del litigio no se encontraba presente y, segundo, a concluir que en parte se ejerció legítimamente y en parte, no. En el presente capítulo estudiaremos el modo en que nuestros tribunales han aplicado este mecanismo y las soluciones a las que han llegado.

I. NEGACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo de nuestro trabajo hemos tratado de citar la jurisprudencia, especialmente nacional, que ha aplicado uno u otro método de resolución de conflictos. Sin embargo, puede constatarse que los fallos citados son muy pocos dentro del conjunto de casos planteados en términos de colisiones entre derechos constitucionales. Incluso podemos sostener –a partir de lo que se desprende de las sentencias– que los litigios planteados expresamente como confrontación de derechos son escasos dentro del universo de litigios en que se enarbolan las garantías constitucionales en nuestros tribunales. ¿Significa esto que en nuestro país la gente no se ha contagiado del incremento de litigiosidad de otros lugares? Nos parece que no es ésta la única causa, sino más bien que los jueces efectivamente han utilizado –quizá sin darse cuenta– una vía diferente para resolver este tipo de conflictos. Dicho camino debe ser estudiado para reforzarlo, evitando la contaminación de los aires conflictivistas. Consistiría en determinar la ausencia, en el caso concreto, de uno de los derechos invocados y, por ende, la inexistencia de una real colisión entre derechos.

Un claro ejemplo de ello es la sentencia de la C. de Apelaciones de Santiago de 9 de mayo de 2006. En dicha ocasión se resolvió sobre la apelación que condenaba a un grupo de periodistas de Chilevisión por los ilícitos de los art. 161 A y 161 B del Código Penal. La Corte, haciendo referencia, tanto al derecho a emitir opinión e informar como a la protección de la vida privada y la honra de las personas y de su familia, señala en el considerando 6° que “no se advierte en el presente caso una colisión de garantías constitucionales, puesto que ambas coexisten en el presente caso. Lo que sí no es posible justificar en una –derecho a la libertad de información– el revelar públicamente información íntima mañosamente obtenida”¹⁸⁵. Por lo tanto, estamos frente a un caso en que los tribunales niegan expresamente la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales. El litigio es resuelto delimitando el contenido de la libertad de opinión e información y declarando a continuación que la conducta de los periodistas no se encontraba dentro del ámbito de protección de la garantía invocada por ellos.

Pero si queremos analizar la jurisprudencia en relación a los derechos fundamentales en Chile, el estudio del recurso de protección es ineludible. Siempre en relación a los métodos de resolución de conflictos, profundizaremos a continuación sobre ciertos aspectos de la legitimación activa de dicha acción, ilustrando la investigación con las sentencias que se han pronunciado en materia de colisiones. Para ello hemos considerado los fallos pronunciados en la última década en los recursos en que se plantean conflictos entre derechos. Hemos de advertir que a partir del solo texto es difícil constatar si las partes plantean sus pretensiones abiertamente como derechos en pugna, ya que generalmente es sólo el recurrente el que aparece invocando alguna de las garantías constitucionales. Sin embargo en nuestro estudio, con el fin de hacerlo más representativo, hemos querido incluir los casos en que las partes en la práctica confrontan derechos fundamentales aunque no señalen expresamente en su defensa alguno de los de los derechos del art. 19 de la Carta Fundamental.

El encabezado del art. 20 de la Constitución, que consagra el recurso en cuestión, establece los requisitos de la legitimación activa en estos términos: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19...” señalando a continuación las garantías cubiertas por la acción.

A partir de la lectura de dicha disposición y lo dispuesto en el Auto Acordado de la C. Suprema sobre “Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales” los tribunales han distinguido los siguientes requisitos para la procedencia del recurso¹⁸⁶: a) que se compruebe la existencia de la omisión o ac-

¹⁸⁵ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 9 de mayo de 2006, Rol N° 21.722-2005, disponible en http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php. La C. Suprema conociendo de la casación dictó posteriormente sentencia de reemplazo, pero manteniendo la condena de algunos de los imputados respecto del delito del art. 161A del Código Penal. Véase C. SUPREMA, 9 de agosto de 2007, Rol N° 3005-06, Código Microjuris MJJ11067.

¹⁸⁶ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 8 de septiembre de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, p. 240, considerando 1°; C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de octubre de 2003, Rol N° 3725-2003, Lexis Nexis N° 28972, considerando 1°; C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de enero de 2004, Rol N° 8081-2003, considerando 1°. Todas las sentencias fueron confirmadas por la C. Suprema.

ción reprochada; b) que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa omisión o acción; c) que de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías invocadas y protegibles por esta vía; d) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección, y e) que se haya interpuesto dentro del plazo establecido en el mencionado Auto Acordado. Nosotros centraremos nuestro análisis sólo en las exigencias derivadas de las letras b) y c): que el legitimado pasivo haya incurrido en un acto u omisión *arbitrario o ilegal* y que el legitimado activo se encuentre en el *legítimo ejercicio* de su derecho. En el primer caso, el recurrido no se encontrará bajo el amparo de una garantía, ya que no es posible que un acto arbitrario o ilegal sea a la vez resultado del ejercicio de un derecho. Por el otro lado, si el recurrente no se encuentra en el legítimo ejercicio, tampoco tendrá en la actualidad la titularidad del derecho. Llevado al ámbito de los conflictos, en ambos casos nos encontramos frente a la ausencia de una verdadera colisión.

1. ACTO U OMISIÓN ARBITRARIA O ILEGAL

La determinación de ilegalidad o arbitrariedad de la acción u omisión reprochada es uno de los primeros requisitos indagados por los tribunales para aceptar o negar la procedencia del recurso de protección. De esta manera, si se determina que no ha existido un acto u omisión de tales características, la acción es rechazada de inmediato, a veces sin mayor análisis sobre otros aspectos del caso¹⁸⁷. Esta decisión, en los casos planteados como conflictos entre derechos, equivale a la negación de una colisión de derechos, aunque los tribunales no lo establezcan en esos términos.

Antes de hacer un análisis de las sentencias sobre conflictos que han reconocido la presencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, es conveniente hacer una breve mención al significado de dichos adjetivos.

La ilegalidad, en un concepto amplio, se refiere a toda conducta contraria a Derecho. Pero en un sentido más estricto dice relación con la infracción al tenor literal de la norma jurídica en particular, ya sea la ley, un reglamento o incluso, una cláusula contractual¹⁸⁸. Como señala el profesor SOTO KLOSS, significaría la

¹⁸⁷ Así lo señaló expresamente la C. de Apelaciones de Punta Arenas: “no existiendo acto arbitrario o ilegal que pueda ser imputado a la parte recurrida, se hace innecesario entrar a hacer un análisis de posible vulneración de garantías constitucionales” (C. APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 3 de diciembre de 2005, Rol N° 84-2005, Lexis Nexis N° 6491, considerando 8°). También la C. de Apelaciones de Temuco indicó “que el fundamento básico del recurso de protección es el acto arbitrario o ilegal, de tal manera que en su ausencia, esta protección excepcional no procede” (C. APELACIONES DE TEMUCO, 30 de abril de 1990, Rol N° 103-1990, Lexis Nexis N° 29346, considerando 3°)

¹⁸⁸ Cfr. C. APELACIONES DE COYHAIQUE, 21 de noviembre de 2002, Rol N° 36-2002, Lexis Nexis N° 26156, considerando 7°. Sentencia confirmada por la C. Suprema. En algunas ocasiones la C. Suprema ha dado una interpretación más estricta, señalando que la ilegalidad se referiría a lo que es contrario a la ley según el concepto de ella contenido en el art. 1° del Código Civil (C. SUPREMA, 16 de julio de 2003, Rol N° 1961, considerando 2° y C. SUPREMA, 13 de julio de 2004, *RDJ 2004 tomo II, considerando 2°*). Sin embargo esta postura ha sido contradecida por la misma Corte. Sobre las sentencias que han acogido la ilegalidad basada a infracción

violación de los elementos reglados de las potestades jurídicas conferidas o reconocidas a un sujeto¹⁸⁹.

La arbitrariedad, en cambio, sería aquello que carece de razonabilidad, de motivo suficiente racional, la cual se daría –de forma independiente de la ilegalidad– en la falta de uso razonable de los elementos discrecionales de una potestad jurídica¹⁹⁰. Debe vincularse por tanto con “actuares u omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón contradiciendo el normal comportamiento, sea de la autoridad o de los seres humanos en particular, que se rige por principio de racionalidad, medida y meditación previa a la toma de decisiones y no por el mero capricho o veleidad”¹⁹¹. La jurisprudencia ha sostenido que “existe acuerdo para entender por arbitrario un acto u omisión contrario a la justicia y a la razón, sin fundamento alguno en la legislación positiva, o siquiera en el buen sentido. Lo hay cuando quien actúa o se abstiene de actuar lo hace por mero capricho, sin razón lógica o al menos moral que le sirva de fundamento. Constituye en otras palabras, una vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos”¹⁹².

Dicho lo anterior, analizaremos a continuación casos de colisiones entre derechos en que los recursos de protección han sido acogidos por cometer el recurrido un acto arbitrario o ilegal¹⁹³.

a) *Jurisprudencia*

En relación al conflicto entre libertad de expresión y la vida privada y honra es importante citar el caso “Valdivieso Fuentealba con Televisión Nacional de Chile”. En esa ocasión la C. de Apelaciones de Santiago estableció que la utilización sin consentimiento de la imagen de la recurrente, su publicación en la página *web* del canal, vinculándola además al consumo de droga, correspondía a un acto arbitrario o irracional que afectaba su derecho a la imagen, privacidad, y a la honra¹⁹⁴. El

de normas reglamentarias o cláusulas contractuales véase la jurisprudencia citada en SOTO KLOSS, EDUARDO, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (1977-2002)” en *Ius Publicum*, N° 10, 2003, p. 81 y notas 42, 43 y 44. Véase también la jurisprudencia citada en nuestro trabajo en relación a la libertad de enseñanza y la infracción a los reglamentos internos de los colegios *Supra* p. 59 e *Infra* p. 106 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 190. Este concepto ha sido recogido por la jurisprudencia. Véase C. APELACIONES DE TEMUCO, 23 de enero de 2002, Rol N° 1869-2001, Lexis Nexis N° 23939, considerando 2°. Sentencia confirmada por la C. Suprema.

¹⁹⁰ Cfr. SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección...cit.*, pp. 186-190.

¹⁹¹ C. APELACIONES DE COYHAIQUE, 21 de noviembre de 2002, Rol N° 36-2002, Lexis Nexis N° 26156, considerando 7°. Sentencia confirmada por la C. Suprema.

¹⁹² C. APELACIONES DE TEMUCO, 23 de enero de 2002, Rol N° 1869-2001, Lexis Nexis N° 23939, considerando 2°. En el mismo sentido C. APELACIONES DE COYHAIQUE, 26 de febrero de 2004, Rol N° 42-2004, Lexis Nexis N° 29754, considerando 11°. Las dos sentencias fueron confirmadas por la C. SUPREMA.

¹⁹³ No hemos encontrado casos planteados en términos de conflictos entre derechos fundamentales en que se declare la arbitrariedad o ilegalidad de una omisión.

¹⁹⁴ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de enero de 2003, *RDJ* t. 100, sec. 5ª, p. 51-52, considerandos 7° y 8°.

razonamiento se basa en que “si bien en Chile hay libertad de expresión, no por ello está permitido exhibir cualquier contenido y en cualquier horario”¹⁹⁵, por lo tanto las expresiones que no respeten los marcos regulatorios legales a los que están sujetos los canales de televisión no están comprendidas dentro del ámbito de la libertad mencionada.

Otro caso de choque entre libertad de expresión y derecho a la imagen –analizado al hablar de la ponderación– es el “Díaz Colom con Diario La Cuarta”. Como ya dijimos en su momento, el tribunal señala que la publicación de la fotografía de la hija del señor Díaz constituía un acto ilegal que compromete el derecho de sus padres a educarla, según lo dispuesto en los art. 222 y 235 del Código Civil, además de arbitrario, por no tomarse el parecer de la niña y el de sus padres para exhibir las fotos en el periódico¹⁹⁶. También se reconoce la ilegalidad y arbitrariedad en el caso “Rischmaui Grinblatt con Consorcio Periodístico de Chile S.A.” por haberse publicado una fotografía de la recurrente sin su consentimiento previo y expreso, perturbándose con este actuar el derecho y protección de su vida privada y pública¹⁹⁷.

Una vez más en relación con la intimidad, pero ahora en pugna con la libertad para desarrollar actividades económicas –la cual comprende las facultades de administración del empleador– está el conflicto por la instalación de cámaras de vigilancia dentro de las empresas. En uno de esos litigios la C. Suprema determinó que la instalación de dichas cámaras, sin cumplir con los requisitos legales –esto es, sin incorporar su utilización en el reglamento interno y persecución de fines diferentes a la protección y seguridad– constituía un acto ilegal que vulneraba el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores¹⁹⁸.

Respecto a los conflictos entre libertad de enseñanza de los representantes de escuelas y la igualdad y derecho de propiedad de alumnos expulsados hay algunas sentencias en que los tribunales han reconocido la existencia de expulsiones arbitrarias. En un primer caso la C. de Apelaciones de Santiago señaló que, si bien la decisión de no autorizar la matrícula a un estudiante no es ilegal pues la ley y reglamentos facultan a los colegios a ello, en el presente caso la decisión fue arbitraria. El tribunal estimó que no podía considerarse fundada ni reflexiva una

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 51, considerando 4°.

¹⁹⁶ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de abril de 1993, Rol N° 604-93, Lexis Nexis N° 20157, considerando 6°.

¹⁹⁷ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 8 de septiembre de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, p. 241, considerando 4°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 17 de noviembre de 1997 (Rol N° 3208-97). Véase también C. APELACIONES DE TEMUCO, 6 de diciembre de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 20-26. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 30 de enero de 2002 (Rol N° 127-02). Si bien el caso no se plantea en términos de conflicto con libertad de expresión, nos clarifica acerca de la ilegalidad y arbitrariedad en materia de derecho a la imagen, al señalar en el considerando 5° que la difusión de la imagen en cuestión “es ilegal porque se ha quebrantado con ello normas legales que resguardan la honra, fama e integridad de las personas, y la privacidad de la vida familiar y pública de toda persona. Como si ello fuere poco, resulta que la conducta de difusión ya anotada es además arbitraria, supuesto que obedece al solo arbitrio o capricho de quien ha posibilitado dicha difusión, sin que hubiere contado con la autorización de los recurrentes y ni siquiera el conocimiento previo de éstos para aquella conducta”.

¹⁹⁸ C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, pp. 386-387, Rol considerandos 6° y 12°.

medida que contrariaba los informes de dos psicólogos que nunca consideraron la necesidad de no mantener la matrícula y que por el contrario señalaron las medidas educativas que debían ser aplicadas¹⁹⁹. En otras ocasiones la C. Suprema ha declarado que la medida de no renovar la matrícula es arbitraria si se toma exclusivamente en base al incidente que había motivado la condicionalidad de la alumna, sin considerar la conducta posterior de la niña²⁰⁰ o por la actitud del progenitor que no dice relación con antecedentes que involucren personalmente a la alumna²⁰¹. Ejemplo de esto último sería el caso en que la C. de Apelaciones de Antofagasta declaró como arbitraria e ilegal la pretensión de condicionar la matrícula de un alumno mientras no se pagara una supuesta deuda, cuya existencia debía ser materia de discusión de un juicio de lato conocimiento²⁰².

Por último, en relación a la colisión entre derecho de propiedad y el derecho a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación la C. Suprema también ha señalado de forma explícita que hay conductas que no pueden ampararse bajo el derecho de propiedad por tener el carácter de arbitrarias. En sentencia de 18 de enero de 1999 establece respecto de ciertas excavaciones realizadas por una inmobiliaria y constructora que “si bien se encuentran dentro de sus propiedades, tal circunstancia no les otorga el derecho para mantenerlas expuestas al público, sin tomar los resguardos necesarios que prevengan de su existencia a la población (...) y así evitar accidentes; como tampoco el derecho de propiedad sobre el terreno en que se encuentran, faculta a sus dueños para no hacer nada por impedir que sean utilizados como depósitos de basura (...) incurriendo las recurridas, en consecuencia, en actos u omisiones arbitrarias”²⁰³. En este caso podemos apreciar con claridad como el tribunal recurre a la delimitación del contenido de las garantías invocadas para determinar la arbitrariedad o ilegalidad de la conducta impugnada.

b) Conclusiones

Volviendo a la hipótesis inicial, creemos no estar manipulando lo dicho por nuestros jueces al señalar que la declaración de ilegalidad o arbitrariedad de los actos de los recurridos equivale a la negación de un verdadero conflicto entre derechos fundamentales. En los casos mencionados, no existía un verdadero conflicto entre libertad de expresión y derecho a la imagen, toda vez que las actuaciones de los medios de comunicación, al ser arbitrarias o ilegales, no se encontraban amparadas por dicha libertad. Tampoco existía colisión de derechos constitucionales

¹⁹⁹ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de abril de 1997, Rol N° 1014-97, Lexis Nexis N° 14711, considerando 4° y 6°. Sentencia confirmada por la C. SUPREMA.

²⁰⁰ Cfr. C. SUPREMA, 8 de enero de 2001, Rol N° 4968-00, Lexis Nexis N° 18051, considerando 6°. En otro caso la C. Suprema rechazó el recurso por considerar que el menor no había transgredido la reglamentación interna del establecimiento. Véase C. SUPREMA, 21 de marzo de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 35-39.

²⁰¹ Cfr. C. SUPREMA, 16 de marzo de 2004, *GJ* N° 285, p. 78, considerando 2°.

²⁰² C. APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 14 de enero de 2003, Rol N° 15.731, Lexis Nexis N° 26325, considerandos 6°, 7° y 8°. Sentencia confirmada por la C. SUPREMA el 13 de febrero de 2003 (Rol N° 446-03)

²⁰³ C. SUPREMA, 18 de enero de 1999, *RDJ* t. 96, sec. 5ª, p. 22, considerando 2°.

de padres y colegios, ya que la libertad de enseñanza de los últimos no ampara la no renovación de la matrícula basada en desigualdades y arbitrariedades. Lo mismo ocurriría en las demás sentencias citadas en las cuales no estaríamos frente a verdaderos conflictos por no estar las conductas de los recurridos incluidas dentro de la libertad para organizar la empresa o el derecho a propiedad, respectivamente. Según las definiciones dadas de ilegalidad y arbitrariedad, hemos de aceptar en base al sentido común que conductas calificadas como tales no pueden ser manifestaciones del ejercicio de un verdadero derecho.

Como señala SIR PAUL VINOGRADOFF, no se debe al azar “el hecho de que en todos los idiomas europeos, con excepción del inglés, coincidan los términos que expresan las ideas del Derecho objetivo y subjetivo: *ius, Recht, droit, diritto, derecho, pravo*, significan todos ellos por una parte el orden jurídico, la norma jurídica en general, la noción de justicia, y por otra el derecho concreto esgrimido por un individuo frente a otro”²⁰⁴. Es en base a esta relación que el derecho subjetivo –en oposición al derecho objetivo, no en el sentido específico de derechos públicos subjetivos– puede ser definido como “el ámbito de acción asignado a una voluntad particular *dentro del orden social establecido por el Derecho*”²⁰⁵, siendo el objeto del Derecho “conseguir el orden social”²⁰⁶. Por tanto el derecho-facultad no puede desasociarse del orden jurídico. Si bien es cierto que los derechos humanos son preconstitucionales, ya que su existencia no procede del reconocimiento formal sino que ella deriva de la misma naturaleza humana, esto no significa que estén desligados del orden social ni de la justicia. Como señala FINNIS, el lenguaje moderno de los derechos es un instrumento que “proporciona una manera de hablar sobre ‘lo que es justo’ desde un ángulo especial: el punto de vista del ‘otro’ o los ‘otros’ a quienes algo (...) les es debido o adeudado, y a quienes se perjudicaría ilegítimamente si se les negara ese algo”²⁰⁷. Volviendo a lo señalado al comienzo de nuestra investigación, los derechos humanos no consisten en cualquier tipo de facultades e inmunidades, sino en aquellas inherentes a la naturaleza humana, que pertenecen a hombres y mujeres que viven en una sociedad determinada y que están, por tanto, unidos a ciertos deberes básicos.

Partiendo de esta base, una acción arbitraria –es decir, contraria a la justicia y a la razón, fundada en el mero capricho– es precisamente la antítesis de un derecho. Por una parte se opone a la racionalidad, una de las notas más características de nuestra naturaleza humana, donde tienen su fundamento los derechos fundamentales. Por otro lado, al ir en contra de la justicia –lo que es debido a otro– se pone al margen del ámbito social establecido por el Derecho, y por ende, queda fuera de la definición de derecho subjetivo. La arbitrariedad viola los principios

²⁰⁴ VINOGRADOFF, SIR PAUL, *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 3ª edic., México D.F., 1967, p. 20.

²⁰⁵ VINOGRADOFF, SIR PAUL, *ob.cit.*, p. 47. Las cursivas son nuestras.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 42.

²⁰⁷ FINNIS, JOHN, *ob. cit.*, p. 234. Además señala que “la gramática y el vocabulario moderno de los derechos son un instrumento multifacético para expresar y afirmar las exigencias u otras implicaciones de una relación de justicia *desde el punto de vista de la(s) persona(s) que se beneficia(n) de esa relación*” (*Ibidem*).

más básicos de la vida en sociedad, hábitat donde deben desarrollarse los derechos y cuyo coordinador es el Derecho mismo.

A su vez una acción ilegal –contraria a las normas jurídicas– tampoco puede considerarse incluida dentro del ejercicio de un derecho fundamental. El objeto de las normas jurídicas es dar reglas de conducta acerca de lo que se debe y lo que no se debe desde la óptica del Derecho. Si la finalidad de éste es conseguir el orden social, las normas indicaran lo que es correcto e incorrecto para alcanzar dicho orden. Por lo tanto, una acción contraria a las normas jurídicas impide la realización de ese orden social dentro del cual se desarrollan los derechos. Además, si uno de los objetivos de los ordenamientos jurídicos es precisamente la protección de los derechos humanos –en el supuesto que esta tutela sea efectiva– es contrario a toda lógica que tenga la calidad de derecho una conducta contraria precisamente al sistema que busca proteger dichas garantías.

En resumen, si tanto la ilegalidad como la arbitrariedad dicen relación con lo que es contrario a Derecho, las conductas ilegales o arbitrarias no pueden ser manifestaciones del ejercicio de verdaderos derechos. Tales conductas podrán a priori considerarse incluidas bajo el amparo de una determinada garantía constitucional, pero una vez que se ha constatado su ilegalidad o arbitrariedad, se les despoja de su camuflaje de derecho y se descubre su verdadera identidad. En este estado de cosas, en un litigio en que se contraponen derechos fundamentales, al declarar el juez que uno de los supuestos derechos corresponde a una acción ilegal o arbitraria, le está negando *ipso facto* su calidad de derecho. Así, niega a su vez la existencia de un conflicto real entre garantías constitucionales, habiendo resuelto el conflicto de pretensiones mediante la determinación del contenido efectivo de cada derecho.

2. EL LEGÍTIMO EJERCICIO DE LOS DERECHOS

De la lectura del art. 20 de la Constitución se deduce también que no cualquier ejercicio del derecho está protegido, sino únicamente el que sea ‘legítimo’. Continuando con el análisis de las exigencias del recurso de protección podemos concluir que, luego del examen sobre la arbitrariedad o ilegalidad del actuar del recurrido, corresponde analizar la legitimidad del ejercicio del derecho del recurrente.

La legitimidad dice relación con lo que es conforme a Derecho, a la juridicidad vigente, adecuado al ordenamiento, de manera que este ordenamiento pueda protegerlo, ampararlo y restablecerlo²⁰⁸. A simple vista podría pensarse que es posible distinguir entre el ejercicio legítimo e ilegítimo de un derecho. Sin embargo, nos parece que las nociones de ‘legítimo’ y ‘derecho’ son incompatibles entre sí. Si lo legítimo es precisamente lo que es conforme a Derecho, ¿cómo puede ejercerse

²⁰⁸ Cfr. SOTO KLOSS, EDUARDO, ob.cit., p. 97. A modo de ejemplo podemos citar lo dicho por la C. de Apelaciones de Concepción al respecto: “dicha norma (el art. 20) otorga el amparo constitucional cuando es afectado el ejercicio legítimo de determinados derechos, el que no puede existir respecto actuaciones ilícitas del recurrente, como lo es el incumplimiento de obligaciones contractuales” (C. DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 12 de noviembre de 2001, Rol N° 798-2001, Lexis Nexis N° 19309, considerando 6°).

un derecho de forma contraria a Derecho? Volvemos de la hipótesis planteada al principio del capítulo: si el recurrente no se encuentra en el legítimo ejercicio, tampoco tendrá la titularidad actual de un verdadero derecho. Por lo tanto, estaríamos frente a un conflicto simplemente de pretensiones que sería resuelto por el tribunal mediante la delimitación del contenido de cada derecho y posterior declaración de ilegitimidad –sinónimo de inexistencia– del ejercicio del derecho invocado.

Analizaremos a continuación algunas sentencias en se ha hecho referencia a la falta de ejercicio legítimo por una de las partes, para luego señalar algunas reflexiones en torno a la hipótesis planteada.

a) *Jurisprudencia*

El primer caso se trata del recurso presentado en contra de los canales de televisión que se negaron a transmitir los *spots* de la campaña de prevención del SIDA del Ministerio de Salud. En dicho caso los recurrentes interponen la acción de protección a favor de los jóvenes de Chile y de la población en general, expresando que la negativa de los canales a transmitir dichos cortometrajes publicitarios constituía un acto violatorio del derecho a la vida, a la salud y a la información. Por su parte, los canales recurridos invocan en su defensa la garantía de libertad de expresión, la autonomía de los grupos intermedios, la libertad de conciencia, la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica²⁰⁹.

La Corte, luego de hacer un análisis sobre la legitimación activa del recurso, se pronuncia sobre el contenido de las garantías invocadas por ambas partes. Respecto a la garantía del art. 19 N° 12 de la Constitución señala que a ninguna autoridad o particular le está permitido determinar los contenidos que deben transmitir los medios de comunicación social, sosteniendo que la libertad de expresión supone la elección, sin interferencia de nadie, de las noticias u opiniones que se difundan, en concordancia con la línea editorial del medio de comunicación en cuestión²¹⁰. Por su parte, el derecho a la información invocado por los recurrentes no está constituido por la obligación de informar, sino por la prohibición de interrumpir las comunicaciones entre el medio y el ciudadano²¹¹. Por último, en cuanto al derecho a la vida, no se constata una relación de causa a efecto entre la negativa de los canales y el posible resultado de muerte de la población²¹².

Basándose en estas consideraciones sobre el contenido de los derechos, el tribunal decreta la ausencia de actos u omisiones arbitrarios por parte de los canales de televisión, declarando expresamente que “su negativa es legal y legítima, constitucionalmente amparada”²¹³. Pero va más allá al señalar que “la pretensión

²⁰⁹ Otro caso que guarda algunas similitudes con el presente, pero en el que se invoca el derecho a la honra es el pronunciado en relación a la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”. Véase C. SUPREMA, 17 de junio de 1997, *GJ* N° 204, pp. 37-54.

²¹⁰ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 164-165, considerando 5°, letra a).

²¹¹ *Ibidem*, p. 165, considerando 5°, letra b).

²¹² *Ibidem*, p. 165, considerando 5°, letra c).

²¹³ *Ibidem*, p. 166, considerando 5°, letra f).

de los recurrentes atenta contra las garantías constitucionales que se han indicado y contra la que ampara la debida autonomía de los grupos intermedios (...) y la libertad de conciencia”²¹⁴. En nuestra opinión, el mencionado reproche al actuar de los recurrentes equivale a la declaración de que ellos no se encontraban en el ejercicio legítimo de su derecho. La conclusión se hace más patente al releer las consideraciones anteriores en que señalaba expresamente que el derecho a la información no amparaba la pretensión que ellos invocaban y que el derecho a la vida no podía verse efectivamente afectado por la conducta de la recurrida. Por lo tanto, si las garantías invocadas por los recurrentes no se encontraban presentes y además su conducta implicaba la vulneración de derechos constitucionales de los canales de Televisión, es posible concluir que su pretensión se encontraba al margen de la juridicidad vigente, por ende, fuera del ejercicio legítimo de su derecho. Podemos constatar como la falta de legitimidad de la actuación coincide con la ausencia de titularidad actual de las garantías invocadas, resolviéndose la aparente pugna mediante la delimitación del contenido de los derechos y posterior declaración de inexistencia de colisiones.

En relación a los casos de conflictos entre la libertad de enseñanza, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad al menos en dos se ha hecho referencia expresa a la falta de ejercicio legítimo por una de las partes.

La C. de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia del 10 de junio de 1999 rechazó el recurso de protección que buscaba impugnar la expulsión y cancelación de la matrícula de un alumno, señalando que la acción del director del liceo en cuestión no podía ser considerada ilegal ni arbitraria. La decisión del tribunal se fundó en que la conducta del recurrente, por la cual se le expulsaba del establecimiento educacional, estaba claramente tipificada en el reglamento interno del liceo y sancionada con la cancelación de la matrícula²¹⁵. Pero lo más relevante para nosotros es lo que señala respecto de la propiedad del derecho a la educación. Establece la Corte en el considerando 5° que la infracción a este derecho “tampoco resulta acreditada, por cuanto para que la misma pueda ser objeto de protección se requiere un ejercicio legítimo de éste, que no se da en la especie, en razón de que ha sido el propio recurrente quien se ha colocado en situación antirreglamentaria con respecto al uso de su derecho”.

Pero el caso en que los tribunales se han pronunciado tal vez con más claridad respecto del tema en mucho más reciente. En sentencia del 22 de agosto de 2007 la C. de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de protección presentada por los apoderados de los líderes de la toma del colegio “Anexo Benjamín Vicuña Mackenna”. Los recurrentes alegaban que sus hijos habían sido expulsados del colegio de manera arbitraria, siendo juzgados por comisiones especiales, reprimiendo su libertad de expresión y afectando su derecho de propiedad sobre la matrícula y calidad de estudiantes. La Corte fundó su resolución precisamente en la ausencia de un ejercicio legítimo de los derechos invocados. Señala en el considerando 2° “que (...) es de la esencia de esta acción constitucional que para que proceda es

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 10 de junio de 1999, Rol N° 2.262, Lexis Nexis N° 16502, considerando 3° y 7°.

indispensable no solamente que exista un acto u omisión ilegal o arbitrario que prive, perturbe o amenace una o más de las garantías constitucionales del recurrente protegidas por esta acción, sino *también que dichas perturbaciones afectan el ejercicio legítimo, por su parte, de las garantías constitucionales que alega conculcadas*, presupuesto que en la especie no se da por cuanto (...) aparece que un grupo de alumnos (...) liderados por los recurrentes (...) decidieron y materializaron una ‘toma’ del establecimiento educacional al que pertenecían, poniéndose voluntariamente al margen de la Ley y de los Reglamentos por los que se rige el colegio”²¹⁶.

Sin embargo, el tribunal va más allá. No sólo se limita a reconocer que no hubo un acto ilegal o arbitrario por parte de los recurridos y que los recurrentes no se encontraban en el ejercicio legítimo de su derecho, sino que señala además que el actuar de estos últimos adolecía de ilegalidad y arbitrariedad²¹⁷. En otras palabras, advierte a los recurrentes que si se hubiere ejercido la acción de protección contra ellos, no habrían salido victoriosos.

b) Conclusiones

Según podemos concluir de lo establecido por los jueces en los casos citados, los recurrentes no se encontraban en el ejercicio legítimo de su derecho por haberse puesto voluntariamente en situaciones contrarias a las leyes y a los reglamentos internos respectivos. En consecuencia, su actuar no podía estar amparado por el ordenamiento jurídico, ya que en realidad sólo ejercían aparentemente el derecho que invocaban. La C. de Apelaciones de Santiago sostiene esta postura al decir que “indudablemente los alumnos no estaban ejerciendo legítimamente ningún derecho protegido por esta acción constitucional, lo que hace absolutamente inviable el presente recurso”²¹⁸. Por lo tanto, el conflicto se resuelve una vez más determinando la falta de titularidad actual de los derechos invocados, negando así la existencia de un verdadero conflicto de garantías constitucionales.

Se estaría, como sosteníamos, frente a un aparente ejercicio del derecho. Se trataría de una conducta que es posible subsumir dentro del precepto que consagra la respectiva garantía constitucional –por ejemplo, “la libertad de emitir opinión y la de informar”– pero que no constituye un verdadero ejercicio de dicha libertad²¹⁹. Este es el criterio seguido por la C. Suprema cuando hace considera-

²¹⁶ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de agosto de 2007, Rol N° 2955-2007, Lexis Nexis N° 37086, considerando 2°. Las cursivas son nuestras.

²¹⁷ En el considerando 3° señala que habrían incurrido en una ilegalidad “pues no existe texto legal ni doctrina alguna que legitime una ‘toma’”. En el mismo considerando establece que su actuación también habría sido arbitraria ya que “no fue provocada por cargos o quejas que los afectados tuvieran contra los recurridos sino que se fundamentó en elementos por completo ajenos a la voluntad de éstos como eran la existencia de trabajos pendientes de la construcción del edificio y el hecho que las autoridades nacionales no hayan dado completa satisfacción al ‘Acuerdo Nacional’”.

²¹⁸ *Ibidem*, considerando 6°. Se echan de menos consideraciones de este tipo en sentencias anteriores sobre ‘tomas’ universitarias. Al respecto véase C. SUPREMA, 6 de julio de 1988, Rol N° 12.743, Lexis Nexis N° 10519.

²¹⁹ Hay autores que sostienen que sí es posible distinguir entre ejercicio legítimo e ilegítimo. GUZMÁN BRITO sostiene que en la acción de protección examina si la modificación a las situa-

ciones del siguiente tipo: “el entrevistador hace un uso abusivo del derecho de informar que garantiza el art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, pues vierte (...) afirmaciones, evaluaciones personales de él, de índole subjetivas y lo que es peor, hace valer supuestos antecedentes probatorios en contra del inculgado entrevistado, que no constan del proceso penal respectivo, con el propósito de obtener inequívoco de obtener una confesión de su culpabilidad”²²⁰. Ya señalábamos dentro de las críticas a la ponderación que no hay que identificar los derechos con las normas que los regulan, porque éstas son especialmente genéricas y, por lo tanto, insuficientes por sí mismas para determinar el alcance de un derecho en un caso concreto. Cómo se deducía al hablar del proceso de delimitación del contenido esencial, el análisis del precepto que lo garantiza es sólo un primer paso, pero no hay que desatender otros aspectos como los deberes, finalidad y bienes protegidos para determinar la presencia del derecho en el caso concreto.

Ocurre aquí algo semejante a la teoría del ‘abuso del derecho’, ampliamente desarrollada en el ámbito del derecho privado, pero también aplicable a los derechos fundamentales²²¹. El ‘abuso del derecho’ consistiría en “un acto u omisión que se cubre con una apariencia jurídica, sea porque se invoca un derecho (que sólo se tiene aparentemente), sea porque se ejerce un derecho (que efectivamente se tiene) obteniendo de él un beneficio que no corresponde a su titular, sea porque se reclama una posición que no está legitimada jurídicamente”²²². Pero el término ‘abuso’ ya nos indica que estamos frente a algo ilícito. Como sostiene RODRÍGUEZ, “el que abusa del derecho invoca una facultad aparente, encubierta, que el orden jurídico no le confiere, pero que él, de buena o mala fe, reclama como propia”²²³. Señala más adelante en su obra relativa al tema que “no se abusa del derecho, sino de una apariencia, de un espejismo, de una sombra que no corresponde a una realidad concreta (...) Afirmar que puede ‘abusarse’ de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe”²²⁴. Esta misma contradicción se produciría al hablar de *ejercicio ilegítimo*: un ejercicio de tales características sólo puede producirse en un ámbito en que no hay un verdadero derecho.

Como sosteníamos en el apartado anterior, el derecho-facultad protege el ámbito de actuación del individuo *dentro del orden social establecido por el Derecho*. Por ende, la actuación no legítima –no conforme a la juridicidad vigente– queda ex-

ciones garantizadas en los respectivos textos constitucionales es legítima o no, a diferencia de las acciones del derecho privado, en las que no se examina la legitimidad o ilegitimidad, sino la existencia o no de un determinado derecho. (Cfr. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, “La Naturaleza de las Garantías Constitucionales de la Persona examinada a través de su Protección Judicial” en *RDJ* t. 85, n°2, 1988, pp. 107-108). Nosotros sostenemos, en cambio, que el ejercicio ilegítimo coincide con la inexistencia o falta de titularidad del derecho.

²²⁰ C. SUPREMA, 26 de noviembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 247, considerando 3°.

²²¹ Sobre la aplicación de la teoría del abuso del derecho respecto de los derechos fundamentales véase ATIENZA, M., y UGARTE, L., *Ilícitos atípicos*, Edit. Trotta, 2ª edic., Madrid, 2006, pp. 62-66.

²²² RODRÍGUEZ, PABLO, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 46-47.

²²³ *Ibidem*, p. 47.

²²⁴ *Ibidem*, p. 138.

cluida de este orden establecido por el Derecho y, por tanto, fuera del ámbito del derecho subjetivo. Apliquemos esto al recurso de protección. El juez que en un caso de colisión rechaza la pretensión de quien lleva a cabo una conducta *a priori* protegida por una garantía, pero que se ejerce de forma antijurídica, está sosteniendo –aunque no lo haga en términos explícitos– que el conflicto era sólo aparente. No habría un choque entre dos derechos, sino entre pretensiones que tienen apariencia de ellos, siendo tarea del juez el determinar cuál está amparada realmente y cuál camuflada. Por lo tanto, el examen de legitimidad o ilegitimidad corresponde a un análisis de la titularidad o falta de titularidad del respectivo derecho²²⁵, al igual como ocurría con el estudio sobre la legalidad o arbitrariedad del actuar de una de las partes.

Estamos por lo tanto, nuevamente, frente a un tema conceptual. Si entendemos los derechos humanos como facultades absolutas, es inevitable recurrir a términos tales como ‘ejercicio ilegítimo’ y ‘abuso del derecho’ para fundamentar las limitaciones exigidas por la convivencia social, sin abdicar de su concepto liberal. Sin embargo, desde la perspectiva a la que hemos adherido, los derechos fundamentales reconocen en sí mismos obligaciones y límites, por lo que un ‘ejercicio ilegítimo’ significa simplemente que la conducta queda fuera del contenido del derecho.

Se trata, por tanto, de un tema lingüístico y de interpretación. Recordemos como al analizar qué se entendía por ‘contenido esencial’ llegamos a la conclusión que se refería al contenido mismo del derecho, sin distinguir entre un núcleo duro y aspectos accidentales. Aquí ocurre algo semejante. El ‘ejercicio legítimo del derecho’ vendría a ser el ejercicio sin más del derecho realmente presente. ¿Estamos proponiendo con esto una reforma a las disposiciones constitucionales mencionadas? De ningún modo. Los problemas de lenguaje –dentro de ciertos límites– creemos que pueden solucionarse de forma satisfactoria mediante una correcta interpretación, pero para ello es indispensable recurrir a la naturaleza de los conceptos estudiados, evitando un análisis meramente formal o exegético.

En conclusión, si el legítimo ejercicio de un derecho se refiere a lo que es conforme a la juridicidad vigente y adecuado al ordenamiento, el ejercicio ilegítimo corresponde a lo que es contrario a Derecho. Por lo tanto, éste último no puede tener la calidad de derecho ni puede el ordenamiento protegerlo, ampararlo y restablecerlo. Al igual que las conductas ilegales o arbitrarias, lo conocido como ‘ejercicio no legítimo de un derecho’ podría considerarse *a priori* incluido bajo el

²²⁵ ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, con relación al titular de la acción de protección, sostiene que puede intentarla todo ente, individual o colectivo, que tenga o crea tener un derecho porque, allá se verá, en la práctica del recurso, si tiene o no el derecho. (Cfr. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 215, p. 7.) Esto refuerza nuestra opinión respecto a que el juez frente a un recurso de protección no puede aceptar *a priori* que las partes son titulares de los derechos que enarbolan, sino que debe examinar la existencia de los respectivos derechos. En el mismo sentido han señalado los jueces que “no es titular de la acción (de protección) quien no se encuentra acualmente en el ejercicio de un derecho cuyo goce y materialización han sido garantizados por el constituyente” (C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de octubre de 2003, Rol N° 3725-2003, Lexis Nexis N° 28972, considerando 2°).

amparo de una determinada garantía constitucional, pero una vez que se ha constatado su disconformidad con la justicia y el ordenamiento, se le quita su apellido de derecho. Así podemos nuevamente establecer que, en un litigio en que se contraponen derechos fundamentales, al declarar el juez que uno de los supuestos derechos se está ejerciendo de forma ‘no legítima’, le está negando su calidad de derecho. De esta manera rechazan a su vez la existencia de un conflicto real entre garantías constitucionales, habiendo resuelto el conflicto de pretensiones mediante la determinación del contenido efectivo de cada derecho.

II. SI NO HAY UNA ACCIÓN ARBITRARIA O ILEGAL

Siguiendo con el estudio en torno a los requisitos de la legitimación activa del recurso de protección nos queda todavía una situación por analizar. Hemos sostenido que, tanto si el recurrido ha incurrido en un actuar arbitrario o ilegal, como si el recurrente no se halla en el legítimo ejercicio, es posible afirmar que nos encontramos frente a un conflicto de pretensiones, no de derechos.

Sin embargo, muchos otros recursos de protección en materia de conflictos son rechazados por los tribunales por no aprobar el primer examen –la constatación de una acción u omisión arbitraria o ilegal– sin que haya un pronunciamiento sobre el legítimo ejercicio del derecho por parte del recurrente. ¿Podemos afirmar que en estos casos también estamos frente a aparentes conflictos entre derechos? ¿Basta comprobar que no hay un actuar arbitrario o ilegal de una de las partes para afirmar que la contraparte no posee el derecho que invoca?

Desde los postulados del conflictivismo se podría afirmar exactamente lo contrario: al negar la afectación del derecho del recurrente por un actuar ilegal o arbitrario, nos hallamos frente a una colisión entre derechos del recurrente y recurrido que es necesario solucionar mediante la jerarquización o el *balancing test*.

Pero como señalábamos al comienzo del presente capítulo, puede constatarse que los casos en que se han aplicado los métodos conflictivistas son pocos dentro del universo de litigios en que se enarbolan las garantías constitucionales en nuestros tribunales. ¿Qué ocurre en los otros juicios? ¿El recurrente es postergado en su derecho sin ni siquiera una fundamentación basada en la ponderación de intereses? Nos parece que los jueces no han caído en tal arbitrariedad sino que más bien, al pronunciarse sobre la no existencia de un actuar ilegal o arbitrario, se han referido además al contenido de cada uno de los derechos en disputa. De esta forma, aunque tal vez de forma menos clara que la deseable, han establecido o la inexistencia del derecho de la recurrente, o bien, una posible armonización entre ambos derechos que coexisten, pero no de la forma absoluta planteada por las partes.

Para avalar nuestra hipótesis una vez más analizaremos algunos recursos de protección en materia de conflictos agrupados por materias para determinar como nuestros tribunales han determinado el contenido de los derechos y realizado una armonización de ellos.

I. JURISPRUDENCIA

a) *Libertad de expresión*

La variedad de sentencias en que se ve involucrada la libertad de expresión nos permitirá extraer conclusiones respecto al tratamiento de los conflictos en que se ha visto involucrada.

Un primer caso, en relación con el derecho a la honra, es el de “Cavieres Logan con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile Canal 13”. En dicha ocasión el señor Cavieres presentó un recurso de protección en contra de dicha corporación por la transmisión en dos programas del respectivo canal, de imágenes suyas en que se le asociaba a la calidad de víctima de maltrato intrafamiliar. La C. Suprema revocó la sentencia de primera instancia, señalando que la difusión de tales imágenes no constituía un actuar ilegal, ya que la ley no prohíbe la exhibición televisiva de imágenes que tengan por finalidad ilustrar un programa “especialmente si se trata de hechos pasados y teniendo en cuenta que el propio recurrente, en su momento, permitió la filmación, divulgando el hecho de que se sintió afectado”²²⁶ ni habría arbitrariedad, pues la exhibición se hizo con la finalidad de “ilustrar un programa sobre violencia intrafamiliar del canal recurrido y no para perjudicar al recurrente”²²⁷. De esta manera los jueces no estarían resolviendo sin más a favor de la libertad de expresión, sino estableciendo que la honra no se podía ver realmente afectada si el propio titular de ella había permitido la filmación de las imágenes, por lo tanto ese derecho no estaría realmente en disputa con la libertad referida²²⁸.

Tal vez la sentencia más interesante para estos efectos –ya analizada al referirnos al contenido esencial de los derechos– es la pronunciada en “Cuevas Arriagada con Televisión Nacional de Chile y otros”. En dicho pleito todas las partes creían estar frente a una colisión entre la libertad de información y el derecho a la honra, sosteniendo expresamente que tanto uno como el otro derecho tenían mayor preeminencia y debían, por lo tanto, predominar sobre su contrario²²⁹. Como decíamos la Corte no se inclinó por la jerarquización o la ponderación, sino por la delimitación del contenido de cada derecho. En los considerandos 4° a 6° el tribunal va señalando pautas sobre qué debe entenderse protegido por el derecho al honor, la libertad de información y el derecho a la intimidad. De esta manera

²²⁶ C. SUPREMA, 15 de enero de 2002, Rol N° 4706-2001, Lexis Nexis N° 19297, considerando 5°.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ En otro caso en que se contraponían el derecho a la honra específicamente con la libertad de información, los tribunales volvieron a negar la afectación de la primera. La C. de Apelaciones de Puerto Montt señaló que “la publicación cuestionada por la cual se ha interpuesto el recurso de protección, no ha vulnerado ninguna garantía de las protegidas en el art. 20 de la Constitución Política de la República, no revistiendo ni carácter de ilegal ni de arbitraria”. (C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 24 de noviembre de 2005, Rol N° 254-2005, Lexis Nexis N° 33899, considerando 10°. Sentencia confirmada por la C. Suprema).

²²⁹ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de septiembre de 2003, *Revista Fallos del Mes* N° 515, p. 2796, considerando 2°. En la mayoría de los casos analizados no se contraponen las garantías de forma tan expresa por las partes, siendo el recurrente el que invoca los derechos conculcados y defendiéndose el recurrido mediante alegaciones en las que distinguimos, aunque no lo señale expresamente, la invocación a una garantía constitucional.

establece que para encontrarnos frente a una violación del derecho al honor se exige “que se impute a una persona una falsedad que desvirtúe algún rasgo de su personalidad que ella desea conservar”²³⁰. En consecuencia, al comprobar el tribunal que el contenido del programa coincidía con la verdad que emanaba del respectivo expediente criminal, la Corte señaló en el considerando 8° que “no estando afectado el honor del abogado fallecido (...) ni el de su cónyuge e hijos (...) no existe en el caso *sub-lite* pugna o colisión alguna de derechos fundamentales que esta Corte deba resolver”. Agrega además a continuación en el mismo considerando que “tampoco es posible imputar ilegalidad o arbitrariedad a los recurridos, los que al reproducir con exactitud los hechos, han utilizado debidamente la facultad de informar”. En conclusión, luego de la delimitación del contenido de cada derecho, se niega la existencia del conflicto, resolviendo el litigio en cuestión a favor de la parte que sí se encontraba en el verdadero ejercicio de su derecho.

Otro derecho con el que se ha confrontado la libertad de expresión es el derecho a la imagen. En sentencia de 26 de enero de 2000 la C. de Apelaciones de Santiago se rechazó el recurso interpuesto ya que para que se afecte el derecho a la imagen es indispensable que la figura utilizada sea reconocible y permita la identificación indubitada, lo que no ocurría en la publicación impugnada²³¹.

Es conveniente también volver a mencionar el caso “Donoso Arteaga con Revista Caras”, en que se planteaba el conflicto entre libertad de información e intimidad. En tal ocasión la C. Suprema rechazó el carácter de ilegal o arbitrario de la investigación periodística. En el considerando 3° niega el carácter de amenaza al derecho a la intimidad señalando que “no surge la necesaria vinculación causal entre las maniobras incipientes descritas y ese acto aleatorio sujeto a reproche, de suerte tal *que se amague en algún grado*, a título siquiera de amenaza (...) el bien jurídico constitucionalmente protegido cuyo resguardo se reclama”²³². Por lo tanto, en opinión del tribunal, además de considerar que la actividad de los periodistas se enmarcaba dentro de los límites de la libertad de información, dicho actuar no lesionaba –de forma actual o inminente al menos– el otro derecho supuestamente en conflicto. En otro caso en que la libertad de expresión se presentaba en pugna con la intimidad la C. de Apelaciones de Santiago señaló que no habría vulneración de la privacidad respecto de información que es de conocimiento público, analizando qué debía entenderse por intimidad y cómo podía conciliarse ésta con la libertad de expresión²³³.

Luego del análisis de estas sentencias es posible constatar que los jueces –con mayor o menor fundamentación– además de rechazar el recurso por no encontrarse frente a una acción arbitraria o ilegal, han determinado qué conductas pueden considerarse como incluidas en el ejercicio de los derechos involucrados. De

²³⁰ *Ibidem* considerando 7° en relación con el 4°.

²³¹ C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de enero de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 39, considerando 4°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 16 de febrero de 2000 (Rol N° 469-00).

²³² C. SUPREMA, 3 de noviembre de 1998, *GJ* N° 221, p. 36, considerando 3°. Las cursivas son nuestras.

²³³ Cfr. C. APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de octubre de 2000, Rol N° 3404-00, Lexis Nexis N° 18113 considerandos 1° y 2°.

esta manera, junto con establecer que el actuar de los recurridos se enmarca dentro de una garantía constitucional, señalan que la pretensión de los recurrentes se halla fuera del ámbito del derecho invocado (honra, intimidación y derecho a la imagen en estos casos). Así, se resuelven los conflictos mediante la delimitación del contenido de los derechos y constatación de la inexistencia de una verdadera colisión por la demostrarse la ausencia de uno de los supuestos derechos en pugna.

b) *Intimidación en relación a otras garantías*

Al revisar la jurisprudencia nos percatamos que los derechos que pueden verse confrontados son muchos más que los típicamente desarrollados por la doctrina.

Un ejemplo de ello son los casos –ya mencionados en este trabajo– planteados en relación a la instalación de cámaras de control en recintos laborales. En dichos litigios se han confrontado el derecho a la intimidad de los trabajadores con la libertad de desarrollar cualquier actividad económica y las facultades de administración del empleador.

La C. Suprema ha sostenido que dentro del recinto laboral los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad. Ello puede ser compatibilizado con la existencia de sistemas de vigilancia y de protección en el lugar de trabajo, pero éstos no deben estar desviados de los fines que justifican su instalación. Por lo tanto, su utilización sin ajustarse a la normativa vigente y con el objeto de hacer un seguimiento a los trabajadores, constituye una actuación ilegal y vulnera la vida privada de los trabajadores²³⁴. La Corte de Apelaciones de Temuco, a su vez, sostuvo que las multas aplicadas a los empleadores habían sido impuestas porque la instalación de cámaras de video y audio en los microbuses de su propiedad con el fin de controlar a los trabajadores afectaba la honra e intimidad de estos, lo que constituía un control ilícito²³⁵.

Queremos resaltar que en las citadas sentencias los tribunales no fallaron desde una perspectiva conflictivista, según la cual uno de los dos derechos debe primar postergando completamente al otro. Tanto la C. Suprema como la C. de Apelaciones de Temuco señalan la posibilidad de armonizar ambas garantías. Por ejemplo, si los sistemas de vigilancia se ajustan a ciertas condiciones tales como su incorporación en el reglamento de la empresa; si cumplen con los fines de protección del establecimiento, de las instalaciones y de las personas que laboran en ella o de los pasajeros en caso de los buses y si las cámaras están acondicionadas para grabar en forma panorámica de modo de ser adecuadas para cumplir con los fines antedichos²³⁶.

²³⁴ C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, p. 387, considerandos 11° y 12°.

²³⁵ C. APELACIONES DE TEMUCO, 2 de agosto de 2005, Rol N° 1398-2005, Lexis Nexis N° 32562, considerando 2°.

²³⁶ Cfr. C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, pp. 386-387, considerandos 3°, 6°, 11° y C. APELACIONES DE TEMUCO, 2 de agosto de 2005, Rol N° 1398-2005, Lexis Nexis N° 32562, considerando 2°.

²³⁷ C. APELACIONES DE SANTIAGO, 16 de enero de 2003, Rol N° 6246-2003, Lexis Nexis N° 26315, considerando 6°. La sentencia fue confirmada por la C. Suprema el 13 de febrero de 2003 (Rol 526-2003).

Siguiendo este mismo razonamiento la C. de Apelaciones de Santiago desestimó un recurso de protección interpuesto por los trabajadores, por considerar que las medidas adoptadas por la empresa recurrida eran justificadas y legítimas ya que tenían en cuenta la protección de los trabajadores, de los posibles terceros y la seguridad de los bienes destinados a la actividad productiva “de manera que en ningún caso, puede perturbar o amenazar los derechos o garantías constitucionales que la recurrente estima conculcados”²³⁷. Nuevamente observamos que el tribunal, al fallar, no posterga los derechos de una de las partes, sino que declara que no se ven afectados, o dicho de otro modo, que sus pretensiones no estaban incluidas dentro del ámbito de protección del derecho invocado. Una vez más se resuelve el litigio constatando la inexistencia de una verdadera colisión mediante la vía de la delimitación del contenido de los derechos.

Pero el derecho a la intimidad se ha visto confrontado con más derechos aún, como por ejemplo, el derecho de propiedad. En sentencia de 11 de diciembre de 2002 la C. de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que la construcción de un condominio que cumplía con las exigencias legales en materia de construcción de inmuebles no constituía un acto ilegal o arbitrario que significara privación, perturbación o amenaza al derecho a la intimidad, integridad psíquica y a la propiedad de los vecinos²³⁸. El derecho a la intimidad no se ve, por lo tanto, afectado. De esta manera el supuesto conflicto entre el derecho de propiedad de la inmobiliaria y la intimidad de los vecinos se armoniza mediante la adopción de medidas establecidas en las normas legales y reglamentarias aplicables a la materia, como efectivamente se habían cumplido en el caso²³⁹.

c) *Libertad de enseñanza*

Otro conjunto de fallos de gran utilidad para ilustrar la hipótesis planteada son los recursos en que se ha planteado la pugna de diferentes derechos con la libertad de enseñanza. Como indicábamos al hablar sobre los límites a los derechos, nuestros tribunales han resuelto dichos conflictos, no desde una perspectiva conflictivista, sino delimitando el contenido real de la garantía del art. 19 N° 11 de la Constitución y los otros derechos confrontados. Sin temor a ser reiterativos, analizaremos nuevamente algunos de estos casos.

Como señalábamos en su oportunidad, el art. 19 N° 11 de la Constitución establece que “la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. En el inciso cuarto se reconoce además que “los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”. Basándose en esta disposición, los

²³⁸ Cfr. C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 8 de noviembre de 2002, Rol N° 61-2002, Lexis Nexis N° 29415, considerando 6°. Fue confirmada por la C. Suprema el 11 de diciembre de 2002 (Rol 4702-2002).

²³⁹ Como se cita en el considerando 5°, el informe de la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Papudo, señala “que las condiciones mínimas de asoleamiento y privacidad tanto a los habitantes de propiedades vecinas, como a sus propios ocupantes, las edificaciones y sus salientes no podrán sobrepasar en ningún punto la superficie de rasante ni ubicarse a menos distancia de los deslindes que las que se indican...”

apoderados de alumnos a quienes no se les ha renovado la matrícula escolar han recurrido de protección, alegando una lesión a los derechos de igualdad ante la ley y la libertad de enseñanza.

Aparte de algunos pocos casos –citados en la primera sección de este capítulo– en que los tribunales han determinado la presencia de una acción arbitraria o ilegal en las resoluciones de los colegios, la jurisprudencia generalmente ha establecido que el rechazo a la renovación de la matrícula basada en infracciones a los reglamentos internos no puede calificarse de arbitraria o ilegal. Los fundamentos han sido básicamente los mismos: “no es contrario a la justicia, a la razón o a las leyes y no es un acto dictado por la voluntad o capricho del Colegio (...), sino que obedece a una normativa en vigencia a que deben someterse todos los alumnos”²⁴⁰; “no obraron en forma caprichosa (...) siguiendo las pautas de su reglamento de disciplina interno que también es conocido y aceptado por su apoderado y fundamentado en el derecho de libertad de enseñanza que reconoce a los establecimientos educacionales el art. 19 N° 11 de la Constitución”²⁴¹.

Pero los tribunales no se limitaron a reconocer la ausencia de arbitrariedad o ilegalidad de los recurridos, sino que se pronunciaron sobre el contenido de los distintos derechos invocados.

Respecto de la *libertad de enseñanza* los tribunales han indicado diferentes pautas, además de reiterar las establecidas en el art. 19 N° 11 de la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. De esta manera se ha señalado que dicha libertad “no se refiere sólo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende”; que en virtud de este derecho “pueden los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, las que se encuentran inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos” y que dicha pluralidad de visiones es “esencial para que los padres de familia puedan ejercer realmente su ‘derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos’”²⁴².

En otra ocasión también se indicó que la libertad de enseñanza “está establecida precisamente para favorecer al Colegio en cuanto pueda proceder a organizar y mantener establecimientos, que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden

²⁴⁰ C. APELACIONES DE TEMUCO, 30 de abril de 1990, Rol N° 103-1990, Lexis Nexis N° 29346, considerando 4°.

²⁴¹ C. SUPREMA, 17 de abril de 2000, *GJ* N° 238, p. 42. En el mismo sentido véase C. SUPREMA, 14 de octubre de 1993, Rol N° 21854, Lexis Nexis N° 12585; C. SUPREMA, 17 de febrero de 1998, Rol N° 4449-97, Lexis Nexis N° 15028; SUPREMA, 18 de febrero de 1998, *GJ*, N° 212, pp. 123-125; C. SUPREMA, 30 de septiembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 214-215. C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, p. 47, considerando 9°. Respecto a los establecimientos de educación superior también se ha aceptado que no hay acción ilegal o arbitraria toda vez que se siguen los reglamentos internos aceptados por los apoderados y alumnos. Al respecto véase C. SUPREMA, 30 de noviembre de 2005, *RDJ*, t. 102, sec. 5ª, pp. 1123-1128.

²⁴² C. SUPREMA, 30 de septiembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 214-215, considerandos 9°, 12° y 13°.

público”²⁴³. En concordancia con lo expuesto se señala que “el derecho de los padres a elegir el establecimiento para la educación de sus hijos no se opone a que el centro educacional de que se trate procure sus propias normas internas y defina su proyecto educativo, los cuales pasan a ser obligatorios para quienes opten por ingresar al mismo”, por lo que el derecho de los padres no resultaba vulnerado, “pues el ejercicio de tal derecho significa que son aquéllos quienes escogen, con libertad, pero dentro de las limitantes que cada entidad, de acuerdo con la Constitución y las leyes, impongan”²⁴⁴. También ha establecido la C. Suprema que la libertad de los padres para elegir un determinado establecimiento educacional para sus hijos, no implica que dicho establecimiento tenga la obligación de recibirlos, ni tampoco de mantenerlos en él²⁴⁵.

En relación al *derecho de propiedad sobre la matrícula* se ha indicado que no existe sobre ella una especie de propiedad incorporal, sino que “sólo se tiene una mera expectativa de continuar como alumno de un Colegio en cuanto se observen los reglamentos, normas y demás disposiciones que éste se dé”²⁴⁶. En tanto que refiriéndose a la *igualdad ante la ley* se estableció que “corresponde al establecimiento educacional regular un régimen interno aplicable en un ámbito de igualdad para todos los educandos, que es conocido y aceptado por los apoderados de antemano”²⁴⁷. No habría tampoco atentado contra dicha igualdad cuando se niega la matrícula, no por circunstancias personales del todo ajenas a los objetivos del sistema educacional, como sí ocurriría si se le negara por razones religiosas, raciales, de nacionalidad u otras similares, sino en base a antecedentes ciertos y concretos relacionados con la conducta previa del alumno²⁴⁸ o se aplican las sanciones establecidas en los reglamentos a otros alumnos que incurren en las actuaciones sancionadas²⁴⁹.

En conclusión, la colisión entre el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y la libertad de dichos establecimiento para organizarse y mantenerse es resuelta mediante la delimitación del contenido de cada uno de los aspectos de la garantía del art. 19 N° 11. La C. Suprema ha establecido que la libertad de elección *no comprende* la facultad de obligar al colegio a matricular a su hijo, desechando por lo tanto la existencia de un verdadero conflicto entre derechos de padres y colegios, fallando a favor de quien sí se encontraba en el ejercicio de su derecho constitucional.

²⁴³ C. APELACIONES DE TEMUCO, 1° de octubre de 1993, Rol N° 540-93, Lexis Nexis N° 12585, considerando 6°.

²⁴⁴ C. APELACIONES DE LA SERENA, 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, Lexis Nexis N° 15000, considerando 3° y 5°. Sentencia confirmada por la C. Suprema el 18 de febrero de 1998 (Rol N° 108-98).

²⁴⁵ C. SUPREMA, 8 de abril de 2003, *Revista Fallos del Mes* N° 509, p. 450, considerando 11°.

²⁴⁶ *Ibidem*, C. APELACIONES DE TEMUCO, 1° de octubre de 1993, Rol N° 540-93, Lexis Nexis N° 12585, considerando 6°.

²⁴⁷ C. APELACIONES DE LA SERENA, 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, Lexis Nexis N° 15000, considerando 3°.

²⁴⁸ Cfr. C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 193.

²⁴⁹ Cfr. C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, p. 47, considerando 6°.

d) *Propiedad e integridad física y síquica. Un caso de armonización*

Por último queremos citar un recurso de protección en que los jueces, sin pronunciarse sobre la inexistencia de uno de los derechos de las partes involucradas, llegan a solución del caso armonizando los derechos en juego.

En el caso “Paredes Hoffmann, con Escuela N° 2, República Argentina, de Puerto Montt” el recurrente alegaba que su derecho a la vida y a la integridad física y síquica se veía amenazado por el excesivo ruido proveniente del gimnasio de la escuela recurrida, colindante a su casa habitación. El mayor problema era que dichas molestias se extendían más allá de la medianoche, durante todo el año, incluyendo fines de semana y vacaciones. La C. de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso “sólo en cuanto se ordena a la recurrida no extender sus actividades más allá de las 22:00 horas, relativas a actos sociales, bailes y actividades gimnásticas que produzcan ruidos molestos (...) las que significan un detrimento en la calidad de vida física y psíquica del recurrente”²⁵⁰.

Según este razonamiento, los jueces no hacen prevalecer la integridad física y síquica de forma absoluta sobre el derecho de dominio de la escuela, que incluye la facultad de usar de las instalaciones de su propiedad. Tampoco hacen un balanceo entre qué derecho tiene mayor peso bajo las circunstancias concretas. En cambio, se parte de la base que ambos son delimitables y pueden ser armonizados para hacer posible la convivencia de sus titulares. Así, la sentencia establece un límite a las actividades de la escuela, pero no las prohíbe completamente, lo que habría significado un desconocimiento de su derecho de propiedad. Tampoco se le ‘solicita’ a la integridad física y síquica que ‘ceda parte de su territorio’, sino que se señala que los ruidos sólo constituían una lesión a dicha integridad por afectar las horas de sueño del recurrente, por lo que las actividades desarrolladas durante el día no constituirían una afectación de la garantía del art. 19 N° 1.

Desde la perspectiva a que adherimos esta medida de armonización no responde a la imposición de unos límites externos que restringen facultades absolutas. Por el contrario, corresponderían a los límites que indican el verdadero contenido del derecho, señalando qué facultades se encuentran amparadas por ese derecho y cuáles constituyen un ejercicio abusivo de él, es decir, exceden de sus contornos naturales.

2. CONCLUSIONES

Luego del análisis jurisprudencial realizado en este capítulo podemos llegar a alentadoras conclusiones. Los términos en que está redactado el art. 20 de la Constitución han llevado a nuestros tribunales a examinar la titularidad efectiva de los derechos que se invocan por las partes, sin dar por hecho que los litigantes se encuentran en el ejercicio legítimo de dichas garantías. Este modo de proceder, en el caso de conflictos entre derechos fundamentales, ha significado un estudio previo para determinar si efectivamente se está ante un conflicto de derechos o no. Cómo la misma estructura del recurso exige la existencia de una acción u omi-

²⁵⁰ C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 7 de junio del 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 161, considerando 4°.

sión arbitraria o ilegal para la procedencia del recurso, lo mismo que el ejercicio legítimo por parte de la recurrente, no ha sido posible aplicar en estricto rigor los métodos de corte conflictivista al acoger el recurso. Esto se debe a que, como hemos sostenido reiteradas veces, la declaración de una acción u omisión de carácter arbitrario o ilegal y la falta de ejercicio legítimo de un derecho equivale a negar la presencia de dicho derecho y, en consecuencia, la existencia de un verdadero conflicto entre derechos.

Más difícil resulta llegar a esta conclusión al no constatarse la existencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal. La no constatación de acciones u omisiones de este tipo basta para rechazar el recurso, resultando insuficiente la mera estructura del recurso para resolver las colisiones entre derechos. Por lo tanto, es necesario estudiar más a fondo los motivos por los cuales los tribunales no acogen la acción. En este análisis podemos percibir que los jueces se preocupan de determinar el ámbito de protección de las garantías constitucionales, señalando sus límites para luego cotejar dicho contenido con el acto impugnado. De esta manera, al igual que en las hipótesis anteriores, se determina si se poseen realmente en el caso concreto los derechos invocados, negando en la práctica la existencia de verdaderas colisiones.

Es posible que muchas veces los jueces no sean del todo conscientes del trasfondo que hemos atribuido a los requisitos de la procedencia del recurso de protección, por lo que no es raro encontrar sentencias que a pesar de aplicar el método descrito hablen a veces de “conflictos entre derechos”, “preeminencia de uno sobre otro”. Menos grave nos parecen las menciones “ejercicio legítimo” y a los “límites” de los derechos, términos que si se hacen referencia al contenido delimitable de ellos, pueden ser de muchísima utilidad. La falta de advertencia sobre el método aplicado justifica la realización de esta investigación, de manera de poder resaltar los resultados obtenidos hasta el momento y evitar la influencia de doctrinas de corte conflictivista en el futuro. Para fortalecer la delimitación del contenido de los derechos es necesario que la fundamentación de las sentencias sea más abundante en orden a crear criterios jurisprudenciales estables para determinar los contenidos de cada derecho. Si ello ocurre, se superarán en gran medida las críticas en relación a la falta de certeza jurídica y objetividad que pudieran formularse aún a este mecanismo.

CONCLUSIONES

A través de la investigación desarrollada hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. Existen diversas concepciones en relación a los derechos fundamentales, que varían según la antropología subyacente en cada una de ellas. En el presente trabajo adherimos al concepto de derechos humanos, el cual los considera inherentes a todas las personas, por el simple hecho de ser seres humanos. Estos derechos tienen su fundamento y contenido en la naturaleza humana y en la dignidad ontológica propia de todo individuo que pertenece a la especie *homo*

sapiens. Se caracterizan por ser preconstitucionales, inalienables, universales, absolutos (en el sentido que tienen un valor en sí y no pueden ser limitados sino en casos excepcionales), pero delimitables. Pertenecen a hombres y mujeres que viven en una sociedad determinada, estando unidos a ciertos deberes básicos necesarios para la vida social y que permiten a los derechos coexistir como un sistema.

2. El estudio de los métodos para resolver los conflictos entre derechos humanos se inserta en el tema más amplio de la interpretación jurídica y la hermenéutica constitucional. De dicha ciencia podemos extraer principios que sirven de herramientas para hacer un análisis crítico a los diferentes métodos desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Los criterios de mayor utilidad para dicha tarea son: a) la optimización de la fuerza normativa de la Constitución; b) la unidad de la Constitución; c) la búsqueda de la máxima funcionalidad del régimen político; d) la fidelidad no estática al poder constituyente; e) la estabilidad relativa de las decisiones interpretativas; f) la fundamentación apropiada de las decisiones. Entre ellos, los dos primeros son los más invocados y de mayor relevancia.
3. Entre los conceptos de derechos distinguimos la visión contractualista liberal de los derechos, la cual los considera como libertades absolutas no sujetas a límites. Dicha concepción lleva al *conflictivismo*, postura que sostiene que las colisiones entre derechos fundamentales son inevitables por lo que su solución pasa necesariamente por la postergación de uno de los involucrados, a pesar de poseer su derecho.
4. Desde la visión conflictivista surgen dos métodos de resolución de conflictos: la jerarquización y la ponderación. Dichos métodos se diferencian principalmente en que el primero establece una escala entre los derechos de forma abstracta, mientras que el segundo establece reglas de prevalencia condicionada a las circunstancias del caso concreto. Pero sin perjuicio de estas diferencias, por lo general pueden formularse críticas comunes a ellos.
 - a) Atentan contra el principio de no contradicción ya que no puede sostenerse que una persona tenga un derecho en plenitud y, al mismo tiempo, deba sacrificarlo. La aplicación de ellos llevaría, por lo tanto, a una discriminación entre titulares de derechos.
 - b) No existe unanimidad sobre las escalas entre los derechos, ni sobre quien debe elaborarlas. Por lo tanto, estarán marcadas por los valores, que no tienen un contenido propio determinado, sino que dependen más bien de la opinión de quien detenta el poder o la jurisdicción y de la ideología y circunstancias históricas. Esta falta de objetividad lleva a una gran falta de certeza jurídica y pondría en entredicho el fin de limitación del poder propio de los derechos.
 - c) Atentan contra los principios interpretativos de optimización del carácter normativo de la Constitución y de unidad de la Carta fundamental.
 - d) Se confunden los derechos con las normas, calificando como colisiones de derechos, conflictos meramente lingüísticos.

5. Por otra parte, encontramos las teorías de los límites de los derechos.
 - a) La teoría externa de los derechos, que tiene como presupuesto una visión absoluta de los derechos en el sentido contractualista. Dichos derechos sólo admitirían barreras provenientes del exterior, impuestas por el legislador o el juez. Esta postura conduce a la inflación de los derechos y al consiguiente aumento de conflictos, siendo necesaria para su resolución la aplicación de la ponderación, con todas las críticas antes mencionadas.
 - b) La teoría interna, que tiene un punto de partida diferente: los derechos serían limitados desde sus orígenes, pero ilimitables posteriormente. Mediante su aplicación se busca *delimitar* –diferente a limitar– el contenido de los derechos, analizando los preceptos que los regulan, la protección constitucional que se les otorga, los deberes que conllevan y los bienes internos de la Constitución que señalan sus contornos. La falencia de esta teoría es despreciar elementos externos a la Carta Fundamental para determinar el contenido del derecho.
6. En relación a los límites de los derechos se encuentra el análisis de la garantía del contenido esencial de los derechos. Ella sería aplicable no sólo al legislador sino también al poder ejecutivo. Respecto a qué se entiende por contenido esencial surgen diversas teorías.
 - a) La teoría relativa, que considera que el contenido esencial carece de autonomía conceptual, y se reduce a un juicio de razonabilidad o justificación hecho por el legislador, llevando a un debilitamiento de los derechos fundamentales al sujetarlos en la práctica al poder.
 - b) La teoría absoluta, según la cual puede distinguirse un núcleo duro de protección del derecho respecto del cual no cabe ningún tipo de intromisión por el legislador. Esta postura conlleva la absoluta desprotección del otro ámbito del derecho que no forma parte de este núcleo esencial.
 - c) La postura del Tribunal Constitucional chileno que ha definido que ‘un derecho es afectado en su esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica. Esta definición concede al contenido una autonomía conceptual, entendiéndolo por contenido esencial el contenido mismo del derecho, sin distinguir entre un núcleo duro y una zona de protección más débil.
 - d) Este último modo de entender el contenido esencial de los derechos nos sirve para delimitar el contenido de ellos. Así, considerando su naturaleza, los bienes protegidos por ellos, su finalidad, las normas que los regulan y las obligaciones correlativas podremos precisar el ámbito protegido por cada derecho, evitando su colisión con los otros derechos fundamentales.
7. Los aparentes conflictos entre derechos se resolverían partir de una concepción de los derechos que les reconoce un contenido específico. Frente a un caso de colisión lo que corresponderá al intérprete es determinar el contenido efectivo de cada derecho para definir cuál de las partes involucradas se encuentra en el ejercicio del derecho y cual no. Por lo tanto, no se considera

a priori que ambas partes son titulares de los derechos que invocan. De este modo, puede denegarse la pretensión, no por la primacía del derecho que se le contrapone, sino por no encontrarse amparado por la garantía invocada. Mediante este método también puede llegarse a soluciones diferentes, como que ninguno de los litigantes estaba realmente en posesión del derecho o a la posibilidad de armonizar ambas pretensiones, tomando medidas de protección que no implican necesariamente la total postergación de una de las partes involucradas.

8. Los tribunales chilenos han acogido el método de la delimitación de los derechos al analizar los requisitos de la legitimación activa del recurso de protección.
 - a) Primero examinan si el legitimado pasivo ha incurrido en un acto u omisión *arbitrario o ilegal*. Tanto la ilegalidad como la arbitrariedad dicen relación con lo que es contrario a Derecho. Por lo tanto, en los litigios en que se contraponen derechos fundamentales, al declarar el juez que el ejercicio de una de las supuestos garantías corresponde a una acción ilegal o arbitraria, le está negando *ipso facto* su calidad de derecho. De esta manera se rechaza también la existencia de un conflicto real entre garantías constitucionales, resolviéndose el conflicto de pretensiones mediante la determinación del contenido de cada derecho
 - b) Luego se analiza si el recurrente se encuentra en el legítimo ejercicio de un derecho constitucional. El legítimo ejercicio se refiere a lo que es conforme a la juridicidad vigente. Por lo tanto, lo conocido como ‘ejercicio no legítimo de un derecho’ sólo podría considerarse *a priori* incluido bajo el amparo de una determinada garantía constitucional, pero una vez que se ha constatado su disconformidad con la justicia y el ordenamiento, se le niega su calidad de derecho. Realizada esta declaración en un caso en que se contraponen derechos fundamentales, se está rechazando la existencia de un conflicto real entre garantías constitucionales, habiendo resuelto el conflicto de pretensiones mediante la determinación del contenido efectivo de cada derecho.
 - c) Finalmente, los tribunales pueden declarar que la acción u omisión impugnada no la adolece de ilegalidad o arbitrariedad. Para llegar a esta conclusión en los casos de conflictos analizados la jurisprudencia ha procurado determinar el ámbito de protección de las garantías constitucionales para luego cotejar dicho contenido con el acto impugnado. De esta manera, al igual que en las hipótesis anteriores, se determina si se poseen realmente en el caso concreto los derechos invocados, negando en la práctica la existencia de verdaderas colisiones.
9. Es necesario que la fundamentación de las sentencias sea más abundante en orden a crear criterios jurisprudenciales estables para determinar los contenidos de cada derecho. Si ello ocurre, se superarán en gran medida las críticas a la falta de certeza jurídica y objetividad que pudieran formularse al mecanismo de delimitación de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- AA.VV. *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.
- ATIENZA, M., y UGARTE, L., *Ilícitos atípicos*, Edit. Trotta, 2ª edic., Madrid, 2006.
- CEA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, Tomo II.
- CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995.
- EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, t. II.
- Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NUÑEZ, M., *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997.
- GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 3ª edición, 2001.
- HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, 2ª Edic., Barcelona, 2001.
- LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 2ª Edic. Barcelona, 1986.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.
- MEGÍAS, JOSÉ JUSTO (coordinador), *Manual de Derechos Humanos*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- NAVARRO, ENRIQUE (edit.) *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, Ed. Conosur, Santiago, 2001.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006
- NOVOA, EDUARDO, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Ed. Siglo XXI Editores S.A., Ciudad de México, 1981.
- PECES BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, *Teoría Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- PEREZ LUÑO, ANTONIO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, 7ª edición.
- RODRÍGUEZ, PABLO, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- SÁNCHEZ SANTIAGO, “Los límites de los derechos” en Sánchez, Santiago (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La ley, Buenos Aires, 2000.
- SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
- VINOGRADOFF, SIR PAUL, *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 3ª edic., México D.F., 1967.
- ZAPATA, PATRICIO, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002.
- 2. Artículos de revista**
- ALDUNATE, EDUARDO, “La colisión de derechos fundamentales” en *Revista Derecho y Humanidades*, 2005, N° 11, pp. 69-78.
- ALEINIKOFF, T. ALEXANDER, “Constitutional Law in the Age of Balancing” en *The Yale Law Journal*, N° 5, 1987, pp. 943-1005.
- ARBÓS, XAVIER, “La ponderación de intereses en la jurisprudencia de l Tribunal Supremo de los Estados Unidos” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1394-1409.
- BERTELSEN, RAÚL, “El legítimo ejercicio de los derechos constitucionales” en *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso, vol. X, 1986
- CASTRO, MARITZA, “Privacidad, Vida Pública y Honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto” en *Revista de Derecho Público*, 2003, vol. 64, pp. 256-282.
- FRANZ, LAURENT B., “Is the First Amendment Law? A reply to Professor Mendelson” en *California Law Review*, N° 51, 1963, pp. 729-754.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, “El status del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°1, 1981, pp. 11-34.
- GLENDON, MARY ANN, “El lenguaje de los derechos” en *Estudios Públicos*, N° 70 (otoño 1998), pp.77-150.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, “La Naturaleza de las Garantías Constitucionales de la Persona examinada a través de su Protección Judicial” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85, N° 2, 1988, pp. 105-112.
- HERVADA, JAVIER “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana” en *Humana Iura* I, 1991, pp. 345-379.
- MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos” en *Revista Chilena de Derecho*, 1998, Número Especial, pp. 59-64.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en *Ius et Praxis*, Año 6, N° 1 Universidad de Talca, Chile, 2000, pp.321-404.
- PERRY, MICHAEL J., “Interpretivism, freedom of expresión and equal protection” en *Ohio St. Lj*, N° 42, 1981, pp. 261-298.
- PFEFFER, EMILIO, “Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos” en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial Actas XXIX Jornadas Chilenas del Derecho Público, 1998, pp. 225-227.
- POUND, ROSCOE, “A survey of social interest” en *Harvard Law Review*, N° 57, 1943, pp. 1-40.
- PRADO, MAXIMILIANO, “Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, 2007, N° 1, pp. 61-90.
- SERNA, PEDRO, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información” en *Humana Iura*, N° 4, 1994, pp. 197-234.
- SOTO KLOSS, EDUARDO, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (1977-2002)” en *Ius Publicum*, N° 10, 2003, pp. 71-88.

TOLLER, FERNANDO, *Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos*, Lexis Nexis, N° 0003/012471, pp. 1-17.

3. Tesis consultadas

SALMONA, FRANCISCO, *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*, Santiago, 2006 (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Chile).

SILVA, LUIS ALEJANDRO, *Tratamiento jurisprudencial de los conflictos de derechos fundamentales*, Santiago, 2003 (Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile).

ANEXO ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHOS Y LIBERTADES

1. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA (ART. 19 N° 1 CPR)

A) TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 4 de noviembre de 1991, *RDJ* t. 88 sec. 5ª, pp. 340-343.

C. APELACIONES DE COPIAPÓ, 24 de marzo de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 5ª, pp. 219-224.

C. APELACIONES DE RANCAGUA, 22 de agosto de 1995, *GJ* N° 184, pp. 51-54.

C. APELACIONES SANTIAGO, 1° de diciembre de 1995, *GJ* N° 186, p. 52.

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 20 de octubre de 1999, *GJ* N° 232, pp. 107-108.

C. APELACIONES DE SAN MIGUEL, 11 de enero de 2001, Rol N° P-334-2000, Lexis Nexis N° 17929.

C. APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 4 de abril de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 226-231.

C. SUPREMA, 13 de julio de 2004, *RDJ* t. 101, sec. 5ª, pp. 75-81.

B) OTRAS AFECTACIONES

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 159-168.

C. SUPREMA, 18 de enero de 1999, *RDJ* t. 96, sec. 5ª, p. 22.

C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 7 de junio del 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 158-161.

C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, pp. 191-194.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Pretty v. UK*, 29 de Julio de 2002.

2. IGUALDAD ANTE LA LEY (ART. 19 N° 2 CPR)

C. SUPREMA, 6 de julio de 1988, Rol N° 12.743, Lexis Nexis N° 10519.

C. APELACIONES DE TEMUCO, 30 de abril de 1990, Rol N° 103-1990, Lexis Nexis N° 29346.

C. APELACIONES DE TEMUCO, 1° de octubre de 1993, Rol N° 540-93, Lexis Nexis N° 12585.

C. SUPREMA, 14 de octubre de 1993, Rol N° 21854, Lexis Nexis N° 12585.

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de abril de 1997, Rol N° 1014-97, Lexis Nexis N° 14711.

C. APELACIONES DE LA SERENA, 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, Lexis Nexis N° 15000.

C. SUPREMA, 18 de febrero de 1998, *GJ*, N° 212, pp. 123-125.

C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 10 de junio de 1999, Rol N° 2.262, Lexis Nexis N° 16502.

C. SUPREMA 6 de enero de 2000, Rol N° 1998-99, Lexis Nexis N° 16502.

C. SUPREMA, 17 de abril de 2000, *GJ* N° 238, pp. 37-42.

- C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, pp. 191-194.
C. SUPREMA, 8 de enero de 2001, Rol N° 4968-00, Lexis Nexis N° 18051.
C. SUPREMA, 21 de marzo de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 35-39.
C. SUPREMA, 8 de abril de 2003, Revista Fallos del Mes N° 509, pp. 446-452.
C. SUPREMA, 16 de marzo de 2004, *GJ* N° 285, p. 75-79.
C. SUPREMA, 30 de noviembre de 2005, *RDJ*, t. 102, sec. 5ª, pp. 1123-1128.
C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, pp. 63-68.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de agosto de 2007, Rol N° 2955-2007, Lexis Nexis N° 37086.
3. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA (ART. 19 N° 4)
C. SUPREMA, 30 de septiembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 213-220.
C. SUPREMA, 3 de noviembre de 1998, *GJ* N° 221, pp. 32-38.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de octubre de 2000, Rol N° 3404-00, Lexis Nexis N° 18113.
C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 8 de noviembre de 2002, Rol N° 61-2002, Lexis Nexis N° 29415.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 16 de enero de 2003, Rol N° 6246-2003, Lexis Nexis N° 26315.
C. APELACIONES DE TEMUCO, 2 de agosto de 2005, Rol N° 1398-2005, Lexis Nexis N° 32562.
C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, pp. pp. 384-393.
4. HONRA (ART. 19 N° 4)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *STC* 15/1993, BOE N° 37.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de abril de 1993, Rol N° 604-93, Lexis Nexis N° 20157.
C. SUPREMA, 15 de Junio de 1993, *RDJ* t. 90, sec. 5ª, pp. 164-174.
C. SUPREMA, 17 de junio de 1997, *GJ* N° 204, pp. 37-54.
C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 16 de mayo de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 85-91.
C. SUPREMA, 26 de noviembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 246-252.
C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de abril de 1999, *GJ* N° 226, 92-99.
C. SUPREMA, 29 de julio de 1999, *GJ*, N° 229, pp. 113-123.
C. SUPREMA, 15 de febrero de 2000, Rol 3232-99, Lexis Nexis N° 16553.
C. SUPREMA, 15 de enero de 2002, Rol N° 4706-2001, Lexis Nexis N° 19297.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de enero de 2003, *RDJ*, t. 100, sec. 5ª, pp. 49-52.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de septiembre de 2003, Revista Fallos del Mes N° 515, p. 2796
C. APELACIONES DE PUERTO MONTE, 24 de noviembre de 2005, Rol N° 254-2005, Lexis Nexis N° 33899.
C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, pp. pp. 384-393.
C. SUPREMA, 9 de agosto de 2007, Rol N° 3005-06, Código Microjuris MJJ11067.
5. LIBERTAD DE CONCIENCIA (ART. 19 N°6)
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 4 de noviembre de 1991, *RDJ* t. 88 sec. 5ª, pp. 340-343.
C. APELACIONES DE COPIAPÓ, 24 de marzo de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 5ª, pp. 219-224.
C. APELACIONES DE RANCAGUA, 22 de agosto de 1995, *GJ* N° 184, pp. 51-54.
C. APELACIONES SANTIAGO, 1° de diciembre de 1995, *GJ* N°186, p. 52.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 159-168.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 20 de octubre de 1999, *GJ* N° 232, pp. 107-108.

- C. APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 4 de abril de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 226-231.
 C. SUPREMA, 13 de julio de 2004, *RDJ* t. 101, sec. 5ª, pp. 75-81.
6. LIBERTAD AMBULATORIA (ART. 19 N° 7)
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.
7. DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN (ART. 19 N° 8)
 C. SUPREMA, 18 de enero de 1999, *RDJ* t. 96, sec. 5ª, p. 22.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.
8. LIBERTAD DE ENSEÑANZA (ART. 19 N° 11)
 C. APELACIONES DE TEMUCO, 30 de abril de 1990, Rol N° 103-1990, Lexis Nexis N° 29346.
 C. APELACIONES DE TEMUCO, 1° de octubre de 1993, Rol N° 540-93, Lexis Nexis N° 12585.
 C. SUPREMA, 14 de octubre de 1993, Rol N° 21854, Lexis Nexis N° 12585.
 C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de abril de 1997, Rol N° 1014-97, Lexis Nexis N° 14711.
 C. APELACIONES DE LA SERENA, 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, Lexis Nexis N° 15000.
 C. SUPREMA, 30 de enero de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 10-12.
 C. SUPREMA, 30 de septiembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 213-220.
 C. SUPREMA, 17 de febrero de 1998, Rol N° 4449-97, Lexis Nexis N° 15028.
 C. SUPREMA, 18 de febrero de 1998, *GJ*, N° 212, pp. 123-125.
 C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 10 de junio de 1999, Rol N° 2.262, Lexis Nexis N° 16502.
 C. SUPREMA 6 de enero de 2000, Rol N° 1998-99, Lexis Nexis N° 16502.
 C. SUPREMA, 27 de marzo de 2000, Fallos del Mes N° 496, pp. 179-185.
 C. SUPREMA, 17 de abril de 2000, *GJ* N° 238, pp. 37-42.
 C. SUPREMA, 28 de diciembre de 2000, *RDJ*, t. 97, sec. 5ª, p. 191-194.
 C. SUPREMA, 8 de enero de 2001, Rol N° 4968-00, Lexis Nexis N° 18051
 C. SUPREMA, 21 de marzo de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 35-39.
 C. APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 14 de enero de 2003, Rol N° 15.731, Lexis Nexis N° 26325
 C. SUPREMA, 8 de abril de 2003, Revista Fallos del Mes N° 509, pp. 446-452.
 C. SUPREMA, 16 de marzo de 2004, *GJ* N° 285, pp. 75-79.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 410, 14 de junio de 2004.
 C. SUPREMA, 30 de noviembre de 2005, *RDJ*, t. 102, sec. 5ª, pp. 1123-1128.
 C. SUPREMA, 22 de marzo de 2006, Rol N° 720-2006, Lexis Nexis N° 34040.
 C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, pp. 63-68.
 C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de agosto de 2007, Rol N° 2955-2007, Lexis Nexis N° 37086.
9. LIBERTAD EXPRESIÓN (ART. 19 N° 12)
 C. SUPREMA, 17 de junio de 1997, *GJ* N° 204, pp. 37-54.
 C. APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 159-168.
 C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 16 de mayo de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 85-91.
 C. SUPREMA, 3 de noviembre de 1998, *GJ* N° 221, pp. 32-38.
 C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de abril de 1999, *GJ* N° 226, 92-99.
 C. SUPREMA, 29 de julio de 1999, *GJ*, N° 229, pp. 113-123.
 C. SUPREMA, 15 de febrero de 2000, Rol 3232-99, Lexis Nexis N° 16553.
 C. APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de octubre de 2000, Rol N° 3404-00, Lexis Nexis N° 18113.

- C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de enero de 2003, *RDJ*, t. 100, sec. 5ª, pp. 49-52.
10. LIBERTAD DE INFORMACIÓN (ART. 19 N° 12)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 56, 9 de agosto de 1988.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 15/1993, BOE N° 37
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de abril de 1993, Rol N° 604-93, Lexis Nexis N° 20157.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.
C. SUPREMA, 3 de noviembre de 1998, *GJ* N° 221, pp. pp. 32-38.
C. SUPREMA, 26 de noviembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 246-252.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de septiembre de 2003, Revista Fallos del Mes N° 515, pp. 2792-2798.
C. SUPREMA, 26 de febrero de 2004, Rol 683-2004, Lexis Nexis N° 29754.
C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 24 de noviembre de 2005, Rol N° 254-2005, Lexis Nexis N° 33899.
C. SUPREMA, 9 de agosto de 2007, Rol N° 3005-06, Código Microjuris MJJ11067.
11. DERECHO DE ASOCIACIÓN (ART. 19 N° 15)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 126, 14 de mayo de 1991.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 200, 14 de noviembre de 1994.
12. IGUAL REPARTICIÓN DE LOS TRIBUTOS (ART. 19 N° 20)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 280, 20 de octubre de 1998.
13. LIBERTAD PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS (ART. 19 N° 21)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 146, 21 de abril de 1992.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 159-168.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 280, 20 de octubre de 1998.
C. APELACIONES DE SANTIAGO, 16 de enero de 2003, Rol N° 6246-2003, Lexis Nexis N° 26315
C. APELACIONES DE TEMUCO, 2 de agosto de 2005, Rol N° 1398-2005, Lexis Nexis N° 32562.
C. SUPREMA, 5 de enero de 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 5ª, pp. 384-393.
14. NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN MATERIA ECONÓMICA (ART. 19 N° 22)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 280, 20 de octubre de 1998.
15. DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 19 N° 24)
A) EN RELACIÓN AL DERECHO A LA EDUCACIÓN
C. APELACIONES DE TEMUCO, 30 de abril de 1990, Rol N° 103-1990, Lexis Nexis N° 29346.
C. SUPREMA, 14 de octubre de 1993, Rol N° 21854, Lexis Nexis N° 12585.
C. APELACIONES DE LA SERENA, 24 de diciembre de 1997, Rol N° 21.633, Lexis Nexis N° 15000
C. SUPREMA, 17 de febrero de 1998, Rol N° 4449-97, Lexis Nexis N° 15028.
C. SUPREMA, 27 de marzo de 2000, Fallos del Mes N° 496, pp. 179-185
C. SUPREMA, 8 de enero de 2001, Rol N° 4968-00, Lexis Nexis N° 18051
C. SUPREMA, 21 de marzo de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 35-39. (matrícula)

C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 8 de noviembre de 2002, Rol N° 61-2002, Lexis Nexis N° 29415

C. SUPREMA, 8 de abril de 2003, Revista Fallos del Mes N° 509, pp. 446-452.

C. SUPREMA, 16 de marzo de 2004, *GJ* N° 285, p. 75-79.

C. SUPREMA, 28 de marzo de 2006, *GJ* N° 310, pp. 63-68.

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 22 de agosto de 2007, Rol N° 2955-2007, Lexis Nexis N° 37086.

B) OTROS ASPECTOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 56, 9 de agosto de 1988.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 146, 21 de abril de 1992.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 185, 28 de febrero de 1994.

C. SUPREMA, 18 de enero de 1999, *RDJ* t. 96, sec. 5ª, p. 22.

C. APELACIONES DE PUERTO MONTT, 7 de junio del 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, p. 158-161.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.

C. APELACIONES DE VALPARAÍSO, 8 de noviembre de 2002, Rol N° 61-2002, Lexis Nexis N° 29415.

16. DERECHO A LA IMAGEN (ART. 19 N° 24)

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de abril de 1993, Rol N° 604-93, Lexis Nexis N° 20157.

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 8 de septiembre de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, pp. 239-241.

C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de enero de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 5ª, pp. 36-39.

C. APELACIONES DE TEMUCO, 6 de diciembre de 2002, *RDJ* t. 99, sec. 5ª, pp. 20-26.

C. APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de enero de 2003, *RDJ*, t. 100, sec. 5ª, pp. 49-52.

II. PRINCIPIOS

1. UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

C. DE APELACIONES DE SANTIAGO, 31 de mayo de 1993, *RDJ*, t.90, sec. 5ª, pp. 164-174.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 464, 31 de enero de 2006.

2. VALORES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 9/1981, 31 de marzo de 1981.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BVerfGE 7, 198.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BVerfGE 7, 377.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BVerfGE 12, 205.

3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 19 N° 3)

C. SUPREMA, 26 de noviembre de 1998, *RDJ* t. 95, sec. 5ª, pp. 246-252.

C. SUPREMA, 26 de febrero de 2004, Rol 683-2004, Lexis Nexis N° 29754.

4. REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LOS DERECHOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 185, 28 de febrero de 1994.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 325, 26 de junio de 2001.

EL ROL POLÍTICO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ANÁLISIS DEL CASO CHILENO

TANIA BUSCH VENTHUR*

CAPÍTULO I

LA INFLUENCIA POLÍTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

I. GENERALIDADES

Desde su primera formulación, con la creación del Tribunal Constitucional¹ austriaco en virtud de la Constitución de 1 de octubre de 1920 a la fecha, la institución de los tribunales constitucionales² no ha cesado de enfrentar diversas críticas y estar en el centro del debate. La justicia constitucional³, en sus distintos modelos⁴ se ha expandido a través del mundo generando más controversia cada día,

* Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesora Guía: Beatriz Larraín Martínez. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción, Chile, 2008.

¹ En adelante TC.

² Definición del Prof. Pereira Menaut: Órganos especiales concebidos para revisar la constitucionalidad de las leyes –aunque luego desempeñen más funciones– que ejercen una jurisdicción concentrada y especializada. PEREIRA Menaut, Antonio-Carlos *Teoría Constitucional* Editorial Lexis-Nexis 2^{da} Edición. 2006. Santiago. Chile. 524 págs. Para Louis Favoreu, hablamos de Tribunal Constitucional cuando nos referimos a una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos. FAVOREU, Louis Joseph *Justicia y Jueces Constitucionales* En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 61 1998-1999 Santiago.

³ Concepto del Profesor Rubio Llorente. “Aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución, la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder”.

⁴ Americano o difuso o del Judicial Review o el modelo austriaco-kelseniano, europeo continental, concentrado o de los tribunales constitucionales. Para una explicación más completa de las características de los diversos modelos ver SAGÜES, Néstor *La Magistratura Constitucional Especializada* En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 45-46 1989. Santiago. También ver MONETORO Puerto, Miguel *Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales*, tomo I Jurisdicción Constitucional y Proceso de Control de la Constitucionalidad Editorial COLEX, Madrid 1991. pp. 30-52.

respecto de su legitimidad, efectividad, naturaleza y compatibilidad con el principio democrático, entre otros muchos puntos a discutir. Louis Favoreu, ha llegado a afirmar que el desarrollo de la justicia constitucional es el acontecimiento más destacado del derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XX.

Terminada la segunda guerra mundial, la supremacía constitucional se adopta con fuerza y se establece un nuevo orden constitucional, agregando a la democracia un segundo principio de legitimidad que vendrá a complementar el principio mayoritario y la supremacía del Parlamento, que hasta ahora había sido su base. Ya no basta con que gobierne la mayoría, también es requisito de legitimidad que el gobierno de ésta deba respetar los derechos de las minorías. Este nuevo orden llevará a la implementación de la institución de los tribunales constitucionales, pero al modelo originalmente propuesto por Kelsen se le agregarán competencias para proteger los derechos fundamentales consagrados por las constituciones de la post guerra.

Desde la post guerra hasta nuestros días se ha producido una verdadera explosión de establecimiento de tribunales constitucionales, y hoy prácticamente no existe sistema que no consagre la justicia constitucional en alguna de sus variantes. En palabras del Prof. Pereira Menaut, al final del siglo XX y principios del XXI el panorama tradicional ha cambiado tanto en los países de cultura europea continental que “Constitución” y “Jurisprudencia” (constitucional) son dos conceptos que van de la mano, de modo que ya prácticamente resulta inconcebible la vida constitucional sin una jurisdicción, sea especializada o no⁵. Hoy la institución de los tribunales constitucionales se extiende por toda Europa, América Latina, y más recientemente, Asia y África.

La importancia que los tribunales constitucionales han llegado a adquirir en los sistemas políticos, ya sea como defensores de los derechos fundamentales, ya sea por su papel en la creación o modificación de las leyes, o en el rol que han jugado reforzando el nuevo orden democrático en los países en períodos de transición, han puesto una vez más a la institución en el centro del debate. La práctica ha demostrado que el rol del juez constitucional está lejos de ser neutro, que el texto constitucional deja un amplio margen para la interpretación y creación jurídica y que ésta actividad tiene un importante componente político. Frente a esta nueva realidad, la doctrina tradicional de la separación de los poderes se va tornando insuficiente y obsoleta como mecanismo para explicar estos fenómenos.

No obstante las críticas y la polémica suscitada por este fenómeno, lo cierto es que los tribunales constitucionales no sólo aumentan en número a lo largo del mundo, sino que también en atribuciones, y en general la doctrina está conteste respecto a que hoy cumplen una función que desborda con creces la de mero “legislador negativo” del modelo kelseniano, transformándose en actores políticos.

A pesar de que en su lógica original era impensado que los tribunales constitucionales formaran parte del sistema político, hoy son muchos quienes entienden que éstos pueden analizarse tal como puede analizarse cualquier otro actor político, y que pese a que usualmente consideremos a los tribunales constitucionales

⁵ PEREIRA Menaut, Op. Cit. p. 203.

como instituciones jurídicas sometidas al derecho (y sólo al derecho), en la actualidad se ha vuelto evidente que esta institución toma parte en juegos del poder político, que los jueces consideran los efectos políticos de sus decisiones, eligen estratégicamente aliados en la oposición o el gobierno, alianza que al momento de fallar una cuestión determinada tendrá influencia en las decisiones posteriores del tribunal.

Así, la institución que alguna vez se pensó como una suerte de “boca muerta” de la Constitución, hoy se encuentra en medio de la toma de decisiones públicas, pasando a ser uno de los actores a considerar a la hora de tomar una decisión política. Su influencia a la hora de decidir cuestiones que en la teoría tradicional corresponderían al poder ejecutivo o legislativo los convierte en lo que la doctrina ha venido en llamar “*policy makers*”⁶⁻⁷. Pensar que los tribunales constitucionales son actores políticos tal cual lo son el gobierno o el legislativo tampoco es exacto, pues su influencia es considerablemente más reducida. Así, se hablará durante el desarrollo de este trabajo de “*policy makers*” para referirse a órganos que influyen y condicionan la toma de decisiones políticas en un determinado sistema, de modo que concurren a la formación de las decisiones públicas.

II. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No obstante el existir antecedentes previos en “El Federalista”⁸, la doctrina está conteste en que el acta de nacimiento oficial de la justicia constitucional se encuentra en el famoso caso *Marbury vs. Madison*. En 1803, invocando la vinculación de los jueces por la carta fundamental, consagrada expresamente en la Constitución Norteamericana de 1787, razonaba el juez Marshall en su sentencia: “...Si la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria del legislativo; la Constitución y no tal ley ordinaria, debe regir el caso en que ambas son aplicables... La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición en contrario u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior”⁹. Así nace el sistema norteamericano de control constitucional, conocido como control difuso, desconcentrado o de “*judicial review*”.

⁶ *Policy maker* podría traducirse como “formulador de políticas públicas” sin embargo se entiende mejor el concepto en su idioma original, ya que hablar de políticas públicas en nuestro sistema nos lleva a asociar el concepto con el Ejecutivo o con políticas públicas en un sentido más restringido que “*policy maker*”, asimismo, traducirlo como “actores políticos” conduce al otro extremo.

⁷ Todas las traducciones al inglés han sido realizadas por la autora.

⁸ *El federalista*, comúnmente llamado *The Federalist Papers*, es una serie de 85 ensayos escritos por Alexander Hamilton, John Jay, y James Madison entre octubre de 1787 y mayo de 1788. Los ensayos fueron publicados principalmente en dos periódicos: “The New York Packet” y “The Independent Journal”. *El federalista* se escribió y publicó para incitar a los ciudadanos de New York a ratificar la Constitución de Estados Unidos. Una edición empastada, con revisiones y correcciones hechas por Hamilton, fue publicada en 1788.

⁹ RUBANO Lapasta, Mariela. *Rol de la justicia constitucional. Enfoque histórico*, en Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, Año II, N° 2: 2000. pp. 11- 23.

Los tribunales constitucionales, y lo que conocemos como sistema concentrado, europeo o austriaco de control constitucional es creación del jurista vienés Hans Kelsen¹⁰. Este señalaba “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronunciado inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquel que ha realizado el acto irregular”¹¹. Los miembros de este órgano propuesto por Kelsen serían jueces y profesores de derecho, en una integración similar a la de los tribunales de justicia. Estos ejercerían un control preventivo de constitucionalidad, realizando una función creativa en sentido negativo. La función creativa en sentido positivo sólo correspondía al legislador. En la concepción kelseniana los tribunales constitucionales se explican a partir de los conceptos de Constitución y derecho. Lo importante no es frenar el poder o asegurar el Estado de Derecho, sino la forma, coherencia y certeza del derecho positivo. Fueron éstos los objetivos que lo llevaron a diseñar la institución, la que se presenta de esta forma en el planteamiento de Kelsen, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento.

Finalizada la segunda guerra mundial, con las atrocidades y violaciones a los derechos fundamentales que ésta trajo consigo, se abandona la concepción legalista. En concepto de los europeos, ésta no servía para proteger al individuo y frenar los abusos. La idea de la supremacía constitucional se adopta con fuerza, y “se funda un nuevo orden constitucional, por el cual se refrenara el poder del Estado y se reconocieran y protegieran de mejor forma los derechos de los individuos”¹². Este nuevo orden llevará a la implementación de los tribunales constitucionales propuestos por Kelsen, pero al modelo se le agregarán competencias para proteger los derechos que las nuevas constituciones estaban consagrando¹³.

El paso del legalismo al constitucionalismo significó un cambio en la concepción de la democracia. Esta ya no sólo significaba el gobierno de la mayoría, sino que se le agregaba ahora el principio del respeto a los derechos de los individuos. La creación de tribunales constitucionales se expandió a través del planeta, partiendo con Europa Central poco después de terminada la guerra, España y Portugal en la primera ola de democratización en los años '70 y con los países post comunistas de Europa del Este en la segunda ola de democratización en los '90. También en América Latina y más recientemente en Sudáfrica, se crearon

¹⁰ En relación a la discusión que generó el planteamiento kelseniano, interesa revisar la polémica entre éste y Carl Schmitt, en su texto “La defensa de la Constitución” donde plantea que debe ser el Ejecutivo quien revise la constitucionalidad y el artículo de Hans Kelsen “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?”

¹¹ *Ibidem*.

¹² LARRAÍN Martínez, Beatriz, *Jueces y Poder político en Europa, en Perspectivas sobre la Unión Europea. Historia, Política, Derecho y Economía*. Programa de Estudios Europeos, Santiago, Editorial Lexis-Nexis, 2005. p. 215.

¹³ El modelo originario de Kelsen no concebía esta facultad, ya que este se manifestaba contrario al establecimiento de derechos en las constituciones puesto que la catalogización de los derechos haría de los jueces constitucionales no sólo legisladores sino una suerte de “legisladores supremos”.

tribunales constitucionales, en su mayoría producto del cambio de un régimen autoritario a la democracia¹⁴ con la finalidad de reforzar las nuevas constituciones y proteger la naciente democracia en los países de la región.

I. LA LÓGICA LEGALISTA

En los sistemas romano-germánicos tradicionalmente, y particularmente con la revolución francesa y las ideas de la ilustración, hay una tendencia a desconfiar en los jueces, a quienes se consideraba altamente propensos a la arbitrariedad en sus fallos. Previo a la revolución francesa los jueces gozaban de un importante status, eran muy independientes de los reyes y acostumbraban conocer asuntos más allá de su jurisdicción¹⁵ Este exceso de poder y consecuentemente las arbitrariedades a que dio lugar, llevaron a que desde el siglo XVII y particularmente durante el siglo XVIII los jueces vieron reducida su competencia de modo de excluirlos de todo lo relacionado con el derecho público, en aras de reducir su poder. Así, las ideas legalistas y antijudicialistas que vendrían con la revolución francesa tenían tierra fértil para echar raíces.

Con la revolución francesa la tradición antijudicialista se ve reforzada. A lo anteriormente señalado se añaden otros factores. Uno de éstos es la rígida división de poderes de las ideas de Montesquieu, en cuya obra “aparece ese rasgo típico de la mentalidad francesa que es la desconfianza hacia los jueces y la oposición a la creación del derecho por ellos, pues iría contra la lógica, la certidumbre del derecho y la soberanía nacional”¹⁶. Tanto es así que al llegar a un momento álgido de la revolución “se llegó a prohibir a los jueces la interpretación de la ley en todas sus modalidades, esto pues la ley se concebía como la expresión de la soberanía nacional, que es indelegable. Esto fue posible por estar en el apogeo de las ideas racionalistas e ilustradas acerca de las leyes, concebidas como expresión de la razón, con idéntica necesidad que las leyes físicas y que son perfectas, y por ello no necesitan ser adaptadas ni interpretadas. Como decía Robespierre, “en un Estado que tiene una Constitución y una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”¹⁷. Es la concepción que planteaba Montesquieu¹⁸ en “El Espíritu de las Leyes” donde sostenía que el juez es la *boca muerta* que pronuncia las palabras de la ley¹⁹. “Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo

¹⁴ Con la excepción de Chile, en que la institución, después de haberse establecido el año 1970, “resucitó” durante el régimen militar, lo que explicará porqué en nuestro país, a diferencia del resto del mundo, el TC no se asocia por la ciudadanía ni por la mayoría de la doctrina al reforzamiento de la democracia y la protección de los derechos fundamentales. Ver ZUÑIGA Urbina, Francisco *Derechos Humanos y Jurisprudencia del TC 1981-1989: El Pluralismo Político e Ideológico en Chile*. En Revista Ius et Praxis Derecho en la Región Universidad de Talca. Vol. 9 N° 1. Talca 2003.

¹⁵ Por ejemplo, dictaban reglamentos de administración pública.

¹⁶ PEREIRA Menaut, Op. Cit. p. 201.

¹⁷ Citada por PEREIRA Menaut, Op Cit. p. 197.

¹⁸ Carlos Luís de Secondat, barón de Montesquieu ostentaba además el cargo de juez. Este fue vendido por Montesquieu, quien de esta forma se mostró consecuente con las ideas planteadas en “El Espíritu de las Leyes”.

¹⁹ LARRAÍN Martínez, Beatriz, *Jueces y Poder político en Europa* Op. Cit.

hasta tal punto que no sean jamás otra cosa que un texto concreto de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, uno viviría en sociedad sin saber qué compromisos precisamente contrae” “Pero los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor”²⁰. Es la doctrina del *legalismo* que entiende que es el *legislador* el encargada de proteger los derechos de las personas, ente que es convertido por la Ilustración en una suerte de *deus ex machina* del derecho nacional, omnipotente y omnipresente, y a ley como la más racional y perfecta fuente del derecho, y protección del individuo frente a la arbitrariedad de los jueces²¹. Tan impensable resultaba la creación del derecho por parte de los jueces, que al pensarse en el problema del control de las leyes no se pensó en recurrir a los jueces sino en crear órganos político-legislativos.

El ideal filosófico-jurídico del positivismo legalista entiende que no hay más legalidad, no hay más derecho que el que se encuentra en los códigos. Las otras fuentes quedan relegadas al rol que la misma ley les otorgue. El prestigio que se otorga al legislador lleva aparejado una desvaloración de la función judicial. Cuando el juez aplica la ley, lo hace mecánicamente, de manera neutra, ésta pasa directamente del legislador al caso concreto, inalterada, quedando el juez reducido a ser la boca muerta de la ley. “Cuando el racionalismo y la ilustración promovieron la idea de que la solución al caso se obtiene por la vía silogística, estaban tratando de dar la única respuesta posible, dentro de sus esquemas, para evitar la arbitrariedad y el subjetivismo en la decisión judicial”²².

Desde la lógica legalista, la Constitución no tiene aplicación directa, se trata más que de una norma jurídica, de un documento político. En el sistema continental, sólo con el austriaco Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho, la Constitución comenzará a ser vista como verdadera y vinculante norma jurídica, como verdadero derecho. No obstante el cambio no es demasiado sustantivo, puesto que la Constitución como todo el derecho serían conceptos meramente formales, no conectados con la dignidad humana y los derechos fundamentales del ser humano, cuestiones que se reputan metajurídicas. “...La Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese”²³.

²⁰ MONTESQUIEU Citado por PEREIRA Menaut, Op cit. p. 197.

²¹ BRAVO Lira, Bernardino, *Arbitrio Judicial y Legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica Antes y Después de la Codificación*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXVII N° 3 1990. Santiago.

²² GARCÍA HUDOBRO, Joaquín. *Interpretación Judicial y Razón Práctica*. En Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos. Universidad de Chile. Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1992. p. 491.

²³ GARCÍA De Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas SA. Madrid 1983. p. 43.

El derecho se entiende como un sistema formal y jerárquico, de estructura escalonada en que cada una de las normas que lo integran debe adecuarse perfectamente a la superior. Si no es así, si la norma inferior no se enmarca en la superior, es irregular, no es verdaderamente norma y no obliga. Por lo tanto, debe ser extirpada del ordenamiento jurídico, pues de otro modo, la norma jerárquicamente superior pierde su vigencia.

Si concebimos de esta forma al derecho y al juez, cuando el órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una norma, no es el tribunal quien la declara, sino el constituyente mismo, porque el juez constitucional no es sino “la boca muerta de la Constitución”, así como el juez ordinario no es sino la “boca muerta” de la ley. Así las cosas, el órgano jurisdiccional que controla la constitucionalidad, no requiere de una legitimación particular, pues ningún poder autónomo detenta, sólo es una consecuencia del poder del constituyente. Su legitimidad es la legitimidad del constituyente²⁴.

Esta es la lógica imperante hasta la llegada del Constitucionalismo²⁵. Hasta este punto, se confía en el derecho (que se identifica con la legislación) para la protección del individuo y en los jueces para su perfecta y pura aplicación, sin considerarse al juez como actor político en lo más mínimo. Lo que sucede es que el legalismo entiende que el derecho es justicia y razón, mientras la política es pasión e interés. Lo cierto que el sueño de los revolucionarios franceses que convertía en los jueces en meros declaradores de la legislación proveniente del endiosado *legislador* fue desmentido por la realidad, que ha resultado ser considerablemente más compleja y los jueces, considerablemente más humanos.

2. EL CONSTITUCIONALISMO

Con la post guerra se produce un abandono paulatino de la concepción legalista y una adopción de la ideología del constitucionalismo (o neo constitucionalismo)²⁶, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de las libertades naturales o de derechos fundamentales. Se hace especial énfasis en la garantía del los derechos fun-

²⁴ Para Fernando Atria, en la visión legalista, desacuerdo político y desacuerdo jurídico son distintas cosas. El desacuerdo jurídico es consecuencia del hecho de que la razón artificial que es el derecho es, pasado cierto punto, indeterminada. Cuando dos personas ilustradas en el manejo de la razón artificial –el derecho– están en desacuerdo, lo que ocurre no es que cada una de ellas esté tratando de obtener alguna ventaja; se trata de que la razón artificial del Derecho no es suficiente para solucionar el problema. ATRIA Lemaitre, Fernando *Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del Legalismo*. En Revista de Derecho volumen 12, N° 1 Agosto 2001 Universidad Austral. Valdivia.

²⁵ Como lógica, o “neo constitucionalismo”.

²⁶ El término “constitucionalismo” se utiliza indistintamente para referirse a distintas dimensiones del fenómeno del Constitucionalismo. En el presente trabajo se hablará de “Constitucionalismo” para designar a la lógica jurídica del “neo constitucionalismo”, que aparece después de la II Guerra Mundial y que otorga a los Derechos Fundamentales y a la Constitución **normatividad**. Sobre los conceptos de Constitucionalismo y Neo Constitucionalismo, Ver COMANDUCI, Paolo *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Meta teórico*. Versión electrónica disponible en http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf al 20 de octubre de 2006.

damentales, y se relega un plano menor lo relativo a la limitación de los poderes. En esta lógica, la Constitución se concibe ahora como una herramienta de freno del poder y de garantía de la dignidad humana y los derechos fundamentales, que hasta el minuto se encontraban en documentos políticos o declaraciones pasan a formar parte de las Constituciones de los Estados, que establecen catálogos de derechos fundamentales que se comprometen a respetar y promover.

La Constitución es concebida como norma jurídica pero a la vez como un *acto político*, la política es su fundamento y su fin. La Constitución es una norma jurídica, es *normativa*, pero se genera en un proceso político y que pretende regular un proceso político. En palabras del profesor Eduardo Aldunate, es el momento “en que el ser –la realidad política, el poder como hecho– por el ejercicio de lo que se ha denominado el poder constituyente, se formula como un deber ser, al que deberá (¿intentar?) adecuarse”²⁷.

La idea de la supremacía constitucional se adopta con fuerza y esta concepción normativa de la Constitución lleva a la fundación de un nuevo orden constitucional, que limite el poder estatal y reconozca y proteja los derechos de los individuos. Este nuevo orden llevará a la implementación de los tribunales constitucionales propuestos por Kelsen, pero al modelo se le agregarán competencias para proteger los derechos que las nuevas constituciones estaban consagrando²⁸. Este nuevo orden constitucional, esta nueva forma de concebir la democracia y el orden jurídico es el constitucionalismo²⁹.

El principio de la supremacía de la Constitución es uno de los pilares básicos del constitucionalismo. Significa que la sola existencia de ésta basta para afirmar que el Estado de Derecho, creado por la Constitución excluye todo derecho que no se vincule con ella. La Constitución no sólo tiene una superioridad jerárquica formal dentro del orden jurídico, ésta es también materialmente superior. Su mayor jerarquía deviene de contener los fines y valores que determinan la definición, interpretación y aplicación de todo el orden jurídico. La Constitución “es fundacional, en el sentido que funda, sustenta, apoya y cimenta todo el orden positivo del Estado, que se valida por el vínculo de subordinación que lo une a aquella”³⁰.

Para preservar el principio de la supremacía constitucional es que se establece el mecanismo del control de constitucionalidad de las leyes. Para el Profesor Bi-

²⁷ ALDUNATE Lizana, Eduardo, *Interpretación Constitucional y Decisión Política*, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N° XV, 1993-1994. pp. 31-65

²⁸ El modelo originario de Kelsen no concebía esta facultad.

²⁹ Si bien en rigor todo sistema político tiene una Constitución, es decir, una organización de las relaciones de poder dentro del Estado, sólo podemos hablar propiamente de constitucionalismo cuando nos referimos al llamado constitucionalismo clásico, que comienza a perfilarse desde el siglo XVIII y que perdura hasta nuestros días. Este implica un concepto de Constitución cualificado, que no se otorga a cualquier complejo normativo del poder político. Recordemos que ya en los albores del movimiento constitucionalista, en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, el art. 6 señala “*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, y la separación de poderes determinada, carece de Constitución*”.

³⁰ BIDART Campos, Germán José. *Doctrina del Estado Democrático*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1961. p. 305.

dart Campos, el control de constitucionalidad de las leyes, o más precisamente la garantía de que una ley que no respete la Constitución será declarada inconstitucional, y por tanto será privada de su valor legal, constituye una de las garantías del Estado democrático.

De este cambio de lógica del legalismo al constitucionalismo surge una nueva forma de concebir el fundamento del control constitucional, que ya dejará de ser una consecuencia lógica de la unidad del orden jurídico, pasando a tener un fundamento de carácter material. Ahora se razonará de la forma siguiente: la aplicación absoluta de la regla de la mayoría puede llevar a la violación de los derechos de las minorías. Al contener las Constitución un catálogo de derechos que protegen a los individuos, serán estos derechos el parámetro de control que permitirá proteger a las minorías de las mayorías, dentro de la democracia. La función del juez constitucional será entonces proteger la supremacía constitucional, porque de esta manera se resguardan los derechos de las personas que pertenecen a las minorías. En palabras del Profesor Carlos Santiago Nino “El control judicial de constitucionalidad materializa así el equilibrio entre la voluntad y el interés colectivo del pueblo y las decisiones e intereses básicos de un individuo que se encuentran atrincheradas por un derecho fundamental”³¹. Los tribunales deberán velar por la vigencia de la supremacía constitucional, puesto que la democracia no sólo supone que el poder lo ejerzan las mayorías, sino también que el poder de éstas respeten los derechos esenciales, que en la contingencia de la política, y ante la urgencia de lo inmediato, podrían ser violados. Para Habermas “se trataría de un momento de incondicionalidad de los Estados en los que, por así decir, dejamos en suspenso, en el aire, el proceso crónico, sensual, que acompaña la historia, la política y el poder, para dar preferencia a la autonomía individual”³².

Se aprecia como a la visión puramente formal, iuspositivista extrema, se van agregando elementos valorativos, y el componente político comienza a aparecer con fuerza en el razonamiento. Sin embargo, si bien se abandona la concepción legalista en lo relativo a la idealización y endiosamiento del legislador, y se atenúa el dogma de la supremacía del Parlamento, en esta forma de fundamentación del control de constitucionalidad y su jurisdiccionalidad, se dejan ver algunos puntos ciegos que explican por qué se cuestiona la aceptación de los órganos jurisdiccionales como los adecuados para cumplir la función del control de constitucionalidad. Primero, la respuesta de que éste se justifica por la protección del individuo no satisface enteramente, ya que no sólo los actos y normas que afectan directamente a los individuos son examinados a la luz del texto constitucional. Pensemos, por ejemplo, en la declaración de inconstitucionalidad de una ley por no haberse tramitado del modo en que la Carta Fundamental lo señala. Para ilustrar la idea, y llevado al absurdo, es como si se sostuviera que sólo debe controlarse la constitucionalidad de actos y normas a la luz del artículo 19 y obviarse el resto de la Carta. La segunda cuestión radica en que si bien la concepción legalista se abandona, la forma de concebir al juez como neutral, como “boca muerta” de la

³¹ NINO, Carlos *Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad*. En Cuadernos y Debates, N° 29 Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991. p. 97.

³² Citado por GÓMEZ BERNALES, Gastón, Op. Cit., p. 91.

Constitución, sigue intacta. Siguiendo las palabras de Habermas, esta concepción supone que el Estado sea *capaz* de tener momentos de incondicionalidad de la política, que es lo mismo que decir que los seres humanos que integran los órganos del mismo, y que actúan por él, tengan dicha capacidad. Digamos por ahora que el sólo recuerdo de la condición de “animal político” del ser humano hace que dudemos de esta capacidad.

Como se esbozó al inicio del presente trabajo, el control jurisdiccional de constitucionalidad ha generado polémicas y debates desde su nacimiento. Sin extenderse en detalles ajenos al objeto de la investigación³³, parece sensato exponer la disidencia “clásica” o más tradicional a la jurisdicción constitucional, para luego ver cómo y de qué forma ha vuelto a cobrar vigencia el debate sobre la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, a la luz de la contingencia del rol político que estos están jugando hoy, no obstante que en general los autores habían dado el punto por superado³⁴.

La crítica más importante y que, aunque planteada en diversas formas se reinventa a sí misma y perdura hasta nuestros días, corresponde a las llamadas “Tesis Contramayoritarias”. En términos simplísimos, ésta indica que la democracia supone que el poder emane del pueblo a través de sus representantes. No es aceptable que un tribunal, que no es electo democráticamente, que carece de legitimación democrática, se imponga por sobre el legislador, quien recoge su legitimidad directamente del pueblo. Se critica al control jurisdiccional de constitucionalidad sosteniendo que éste conduce al “gobierno de los jueces”, pues transferiría la decisión suprema a éstos, quitándola de manos del Parlamento y del Gobierno³⁵. Los tribunales no responden ante el pueblo como lo hacen éstos, y siendo las consecuencias de su tarea de gran incidencia en la sociedad, la jurisdicción constitucional sería antidemocrática.

Sin embargo, y como hemos visto las circunstancias históricas llevaron a abandonar esta crítica. El paso del legalismo al constitucionalismo significó un cambio en la concepción de la democracia. La urgencia de hacer respetar los derechos fundamentales, que tan violentamente fueron vulnerados y el ver como el dogma mayoritario podía llevar a la desintegración de la democracia misma y por cierto de la Constitución, como sucedió con la Alemania Nazi, hizo aparecer como irrelevante la crítica contramayoritaria y el establecimiento de un mecanismo de freno al poder del Estado, como una cuestión perentoria.

III. CONCEPCIÓN MODERNA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Luego del establecimiento de los tribunales constitucionales en Europa, el tremendo desarrollo que tuvo su actividad, y la importancia que éstos han llegado

³³ Para una notable exposición de críticas y discusiones sobre el problema del control jurisdiccional de constitucionalidad ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma Y El Tribunal Constitucional*, p. 157 y sgtes.

³⁴ Así, Mariela Rubano sostiene que “La discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional está superada por circunstancias históricas”, RUBANO, Mariela, Op. Cit., p. 13.

³⁵ DUVERGER, Maurice, Op. Cit., p. 243.

a tener en los sistemas políticos, se ha revitalizado el cuestionamiento de la legitimidad democrática de la justicia constitucional. Cuando se explicó la forma de entender la función de controlar la constitucionalidad que surgió en la post guerra, se señaló que ésta mantenía casi inalterada la forma de concebir la labor del juez. Es desde ésta perspectiva que han resurgido las críticas. La práctica ha demostrado que el rol del juez está lejos de ser neutro, que el texto constitucional es por su naturaleza abierta a la interpretación y necesariamente ha de ser desarrollada por el jurista que interpreta y aplica la norma, y que esta actividad tiene un importante componente político.

Frente a esta nueva realidad, y con el cambio de la forma de concebir el rol del juez, "...La doctrina tradicional de la separación de los poderes se va tornando insuficiente y obsoleta como mecanismo para explicar estos fenómenos. Sin duda la línea que divide el Poder Legislativo y Judicial se altera, o al menos no aparece tan nítida como aparecía con anterioridad"³⁶. Hoy resurge el primitivo temor al "gobierno de los jueces" en la forma del temor al activismo judicial y a la judicialización de la política. En efecto, al concebir al juez como un ser humano, con sensibilidades y posiciones valóricas y políticas propias, se comienza a desconfiar de la capacidad de éste para hacer valer lo establecido por el legislador o por el constituyente, en el caso de la jurisdicción constitucional. Se teme que el juez se torne un activista, yendo más allá del texto de la ley al decidir un caso, si lo estima necesario para proteger los derechos de los individuos, según sus propias convicciones y creencias, y se teme también a la judicialización de la política, a la expansión del poder de los tribunales a expensas de los poderes políticos tradicionales, que resolverán ahora las cuestiones que en la teoría democrática clásica corresponden al Parlamento o al Ejecutivo.

No obstante las críticas, la justicia constitucional, y en particular la institución de los tribunales constitucionales lejos de haber disminuido su influencia la ha visto acrecentada. No sólo la tendencia es a aumentar las atribuciones de estos órganos, sino también existe globalmente una tendencia de los ciudadanos y aun de los mismos actores políticos a recurrir a los tribunales constitucionales para resolver los más diversos asuntos³⁷. Frente a las críticas que se formulan, cabe recordar las palabras del Profesor Eduardo García de Enterría, "Nuestro argumento esencial para réplica es éste: la cuestión ya ha sido juzgada por el Tribunal de la Historia, ante la cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano"³⁸⁻³⁹.

³⁶ LARRAÍN Martínez, Beatriz, Op. Cit. p. 227.

³⁷ Piénsese en el desborde que ha presentado el TC Español por la verdadera avalancha de Recursos de Amparo que se interponen ante el, en el cuasi colapso de las Cortes de Apelaciones en nuestro país o en la interposición de recursos ante el TC o el Poder Judicial cuando las minorías políticas buscan anular alguna decisión tomada por el Parlamento o el Ejecutivo.

³⁸ Op. Cit. p. 175.

³⁹ Sin desestimar la relevancia de las críticas y sus contra argumentos, el presente trabajo no se extenderá en el punto en consideración a que excede su objeto de análisis. Hacemos presente que el punto ha sido tratado en doctrina nacional por el Prof. Fernando Atria.

I. FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA, ACTIVISMO JUDICIAL E INFLUENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DENTRO DE LA DEMOCRACIA

Hoy la Judicatura es uno de los actores relevantes dentro de la toma de decisiones políticas e incluso en algunos casos, de la política contingente, por más que la doctrina tradicional pretenda ignorar el tema. Así se han acuñado términos para designar estos fenómenos político-jurídicos; Judicialización de la Política y Activismo Judicial.

“En cuanto al activismo y la Judicialización, estos dos tópicos van de la mano. Si bien es cierto se discute mucho qué implica realmente el activismo judicial, en términos simples se puede describir como aquella actitud del juez que implica ir más allá de las meras palabras de la ley (más allá del texto) al decidir un caso, si es que esto es necesario para proteger los derechos de los individuos.

En cuanto a la Judicialización, la palabra “judicializar”, en términos amplios, significa tratar algo judicialmente, someter la controversia a la decisión de un juez. Luego, el término “judicialización de la política” se refiere a la expansión del poder de las cortes o jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, entiéndase Parlamento, gabinetes ministeriales, agentes de la administración del Estado, etc. En otras palabras, hoy jueces resuelven asuntos de tipo político valórico, que de acuerdo al concepto tradicional de la separación de poderes y de las teorías democráticas clásicas, tendrían que haber sido resueltas por el Parlamento o el Ejecutivo”⁴⁰.

Cuestiones tan disímiles y “metajurídicas” como el aborto, píldoras de anti-concepción de emergencia, financiamiento de partidos políticos, cobros de peajes, divorcio y jurisdicciones internacionales pasan de la mano del Ejecutivo o del Parlamento a ser resueltas por la justicia constitucional, otorgándole a ésta un rol determinante dentro del sistema democrático. Por la actividad de los tribunales constitucionales se genera un proceso en que los valores, y el ámbito de influencia de los derechos fundamentales, fundamentos del orden constitucional, se vean extendidos a espacios y materias impensadas de la vida política y social.

Esto sucede en gran parte por la circunstancia de que el establecimiento de tribunales constitucionales es por lo general⁴¹ producto de un cambio de régimen de uno autoritario a uno democrático, de modo que la tendencia es que estos tribunales constitucionales se conviertan en garantes y promotores del nuevo régimen, generándose así un activismo judicial, y actuando de facto como un promotor de los nuevos regímenes, que establecen modelos centrados en la dignidad humana y los derechos fundamentales.

⁴⁰ LARRAÍN Martínez, Beatriz, *Jueces y Poder político en Europa, en Perspectivas sobre la Unión Europea. Historia, política, Derecho y Economía*. Programa de Estudios Europeos, Santiago, Editorial Lexis-Nexis, 2005. p. 215.

⁴¹ A diferencia de lo que sucede con el TC chileno.

2. LA INFLUENCIA POLÍTICA EJERCIDA POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ES UN FENÓMENO GLOBAL

La expansión del poder de los jueces, en particular de la jurisdicción constitucional, es un fenómeno que podemos apreciar en los más diversos países. Algunos de los factores que habrían favorecido la expansión del poder de los tribunales, conforme a C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder⁴² serían la caída de los comunismos totalitarios en Europa del Este, la ola de democratización en América Latina, la obsesión de la academia norteamericana con la relación entre política y judicatura que habría influenciado a los académicos de otras partes del mundo y la Convención y la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros.

Para ilustrar este fenómeno se verá cómo ha influido la jurisdicción constitucional, particularmente los tribunales constitucionales, en decisiones políticas en Europa Central y Europa del Este, en América latina, y su muy reciente desarrollo en Asia y África⁴³, con el fin de constatar cómo la influencia política de estos órganos es una característica común, y el rol político de las cortes constitucionales, un fenómeno global.

La experiencia de los tribunales constitucionales europeos, en particular en el caso de Alemania, Italia y España, ha jugado un importantísimo rol dentro de sus respectivos sistemas, generándose el fenómeno de los llamados “diálogos constitucionales”, término acuñado por Louis Fisher para referirse a las influencias recíprocas entre lo que dictaminan las cortes constitucionales y lo que se presenta y aprueba como ley en los Parlamentos. El fenómeno ha tenido un extenso tratamiento por parte de la doctrina. Sólo se mencionará a modo de ejemplo los casos de Alemania, España e Italia. En Alemania, el régimen de partidos políticos y particularmente su forma de financiamiento ha resultado ser prácticamente una codificación de lo resuelto por el TC alemán. Creado por la Constitución alemana de 1949, se le ha calificado como la más activa y poderosa corte constitucional en toda Europa. Su gran cantidad de atribuciones demuestra el enorme poder que detenta, lo que lo ha transformado en un actor de primera línea en el esquema de gobierno alemán. Otro tanto podemos decir del TC español en materia de despenalización del aborto y de la regulación de las competencias de las Comunidades Autónomas. La Corte española cuenta con amplias competencias como son, además del control de constitucionalidad de las leyes, el conocimiento de los recursos de amparo y conflictos entre órganos estatales, competencias que le han otorgado un rol fundamental dentro del sistema español. En Italia, la Corte constitucional fue importantísima a la hora de regularse el divorcio en ese país dentro de otras materias importantes materias⁴⁴.

⁴² Para más sobre el punto ver *The Global Expansion of Judicial Power* de los autores mencionados.

⁴³ Se excluye de la revisión a los Estados Unidos por su modelo difuso de justicia constitucional, enfocándose el presente trabajo en el modelo europeo o concentrado.

⁴⁴ La doctrina en la materia es extensa y desborda con creces el objeto de este trabajo. Para una descripción de los casos, ver LARRAÍN Martínez, Beatriz. Op Cit. y VOLKANSEK, Mary *Constitutionals Courts as veto Players: Divorce and decrees in Italy*. Versión electrónica disponible en <http://www.clas.ufl.edu/users/kreppel/pos6933/volcansek.pdf> al 7 de abril de 2006.

En los países de Europa del Este, los tribunales constitucionales han contribuido a la consolidación de las democracias post comunistas. Debe considerarse que el control constitucional no tiene arraigo en la cultura jurídica de estos países. Previo a la segunda guerra mundial tenían una tradición legalista, pero no llegó a ellos el constitucionalismo, de modo que el establecimiento de tribunales constitucionales es uno de los hechos revolucionarios del cambio de régimen. Los tribunales constitucionales han sido fundamentales a la hora de la “europeización” de estos países y la incorporación de los valores jurídicos propios del sistema europeo, presentando un fuerte activismo en pro de la “occidentalización” de los regímenes. En algunos países como Hungría, el TC se transformó en motor y freno del cambio social. En el momento más álgido de su actividad, el TC húngaro invalidaba una de cada tres leyes aprobadas por el Parlamento. Incluso, algunos académicos han llamado a los primeros años posteriores al cambio de régimen como la “Juristocracia”⁴⁵.

En el caso de Sudáfrica, el establecimiento del TC es también producto de un cambio de régimen. No obstante el sistema de *common law* que tenían, los constituyentes consideraron necesario, debido al gran arraigo del Apartheid y la experiencia de que la judicatura ordinaria no había servido para proteger los derechos humanos en la época anterior, que la institución que fuera el guardián de la Constitución de Sudáfrica fuera una nueva corte sin vínculos institucionales con el pasado. Esta se establece por la Constitución de 1996 como “el tribunal de última instancia respecto de las materias relativas a la interpretación, protección y fortalecimiento de la Constitución”⁴⁶. No obstante su corta data, ya se ha visto enfrentada a asuntos importantes como el declarar la inconstitucionalidad de la pena de muerte en ese país. Importante es destacar que para analizar el caso en que resolvió la inconstitucionalidad de dicha pena⁴⁷, el tribunal recurrió a las discusiones que respecto del mismo asunto se habían producido en otras cortes constitucionales⁴⁸ lo que grafica cómo el fenómeno del constitucionalismo, y más precisamente del control constitucional por vía jurisdiccional, se trata de un fenómeno global⁴⁹. El TC sudafricano ha resuelto ya cuestiones relativas al derecho a la tierra, la seguridad personal y derechos económicos sociales y culturales, estableciendo los parámetros relativos a derechos humanos en Sudáfrica.

⁴⁵ Ver BOULANGER, Christian. *Europeanization Europeanisation Through Judicial Activism? CEE Constitutional Court's Legitimacy and the "Return to Europe"*. Versión electrónica disponible en http://www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNOV2003/Boulanger_paper.pdf al 7 de abril de 2006.

⁴⁶ CHASKALSON, Arthur *Constitutional Courts and Supreme Courts - A Comparative Analysis with Particular Reference to the South African Experience*. Versión electrónica disponible en http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/chaskalson.pdf al 23 de febrero de 2007.

⁴⁷ El caso se llama *State vs. Makwanyane*.

⁴⁸ Se recurrió a las decisiones y debates de la jurisdicción constitucional de más de una docena de países incluyendo Canadá, Hungría, India. También se consideraron las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁴⁹ Para más sobre la jurisdicción constitucional como fenómeno global ver AUTHEMAN, Violaine *Global Lessons Learned: Constitutional Courts, Judicial Independence and The Rule of Law* Versión electrónica disponible en http://www.ifes.org/publication/b16a9e8de58c95b427b1eca130/WhitePaper_4_FINAL.pdf al 7 de abril del 2006

En el ámbito asiático, si bien en rigor no se puede calificar a los órganos que controlan la constitucionalidad de las leyes como tribunales constitucionales, encontramos que cuentan con un sistema de control constitucional la India, Japón, que sigue el sistema difuso o desconcentrado y otros países asiáticos. Resulta particularmente interesante el caso de China, donde a pesar de que el constitucionalismo y la idea misma de Estado de Derecho son un proceso aún en desarrollo, también cuenta con una suerte de sistema de justicia constitucional. La Constitución china de 1982 establece que la responsabilidad del control constitucional recae sobre el Congreso Nacional del Pueblo. Si bien no podemos calificar a este sistema como corte constitucional, es interesante ver cómo opera el factor de control constitucional dentro del proceso de formación de las leyes el cual ha resultado un promotor de los derechos humanos. Un ejemplo interesante resulta el caso del requerimiento de revisión de constitucionalidad de las normas que regulaban la actuación de la policía, que fue presentado luego que Sun Zhigang, un estudiante universitario, fuera detenido por la policía por no llevar consigo su cedula de identidad y luego golpeado hasta morir por otros detenidos la misma noche de su detención. La sola amenaza de la revisión de la regulación mediante el control de constitucionalidad fue suficiente para que el gobierno cambiara la regulación. También es interesante el esfuerzo de los jueces chinos de tomar para sí el control de constitucionalidad, mediante la aplicación directa de la Constitución. Este razonamiento jurídico, si bien en un principio fue resistido, lentamente ha ido encontrando acogida en el sistema chino⁵⁰.

En relación a América Latina⁵¹ podemos señalar que no obstante que en una primera etapa el control difuso de constitucionalidad o modelo americano era el más influyente, ya desde hace algún tiempo se observa la influencia del sistema europeo continental, que es cada vez más vigorosa, al punto que puede decirse que los tribunales constitucionales constituyen una institución ya asentada en la cultura jurídica latinoamericana⁵². En la dirección que implica el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos podemos señalar a las cartas de Guatemala (1965 y 1985); Chile (1970-1973 y 1980); Ecuador (1948-1984-1993); Perú (1979 y 1993); Colombia (1991) y Bolivia (1994). Esto además de la creación de salas constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas de Costa Rica (1989); El Salvador (1883 y 1991) Paraguay (1992) y Ecuador (1993). También se pueden mencionar las reformas constitucionales mexicanas de 1987 y 1994, que han

⁵⁰ WANG, Zhenmin. Sumario de su presentación en el Asian Pacific Association of McGill, preparado por Stephanie Jones, Versión electrónica disponible en www.law.mcgill.ca/students/clubs/aplam/Constitutional%20Review%20in%20China2.pdf

⁵¹ En este sentido ver SAGUES, Néstor Pedro. *Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina*. Versión electrónica disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCINNPS.pdf> al 7 de abril de 2006.

⁵² Entendiéndose de la manera tradicional. La concepción de los tribunales constitucionales como actores políticos dentro de la democracia, y los procesos de activismo judicial y el debate que necesariamente deberá surgir en relación a este tema, está lejos de ser cuestión resuelta en nuestra cultura jurídica. Apenas si podríamos decir que es una cuestión emergente.

transformado a la Suprema Corte de Justicia, sin cambiar de denominación, en un verdadero TC⁵³.

Dentro de los casos latinoamericanos, y en el contexto de la importancia política que han adquirido las instituciones objeto de estudio, es notable el caso colombiano. La jurisprudencia del TC colombiano ha resultado ser fundamental para el efectivo desarrollo y promoción de los derechos que establece la Constitución colombiana de 1991, que en su catálogo de derechos incluye un número importante de derechos económicos sociales y culturales. Esta inició un “progresivo activismo judicial cuyo objetivo fundamental recaía en asegurar que las promesas contenidas en la Constitución del 1991 no fueran sólo palabras escritas en el papel”⁵⁴. En este sentido, se ha pronunciado respecto de materias como la eutanasia, el derecho a portar dosis de consumo personal de drogas, la autodeterminación sexual, discapacidad y políticas económicas, y “no ha dudado en confrontar al gobierno, los grupos económicos, las fuerzas armadas y medios de comunicación cuando así lo han requerido los principios y derechos constitucionales”⁵⁵. Por cierto, no todos los tribunales constitucionales existentes en América Latina han logrado una influencia e independencia como la de la corte colombiana. El TC de Perú por ejemplo, no logró contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en ese país⁵⁶. Es que el buen y democrático desarrollo de la justicia constitucional de un país, sólo es posible cuando se reconoce, junto al carácter jurídico de la labor de la justicia constitucional la naturaleza y las consecuencias políticas de su jurisprudencia constitucional. Pedro de Vega García señala “Sólo tiene sentido hablar de justicia constitucional en aquellos países y aquellas situaciones dónde la Constitución, aparte de ser un texto escrito, es ante todo una vivencia colectiva; donde las contradicciones e incoherencias de la Constitución formal tienen una vía de solución con la Constitución material... no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que previamente ni son democráticas ni son libres”⁵⁷.

IV. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA INFLUENCIA POLÍTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El estudio del “*judicial behavior*”, es decir el estudio del comportamiento judicial que se refiere, no a la conducta ética o funcionaria del juez, sino a la forma en que

⁵³ FIX, Héctor “*Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*”, En *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Serie G. Estudios Doctrinales, 179, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (1995): 59-74. Versión electrónica disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/6.pdf>. Al 3 de julio de 2006.

⁵⁴ RESTREPO, Esteban *Constitutional Reform and Social Progress: The Constitutionalization of Daily Life in Colombia* Versión electrónica disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/restrepoe.pdf> al 7 de abril de 2006

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Ver ABAD Yupanqui, Samuel. *La Protección procesal de los Derecho Humanos. El Aporte de la Jurisdicción Constitucional a su Defensa*. Versión electrónica disponible en http://www.amag.edu.pe/Files/Abad_La%proteccionA.htm

⁵⁷ Citado por HERNANDEZ, Domingo, Op. Cit. p. 69.

éste toma sus decisiones, es un área de estudio de corta data. Este nuevo paradigma de estudio de la judicatura, si bien se encuentra en expansión, ha encontrado y sigue encontrando resistencia de parte de la academia, aun acostumbrada a los razonamientos jurídicos más bien abstractos y a una aproximación más tradicional al fenómeno jurídico.

Los primeros estudios sobre el comportamiento de la judicatura se concentraban en comprender las decisiones políticas de los jueces individualmente considerados, es decir, tendían a desentrañar “por qué razón particular un determinado juez falla X en vez de Y”, postulándose diversas teorías como la de su extracción social, su manera de entender su rol en la sociedad, sus convicciones personales, etc. La razón de esta forma de aproximación tiene que ver con el hecho de que el “*judicial behavior*” es un área de estudio que comienza en Estados Unidos, teniendo como principal objeto de estudio a la Corte Suprema de dicho país, donde los jueces son personajes públicos perfectamente identificados en sus opiniones, opciones políticas y tendencias de votos en algunas materias controvertidas, siendo objeto de polémica en sus nombramientos y en sus decisiones. La Corte Suprema de los Estados Unidos publica los votos de cada juez, los que son comentados tanto por la doctrina como por la opinión pública. Concentrarse en la toma de decisiones de los jueces individualmente considerados, si bien puede ser adecuado para algunos países, no lo es para la generalidad de los tribunales constitucionales, pues no todos publican los votos de cada juez por separado. Luego, el enfoque ya no se centra en las decisiones de los jueces en particular sino que es la opinión de la corte constitucional, como institución. Por esto, los estudios más recientes presentan una aproximación más “institucional” a la hora de explicar la actuación de los tribunales constitucionales y su influencia en la política.

Se ha dicho que el estudio del comportamiento de la judicatura es un área de estudio relativamente nueva que ha sido tratada en gran medida por autores norteamericanos, siendo considerablemente menor el estudio que ha recibido en esta área el modelo europeo, no obstante la importancia de tribunales constitucionales como el TC alemán, español o el Consejo Constitucional Francés. Existen, sin embargo, suficientes estudios como para intentar un trabajo sobre el punto y pretender extrapolar las teorías elaboradas a partir del modelo europeo al caso chileno.

La actuación política de los tribunales en Latinoamérica ha sido aun menos estudiada. La relación entre la judicatura y los gobiernos dictatoriales durante los regímenes militares, es probablemente el aspecto más estudiado del “*judicial behavior*” en los países latinoamericanos pero no obstante existir material sobre este punto, la mayoría de los estudios en la materia ponen el acento más en como los tribunales *deberían* haberse comportado, en vez de cómo estos se *comportaron* efectivamente⁵⁸.

⁵⁸ LARRAÍN, Beatriz “The Expansion of Judicial Power in Chile: Case Study”. Tesis para obtención del grado PhD. Manuscrito en poder de la autora.

No existe aún uniformidad entre los autores respecto a cómo o con qué enfoque ha de estudiarse el fenómeno de los tribunales constitucionales como agentes dentro del juego político. Por eso es que se opta en este trabajo por revisar las teorías más importantes, o más comúnmente citadas por la doctrina, a la hora de intentar comprender el fenómeno. Todas estas teorías enfocan la relación “Justicia constitucional-Política” desde distintos puntos de vista, de modo que es necesario tener en consideración el que éstas no se oponen ni se niegan unas con otras, sino que son más bien complementarias. El propósito es que una vez expuestas las distintas teorías o aproximaciones podamos escoger una para aplicarla al caso chileno y determinar si es que el TC chileno ha tenido un rol en la formación de las decisiones del poder público en Chile, es decir, si en los hechos se trata de uno de los *policy makers* existentes en el sistema político chileno.

1. TEORÍA DEL “PODER CONSTITUCIONAL ÁRBITRO”

Louis Favoreu es uno de los juristas que más se ha dedicado al estudio de la justicia constitucional. De los autores a estudiar, es el único que viene del mundo de la dogmática jurídica, y no de las ciencias políticas. Por lo mismo, tiene una postura que podríamos denominar más clásica respecto de la relación entre política y justicia constitucional.

Para este autor francés, hablamos de TC cuando nos referimos a una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos. Para Favoreu una corte constitucional es un “Poder Constitucional, que viene a cuestionar la separación clásica de los tres poderes del Estado”⁵⁹, pero sería una suerte de poder “fuera del poder” puesto que señala que “La corte constitucional es como un árbitro entre los tres poderes” y agrega que “Mi explicación es que más que un poder en sí mismo, la justicia constitucional está destinada a supervisar a los otros tres poderes y a hacer que la Constitución sea respetada por ellos”⁶⁰. De esta forma rechaza las teorías del “cuarto poder”, o aquellas que señalan que los tribunales constitucionales pueden ser asimilados a una tercera cámara legislativa.

En su libro “Los Tribunales Constitucionales” el Profesor Favoreu sostiene que “en la mayoría de los países que han adoptado el modelo kelseniano, hoy se considera que la jurisdicción constitucional se sitúa fuera de los tres poderes cuyas respectivas atribuciones está encargada de hacer respetar”⁶¹ –aparece así el concepto de poder “árbitro”– el juez constitucional debe intervenir con objeto de garantizar un control efectivo del gobierno. La independencia del TC es lo que lo coloca fuera del alcance de los poderes públicos que el tribunal está encargado de controlar.

⁵⁹ FAVOREU, Louis Joseph *Justicia y Jueces Constitucionales* En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 61 1998-1999 Santiago. p. 14.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ FAVOREU, Louis Joseph *Los Tribunales Constitucionales* Editorial Ariel SA Barcelona 1994.

Para Favoreu la esencia, la razón de ser de la justicia constitucional, es confrontar los actos del legislador nacional con la Constitución. El control de constitucionalidad de las leyes es la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho. El problema que enfrenta este control es que puede corregir e incluso anular las opciones políticas fundamentales del legislador, representante de la voluntad general. Sin embargo esta dificultad se encontraría salvada puesto que los magistrados son elegidos por autoridades políticas, intervención que refuerza su legitimidad. Favoreu enseña que “Sólo un tribunal restringido, compuesto por personalidades importantes nombradas por las fuerzas políticas, puede ejercer ese control, y es significativo que en el seno de los tribunales constitucionales, los más habilidosos son los antiguos hombres políticos...”⁶².

Favoreu analiza los tribunales constitucionales de Austria, Alemania, Italia, Francia, España, Portugal y otros, considerando la influencia en el orden jurídico y político que estas instituciones han tenido.

Para Favoreu, la jurisdicción constitucional es una verdadera jurisdicción, y rechaza ahondar sobre el tema de la naturaleza jurídico-política o no jurisdiccional de los tribunales constitucionales, ya que para él lo importante es que el tribunal falle con autoridad de cosa juzgada y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en anulaciones con efecto *erga omnes*.

Sin abordar de lleno el fenómeno de la relación entre política y justicia constitucional, Favoreu acepta que los tribunales constitucionales juegan un rol dentro de la arena política, por mucho que los sitúe “fuera del alcance” de los demás poderes públicos en la parte teórica. Al analizar los tribunales constitucionales de varios países deja ver su importante influencia en el sistema político y además en trabajos posteriores los señala como “poderes públicos”. Así las cosas, podemos decir que si bien Louis Favoreu no desarrolla una teoría clara respecto de la relación entre política contingente y justicia constitucional, sí se desprende de sus escritos un reconocimiento a dicha relación, y un reconocimiento de la importancia de estas instituciones dentro del juego político.

2. TEORÍA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO “VETO PLAYERS” O JUGADORES DE VETO DENTRO DEL SISTEMA POLÍTICO

Una aproximación distinta y que proviene de la ciencia política es aquella que pretende estudiarlo a un nivel macro institucional utilizando el concepto de “veto player” o “jugadores de veto”. George Tsebelis define “veto players” como “Actores individuales o colectivos cuya aquiescencia es necesario requisito para el cambio del *status quo*. Es decir, que pueden bloquear la adopción de una determinada decisión o la adopción de una política determinada”⁶³. Otra definición de veto player es la proporcionada por Christian Boulanger, quien señala que es veto player “una institución que puede retrasar o incluso impedir una decisión que ya ha sido to-

⁶² FAVOREU. Op. Cit. Justicia y Jueces Constitucionales...

⁶³ TSEBELIS, George. *Decisión Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism*. En *British Journal of Political Science*, Vol 25, N° 3. (Jul., 1995) pp. 289-325.

mada por otra institución distinta”⁶⁴. Como se aprecia, el concepto de veto *player* no es exclusivo del estudio de los tribunales constitucionales, ni nace a propósito del estudio de estas instituciones, sino que es aplicable a distintos tipos de instituciones e incluso grupos de interés.

Se argumenta que los tribunales constitucionales son uno de varios “veto *players*” que pueden haber en un determinado sistema. Esta teoría señala que mientras menos instituciones “veto *players*” existan en un determinado sistema, más poder político tendrá el TC de ese sistema.

Dentro de su teoría acerca de los “veto *players*” el profesor Tsebelis distingue entre “veto *players*” institucionales y partisanos. Son “veto *players*” institucionales los establecidos por el derecho. Las instituciones sólo son “veto *players*” si tienen formalmente un poder de veto. A diferencia de éstos, los “veto *players*” partisanos son determinadas fuerzas o instituciones como los partidos políticos y otros “veto *players*” “de facto”. Por ejemplo sindicatos en un país de sindicalismo fuerte, los agricultores, etc., es decir grupos de intereses con importancia. Depende de la idiosincrasia del sistema en cuestión. En esta clasificación, los tribunales constitucionales serían “veto *players*” institucionales.

La idea subyacente a la teoría de los veto *players*, es que para que se produzca un cambio de política significativo (por ejemplo, reforma de la salud) éste debe ser aprobado por todos los “veto *players*” existentes dentro del sistema. Luego, cambiar una determinada política pública, o aprobar una ley, será más dificultoso de lograr mientras más veto *players* haya en ese sistema determinado y más distantes ideológicamente sean entre ellos⁶⁵.

Entre los veto *players* institucionalizados encontramos las cortes constitucionales, los quórumos calificados o el existir más de una cámara legislativas. Tsebelis señala como ejemplo el caso de la victoria de la izquierda en Francia en 1981, cuando el Consejo Constitucional se convirtió en el único veto *player* que actuaba representando a la mayoría política anterior. Importantes decisiones del nuevo gobierno eran rechazadas por el Consejo Constitucional. Esto hizo que la preocupación por una posible declaración de inconstitucionalidad por parte del Consejo Constitucional resultara determinante al punto que obligó a que las mayorías parlamentarias incluyeran en sus proyectos el lenguaje y argumentos que previamente había utilizado el consejo constitucional en sus fallos, a objeto de prevenir una declaración de inconstitucionalidad y, consecuentemente el ejercicio del poder de veto del Consejo Constitucional.

Siguiendo la aproximación a las cortes constitucionales como jugadores de veto dentro del sistema, encontramos a Mary Volcansek⁶⁶, quien sostiene que los tribunales constitucionales deben estudiarse como parte integrantes del sistema político, y deberían integrarse a la discusión acerca de cómo se formulan las decisiones políticas en vez de vérselos como actores externos a ese proceso con poder

⁶⁴ BOULANGER, Christian. Op Cit.

⁶⁵ TSEBELIS, George *Veto players and Law Production in Parliamentary Democracies: An Empirical Analysis*. En *The American Political Science Review*, Vol. 93, N° 3 (Sept 1999) pp. 591-608

⁶⁶ Volcansek sostiene esta tesis para los parlamentarismos en Europa central, particularmente para el caso italiano.

de simplemente vetar decisiones. Propone concebir a los tribunales constitucionales como veto *players*, de modo de entender la flexibilidad, tendencias y capacidad de reacción a la contingencia política que presentan estas instituciones⁶⁷. Propone que los tribunales constitucionales, con su potencial de bloquear las decisiones de los otros actores institucionales, influyen en la formulación de políticas y en la política nacional de un modo directo y de un modo indirecto.

La influencia indirecta es lo que corresponde a lo que se ha llamado la “Judicialización de la Política”. Conforme a Tate y Vallinder en su obra “The Global Expansion of Judicial Power”, el proceso político es judicializado de dos formas: Primero, jueces y cortes llegan a definir políticas públicas o al menos tener importante influencia en el proceso de su formulación y, segundo las negociaciones y debates políticos (no judiciales) terminan rigiéndose por normas legales o de procedimiento de corte jurídico. El ejecutivo o el legislativo resultan influenciados por las decisiones de la justicia constitucional por la previa jurisprudencia constitucional, y la amenaza de la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto determinado. Cuando se trata de formular políticas, los otros jugadores en la arena política toman en consideración lo que ellos predicen que dirá la corte.

La influencia es directa, cuando el tribunal es llamado a decidir sobre la validez de una determinada norma o acto. Para Tsebelis, en este caso, la actuación del TC es asimilable a añadir una “tercera cámara” al poder legislativo. En este caso, el TC actúa directamente como veto *player*.

El rango de acción que tengan estos tribunales, o cuan relevantes sean dentro del sistema, dependerá de cuán independiente del ejecutivo o del legislativo sea el TC. Podrá invalidar una norma, y sin embargo dependerá de la cooperación de al menos un actor institucional para que esa decisión sea eficaz, por lo que las cortes constitucionales deben lidiar con el hecho que su actuación es más eficaz cuando opera en alianza con otros órganos del Estado.

“Las constituciones enumeran las reglas de lo que el Ejecutivo y el Parlamento pueden y no pueden hacer, pero “alguien debe mantener un ojo sobre ellos” (Gallagher 1999: 82), y así es como las cortes entran al espacio político. Donde las cortes con el poder de revisar la legislación existen para monitorear las reglas, la negociación se vuelve tripartita. La corte se vuelve un veto *player* si puede decidir lo que la Constitución en definitiva significa e invalidar ambas acciones, ejecutiva y legislativa. El factor limitante de la independencia imperfecta inclina a las cortes a ejercitar su autoridad de veto en alianza con una o ambas de las otras dos instituciones para alcanzar o bloquear cambios políticos. Su autonomía contingente, carente de legitimidad y mandato democrático directo e incapacidad de imponer sus decisiones parece que les requiere actuar de esa manera. Incluso, una Corte constitucional siempre retiene la prerrogativa de invalidar cualquier legislación por cualquier razón. Esa autoridad hace a las cortes veto *players*”⁶⁸.

⁶⁷ VOLCANSEK, Mary *Constitutional Courts as veto Players: Divorce and Decrees in Italy*. Versión electrónica disponible en <http://www.clas.ufl.edu/users/kreppel/pos6933/volcansek.pdf> al 7 de abril de 2006.

⁶⁸ VOLCANSEK. Op. Cit. p. 352.

Este enfoque concibe a los tribunales constitucionales como actores dentro del sistema, cuyo poder de veto sienta los parámetros para las negociaciones entre el ejecutivo y el legislativo ya sea tácita o explícitamente. A diferencia de un enfoque más tradicional, que mira a las cortes constitucionales como ajenos al proceso de la toma de decisiones políticas, éste los ubica dentro de la arena política. Debido a la judicialización la consideración de las posibles futuras decisiones del tribunal y cómo éste reaccionará frente a un cambio de política, se hace parte del cálculo político de los demás actores. Reconocer a las cortes como veto *players* permite comprender cómo en definitiva, son formuladas las decisiones políticas a un nivel macro institucional.

3. TEORÍA DE LA EXPANSIÓN DEL PODER POLÍTICO DE LA JUDICATURA COMO UN SISTEMA DE PRESERVACIÓN DE INTERESES PARTICULARES DE LA ÉLITE O “SELF INTERESTED HEGEMONIC PRESERVATION”

En “*Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*” Ran Hirschl estudia el origen y consecuencias del neo constitucionalismo en Canadá, Israel, Nueva Zelanda y Sudáfrica⁶⁹, intentando responder a la cuestión de cuáles son los orígenes políticos de la reciente ola de constitucionalización, cuál es su impacto real en la actitud interpretativa de los tribunales en relación a las nociones de justicia distributiva, y cuáles son sus efectos extra judiciales en relación al avance de estas nociones, identificando las consecuencias políticas de la expansión del poder de los jueces a través de la constitucionalización, y sus implicancias para los gobiernos democráticos del siglo XXI.

La idea de que la protección de los derechos por parte de los jueces es una fuerza de cambio social progresista fuera del juego político, ha permanecido indiscutida y con estatus cuasi sagrado dentro del debate jurídico y público, que aparece hoy ampliamente aceptada por el sentido común del pensamiento constitucional contemporáneo. La constitucionalización de los derechos, y el correspondiente establecimiento del control constitucional, son ampliamente percibidas como medidas de difusión del poder, y frecuentemente asociadas con los valores liberales o igualitarios. Como resultado, señala Hirschl, los estudios acerca de su origen político tienden a retratarlos como un reflejo de un cambio social o político progresista y la devoción de una sociedad y su clase política hacia la democracia y los derechos humanos. Esta tesis aun no ha sido objeto de un estudio empírico que la ponga a prueba, ni aun por los pocos críticos de la constitucionalización que han levantado la crítica contramayoritaria y han denunciado el déficit democrático inherente a ella.

Hirschl señala que en los últimos años el mundo ha transitado hacia lo que denomina la “Juristocracia”. Reformas constitucionales han transferido una cantidad sin referentes de poder desde las instituciones representativas hacia las judiciales, y éste es un fenómeno que para ser entendido, no debe separarse de la realidad, siendo una manifestación concreta de las luchas políticas de una determinada comunidad.

⁶⁹ Todos países que han sufrido recientemente lo que Hirschl ha demonizado como “revoluciones constitucionales”.

Hirschl desarrolla una nueva explicación respecto del empoderamiento de los jueces a través de la constitucionalización, el que indica es un sistema de preservación de intereses particulares de la élite o *“self interested hegemonic preservation”*. Señala que el empoderamiento de los jueces se explica como el producto del juego estratégico entre tres grupos clave: primero, las élites políticas amenazadas, que buscan preservar su hegemonía política aislando la formación de políticas públicas y sus preferencias políticas de las vicisitudes de la democracia, al mismo tiempo de predicar el apoyo irrestricto a la democracia y sus instituciones frente a la ciudadanía. Segundo, las élites económicas que ven en la constitucionalización de los derechos, especialmente en el derecho de propiedad y otros de carácter económico, un medio de limitar la acción estatal y promover el libre mercado, y por último, las élites judiciales que buscan aumentar su influencia política y su reputación. La constitucionalización y el control constitucional pueden ofrecer una solución institucional efectiva para grupos influyentes que buscan preservar su hegemonía, los que debido a una erosión en su apoyo popular, pueden debilitarse al someterse a la regla de la mayoría. Así, la constitucionalización de los derechos no sería reflejo de una revolución progresista, sino que la retórica de los derechos y el control constitucional han sido apropiados por parte de las elites amenazadas a fin de fortalecer su posición dentro de la sociedad. Al mantener los mecanismos de toma de decisiones al frente del proceso político democrático formal, y al mismo tiempo trasladar el poder de formular políticas y tomar decisiones a cuerpos técnicos semiautónomos, aquellos que poseen acceso desproporcionado y ejercen influencia decisiva en estas instituciones ven minimizadas las potenciales amenazas a su hegemonía.

Para establecer empíricamente si la constitucionalización de los derechos efectivamente resulta un factor de avance en relación a la justicia social, Hirschl analiza el impacto que ésta ha tenido en los cuatro países estudiados, concluyendo que su contribución al avance de nociones progresistas como la justicia distributiva está sobrevaluada, y muchas veces su impacto es casi nulo, generándose serias dudas respecto a que la constitucionalización de los derechos y el establecimiento del control constitucional, tenga un efecto positivo en el estatus socioeconómico de los grupos históricamente menos privilegiados. Hirschl efectúa un análisis cualitativo y cuantitativo de las interpretaciones que los jueces han dado a los derechos, buscando identificar los principios más relevantes de la interpretación judicial contemporánea de los derechos, y así ofrecer un afirmación realista respecto del potencial de avance progresista que puede tener la constitucionalización. Se analiza también el impacto de la constitucionalización en la distribución de la riqueza en los países estudiados, a través del análisis de su impacto en aspectos claves para medir las condiciones socioeconómicas tales como acceso a la educación, vivienda y salud entre otros, concluyendo que el impacto en el mejoramiento de las condiciones de vida contrasta drásticamente con la significativa contribución que ha hecho la constitucionalización a la remoción de la rigidez del mercado y la promoción de las libertades económicas, así como a la expansión de los límites de la protección de la esfera privada del individuo. En un época de neoliberalismo económico, los derechos constitucionales aparecen con una limitada capacidad para hacer avanzar la noción progresista de justicia social en áreas en donde se requiere más intervención estatal y más gasto público.

La constitucionalización de derechos y el establecimiento del control constitucional han transformado el discurso político y la forma como se articulan, enmarcan y se resuelven las contiendas políticas y morales. Generan el marco necesario para la formulación de problemas políticos fundamentales en términos de cuestiones constitucionales, y así cuestiones de orden político son tratadas como cuestiones jurídicas y resueltas por jueces, lo que representa para los políticos un conveniente refugio para evitar o dilatar resultados políticos indeseados. El surgimiento de este nuevo método para la obtención de objetivos políticos y la administración de los asuntos públicos han sido acompañados y reforzados por un sustento inequívoco de la noción de control constitucional por parte de académicos y juristas.

Para Hirschl, la tendencia global al empoderamiento de los jueces a través de la constitucionalización, debe entenderse como parte de un proceso a gran escala donde la autoridad de formular políticas y tomar dediciones públicas está siendo transferida por las élites desde las instituciones democráticas o mayoritarias a técnicos, como serían a más de los tribunales constitucionales, instituciones tales como la Corte Europea de Justicia, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o la Organización Mundial de Comercio, con el objeto de excluir las preferencias políticas de las élites de las vicisitudes de la política democrática y así preservar la hegemonía de éstas.

4. TEORÍA DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE ALEC STONE SWEET

En *“Governing with Judges”*, Alec Stone Sweet realiza un análisis comparativo entre los sistemas alemán, español, italiano y francés, y señala que la forma de gobernar y de manejar los asuntos públicos en Europa ha sufrido importantes transformaciones producto del neoconstitucionalismo y su concepción de Constitución normativa, el establecimiento de catálogos de derechos constitucionales dentro de las constituciones, el control constitucional y el consiguiente empoderamiento que han experimentado los tribunales constitucionales y los jueces en general, explicando las causas y consecuencias de la construcción de este poder, presentado una Teoría de la Política Constitucional.

Stone Sweet comienza por presentar un modelo teórico de la judicialización de la vida social, en el cual se expone cómo la resolución de conflictos a través de la participación de un tercero puede vincular y unir normas y comportamiento humano en un sistema de influencia recíproca. Sociedad y sistema normativo aparecen vinculados. Así, el estudio de las normas y su desarrollo es el estudio del poder social, y por lo tanto de estudio de la política, en un sentido amplio y profundo. Por esto es que afirma que gobernar no es más que el proceso a través del cual los sistemas normativos que rigen una comunidad determinada son adaptados a los propósitos de quienes viven gobernados por estos.

Para resolver los problemas de cooperación y control social, los seres humanos establecen instituciones para generar, controlar y castigar el incumplimiento de las normas. Dentro de éstas normas se encuentran las leyes. La ley formaliza, haciendo explícitos los derechos y obligaciones de los individuos o grupos de actuar en una manera particular, en una determinada comunidad. La ley determina el

interés social y viceversa. Cuando este interés social está elevado a una norma jurídica, la contravención a las leyes es una ofensa a la comunidad, por esto es que las normas legales tiene la capacidad de constituir o definir a una comunidad política.

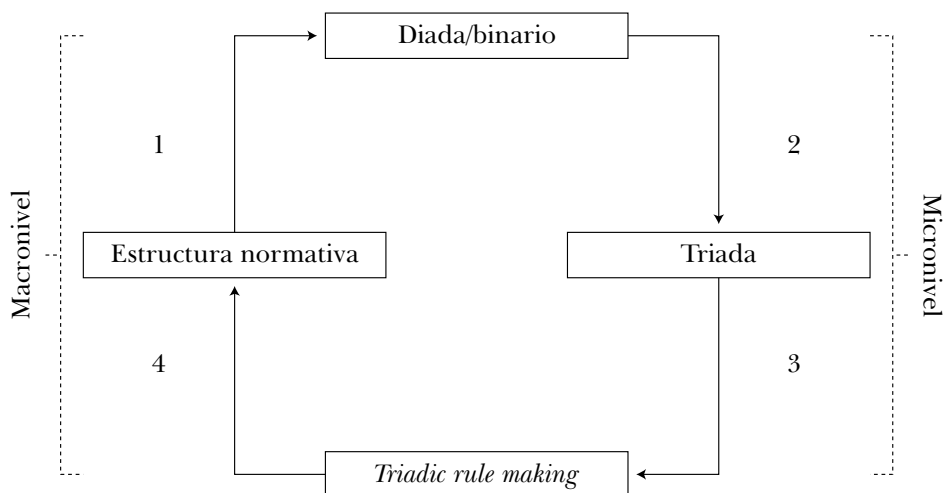
• *Teoría de la Judicialización de la vida social. Modelo teórico*

Los sistemas normativos facilitan la resolución pacífica de conflictos (su función social) en tres modos (1) Previenen que aparezcan los conflictos, (2) Constituyen un criterio para la solución de estos conflictos y (3) Cuando las partes no son capaces de resolver sus conflictos entre sí, “binariamente”, pueden buscar ayuda en una tercera parte. Al hacer esto las partes constituyen una nueva institución social, la “triada” que está constituida por las dos partes en conflicto más un tercero que resolverá. Los tribunales son una de las formas de resolución de conflictos en “triada”.

La “Judicialización” es el proceso mediante el cual: 1) El mecanismo de resolución de conflictos de triada desarrolla autoridad sobre la estructura normativa vigente en una comunidad determinada. 2) La decisión de la tercera parte que resuelve (*triadic rule making*) viene a determinar el modo en que los individuos interactúan.

Las cuatro etapas de la judicialización:

El modelo descompone el proceso de la judicialización de la sociedad en cuatro etapas, cada una de las cuales conduce a través de un patrón circular en el sentido de las flechas de un reloj. Las etapas 4 y 1 en el lado izquierdo del gráfico representan el nivel macro. El nivel micro es animado por el comportamiento de los actores individuales, incluyendo un eventual tercero que resolverá la disputa. Diada o Binario se refiere a cualquiera dos personas en sociedad que pueden escoger entrar en una relación normada con la otra persona. La triada es la situación que resulta cuando los miembros de la diada acuerdan acudir a un tercero para que los ayude a resolver un conflicto respecto de los términos de su relación.



- Etapa 1. Desde la estructura normativa al “contrato diádico”. El “contrato diádico” es la relación de intercambio entre dos personas. En este contrato se establecen las reglas de intercambio o “promesas” que voluntariamente se acuerdan, y que establecen derechos y obligaciones. Esto requiere un sistema normativo al menos rudimentario, ya que cuando dos personas eligen interactuar de esta forma es para conseguir un bien, cooperación resulta imposible en ausencia de una estructura normativa.
- Etapa 2. Desde la “diada” a la “triada”. La legitimidad de la relación diádica se encuentra en el propio interés de cada una de las partes. Las normas (las promesas establecidas) organizan en parte de qué modo es entendida la relación. No obstante el conflicto es siempre posible, por esto es que las relaciones diádicas generan una demanda social masiva por sistemas de resolución de conflictos. Si las partes fallan en el intento de resolver el conflicto por sí mismas, pueden decidir delegar el asunto a una tercera parte, constituyéndose en triada. La delegación de conflictos a una tercera parte es el “combustible” de la judicialización.
- Etapa 3. La crisis legitimidad de la triada. La reputación de neutralidad del que resuelve es crucial para la legitimidad social de la estructura normativa.
- Etapa 4 a 1. El cambio entre la etapa 4 a la 1 evidencia que la triada genera un giro, un movimiento desde la diada (una comunidad) y la estructura normativa, constituyéndose en un puente entre ambas.

Aquí se genera lo que Stone Sweet denomina el “*triadic rule making*”⁷⁰. El *triadic rule making* tiende a anudar normas y comportamientos estratégicos: Emerge una disputa diádica, los disputantes delegan a un tercero la resolución de esa disputa, el tercero resuelve en un proceso de razonamiento normativo que incluye el acudir a la estructura normativa. Al volver a la etapa 1, el impacto de la estructura en el comportamiento de los individuos cierra el círculo, volviendo al punto de partida. Pero éste ya no es el mismo, los individuos partes de la diada han aprendido algo sobre la naturaleza de su relación (las normas que reglan sus derechos y obligaciones) y acerca del ambiente que los contiene (la estructura normativa). El contrato diádico es reconsagrado, y la estructura normativa es también reconsagrada. El tercero que resuelve el conflicto ha alterado la estructura normativa, clarificándola y añadiendo a ésta nuevas normas, y al hacer esto la “reescribe”, expandiendo sus dominios. A medida que el círculo se produce una y otra vez, las normas constitutivas de la estructura normativa constantemente se expanden, haciéndose más elaboradas y diferenciadas. Estas reglas luego generan retroalimentación sobre las relaciones diádicas, estructurando futuras interacciones, conflictos y la resolución de éstos.

Si (1) las partes consideran que es mejor resolver sus disputas a través de un tercero, es decir, que consideran mejor un sistema que incluya este mecanismo de

⁷⁰ Las normas que se crean cuando al resolverse un caso, el tribunal justifica su decisión, normas que además de ser vinculante para las partes pueden servir luego como precedente para clarificar las reglas relevantes para interpretar, y eventualmente decidir en situaciones, comportamientos o conflictos similares futuros.

triada y (2) quien resuelve entiende que sus decisiones tiene autoridad, el *triadic rule making* inexorablemente se convierte en un mecanismo de cambio social, que servirá para ir gradualmente adaptando las normas a las necesidades de quienes están gobernados por ellas, y el intercambio diádico inevitablemente será puesto bajo la sombra del *triadic rule making*.

Dentro de las formas triádicas de resolución de conflictos están los tribunales. Cuando un juez es requerido resolver un asunto, lo usual es que tenga la obligación de dar una justificación a su decisión. Esta decisión tiene fuerza vinculante para las partes, pero también puede tener valor como precedente, al punto de que esta decisión puede servir para clarificar las reglas relevantes para determinar comportamientos o conflictos, es decir, al tomar decisiones los jueces crean normas nuevas. Esto es el *triadic rule making*.

El modelo teórico expuesto es básico para entender la dinámica de la Teoría de la Política Constitucional que presenta Stone Sweet.

- *Constitucionalismo y Política*

Constitucionalismo refiere al compromiso en un determinado cuerpo político referente a la idea de que las instituciones se sitúan en espacio generado por un cuerpo de reglas; la Constitución, cuyas normas no sólo poseen jerarquía, sino que también constituyen a la comunidad política. El neo constitucionalismo lleva a desechar el modelo de Supremacía Parlamentaria, donde se entiende “*Parlament can't do no wrong*”, ya que las decisiones del legislador emanan del pueblo mismo que lo ha elegido, y se toma ahora el modelo “Constitución Normativa” que además de establecer instituciones y procedimientos, adiciona un conjunto de restricciones sustantivas al uso del poder público y establece un mecanismo triádico de resolución de conflictos para hacer cumplir estas limitaciones. Estas restricciones, dentro de las cuales los derechos humanos son las más relevantes, dan acción a sujetos no estatales contra el Estado. Estas demandas o acciones pueden argumentar que los actos del Estado son inválidos porque violan los derechos consignados en la Constitución. En este caso, la generación de las normas de menor jerarquía es un proceso que podríamos determinar más “participatorio”, en el sentido de que se incorporan como actores en el proceso a los particulares y a los jueces.

- *La Política Constitucional*

Alec Stone Sweet señala que “Política Constitucional” es aquella que comprende la relación mediada por el *rule making* de los jueces constitucionales⁷¹ entre normas constitucionales (nivel macro) y la decisión y actuación de órganos públicos y otros individuos (nivel micro).

La teoría de la judicialización afirma que dadas ciertas condiciones, los jueces constitucionales reelaboran las normas constitucionales y al hacer esto construyen un discurso, un conjunto de diálogos y conversaciones colectivas acerca de las facultades y límites del poder del Estado, y que dados ciertos supuestos puede que otros órganos o poderes públicos (ministros, parlamentarios, jueces ordinarios, etc.) puedan verse vean envueltos en este discurso y ayuden con su actuar a per-

⁷¹ Lo que en el modelo teórico corresponde al “*triadic rule making*” y que en la teoría de la Política Constitucional de Alec Stone Sweet se presenta como el “*Constitutional Rule Making*”.

petuarlo, y al mismo tiempo se sientan compelidos a alterar su comportamiento en orden a cumplir con los mandatos constitucionales (que han sido, recordemos, reelaborados por los jueces al construir el discurso).

Para efectos de entender la política constitucional, las constituciones pueden asimilarse a contratos es decir, pueden verse como un conjunto de negociaciones entre partes, que para este caso serían, por ejemplo, los partidos políticos. De hecho, la mayoría de las constituciones post segunda guerra mundial fueron fruto de intensas, y a menudo conflictivas, negociaciones entre los partidos más importantes. En Alemania, Italia y España, las negociaciones produjeron cuatro resultados importantes. Primero, las partes acordaron sistemas de gobiernos. Segundo, se decidieron por federalismo o intenso regionalismo. Tercero, se incorporaron a las constituciones catálogos de derechos fundamentales. La catalogización de los derechos fundamentales resultó la materia en que más difícil fue llegar a acuerdo. Esto es lógico, ya que los argumentos relativos a derechos fundamentales son necesariamente argumentos relativos a valores sociales y por lo tanto, alternativas políticas. Finalmente, se adoptó el modelo kelseniano de justicia constitucional. Mantener vigente este “contrato” que es la Constitución, presenta como dificultad la de concordar en normas específicas que regulen la conducta recíproca de las partes, y también la dificultad de mantener el contrato en el tiempo ya que surgirán necesariamente diferencias de interpretación de estas normas. En el caso de la Constitución, los tribunales constitucionales pueden ser una respuesta a los múltiples conflictos que pueden surgir.

Como hemos visto, al establecerse el control de constitucionalidad y los procesos específicos para la revisión de la Constitución, los partidos políticos han renunciado a su monopolio sobre el desarrollo de las normas constitucionales. Si los jueces constitucionales sólo controlaran la forma y no el fondo de la legislación (como en el modelo kelseniano puro) éstos no tendrían tanta importancia, pero los jueces deciden sobre el fondo y particularmente, sobre derechos establecidos por la Constitución, los que constituyen restricciones o limitaciones sustantivas a la facultad de dictar leyes. Por lo tanto lo que sucede es que los partidos políticos han transferido a los jueces su propio problema no resuelto, esto es cuál es la naturaleza y propósito de un determinado derecho y su relación con el resto del ordenamiento.

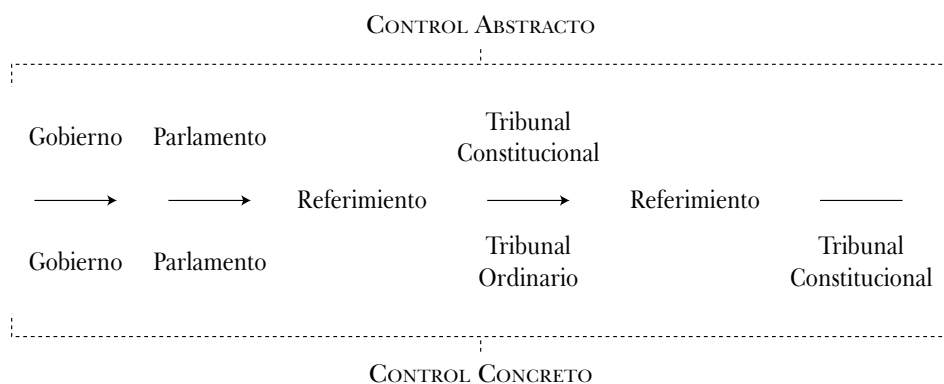
Ahora, ¿Cómo funciona el control constitucional? Como es sabido, existen tres modos o mecanismos para controlar la constitucionalidad de una ley o acto en el sistema continental: el control constitucional abstracto, el control constitucional concreto y las acciones directas de constitucionalidad. El control abstracto de constitucionalidad se refiere a leyes que han sido aprobadas pero que aun no han entrado en vigencia. El control abstracto es iniciado por órganos políticos; Ejecutivo, legislativo, estados federales o gobiernos regionales o el defensor del pueblo. En la práctica, prácticamente todos los requerimientos de inconstitucionalidad se presentan por miembros de la oposición, en contra de la legislación propuesta por la mayoría o el partido de gobierno. Cuando el control de la ley u otro acto público constituye una etapa separada del litigio, hablamos de Control Concreto de Constitucionalidad. Este control es iniciado por los jueces (no constitucionales) durante el desarrollo de un litigio que se ventila en tribunales, los que pueden

referir el conflicto constitucional al TC. La decisión del TC es vinculante para el juez⁷². Por último, la Acción Constitucional Directa es aquella de que dispone un particular para que se remedie la situación que le ha causado un acto público o gubernamental que ha violado sus derechos constitucionales. La acción constitucional directa (el amparo español, nuestra acción de protección) trae a los particulares a escena. Éstos, o el defensor del pueblo en algunos casos, pueden acudir directamente a la justicia constitucional.

Stone Sweet sostiene que una de las bases para el entendimiento de la política constitucional europea es el impacto que actualmente tienen los tribunales constitucionales en las tomas de decisiones de otros actores, legislativos o judiciales. Stone Sweet estudia los factores estructurales que condicionan la interacción entre legisladores y jueces constitucionales y jueces del poder judicial y jueces constitucionales distinguiendo entre la política constitucional y los parlamentarios y la política constitucional y los jueces.

La naturaleza, ámbito e intensidad de las interacciones entre legisladores y jueces constitucionales se encuentra determinada por dos factores (1) El modo de controlar la constitucionalidad que ejerce el TC y (2), hasta qué punto la mayoría parlamentaria busca aprobar reformas radicales a la legislación. Un tercer factor que se tratará aparte es el “estado de desarrollo de las normas constitucionales”. Estos factores explican la “judicialización” de los gobiernos en Europa.

Primer factor: Modo de control (abstracto/concreto)



La figura representa el proceso legislativo. El gobierno hace el borrador de un proyecto de ley. Una vez hecho y aprobado, se envía al Parlamento. Los parlamentarios frente al proyecto tienen tres alternativas; adoptar el proyecto, modificarlo y adoptarlo o rechazarlo. El control abstracto hace que el proceso legislativo sea más largo porque añade otra etapa, la “lectura constitucional” de las leyes por parte de los jueces constitucionales. Los requerimientos son casi siempre obra de la oposición. Es razonable suponer que la oposición utilizará los mecanismos de

⁷² Al menos en teoría, en el sistema continental a los jueces ordinarios no les está permitido decidir por sí mismos la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

control de constitucionalidad contra una legislación que se ha aprobado por la mayoría en el Parlamento, ya que los referimientos al TC no representan costo para ella, el gobierno no puede hacer nada para evitarlos y la decisión del tribunal es vinculante para la mayoría legislativa sin posibilidad de apelación.

En el control abstracto de constitucionalidad, legisladores y jueces constitucionales se relacionan directamente. Stone Sweet señala que, siendo los otros factores iguales, los sistemas en que existe control abstracto experimentan más judicialización que aquellos no lo tienen. El control concreto también posibilita la participación de los jueces constitucionales en la actividad legislativa, pero en este caso, legisladores y jueces constitucionales sólo interactúan indirectamente, por intermedio de los tribunales en las causas de que conocen. En comparación con el control abstracto, el control concreto es una vía más difícil de restar eficacia a una ley (pueden pasar unos cuantos años antes de una sentencia), además es políticamente menos polémico. En todo caso esto no significa que la judicialización no pueda producirse. Lógicamente, en los sistemas que poseen ambos modos de control, la judicialización y el constitucional *rule making* tienden a acentuarse.

Segundo factor: Reforma y *Status Quo*. Entre más radical sea la ley aprobada por el Parlamento es más probable que sea referida al TC. Es radical una ley en tanto cuanto altera el *status quo*. Stone Sweet señala que, siendo los demás factores iguales, entre más reformas radicales existan en un sistema político, más se producirán conflictos constitucionales que serán referidos al TC para que los resuelva.

Tercer factor: El “*Constitutional Rule Making*”. Este tercer factor se refiere al relativo desarrollo del derecho constitucional a través del “*constitutional rule making*”⁷³. Es un factor endógeno de la política constitucional, puesto que el *constitutional rule making* retroalimenta y refuerza los comportamientos que el control constitucional provoca. Los requerimientos de inconstitucionalidad permiten a los tribunales constitucionales “construir” el derecho constitucional, desarrollar la Constitución, desarrollando técnicas de control sobre la actividad legislativa. Así, mientras las normas constitucionales expanden su influencia en distintas áreas⁷⁴, también se expanden las bases del debate judicializado. El *Constitutional Rule Making* tiende fuertemente a autorreproducirse y al hacer esto, la judicialización es provocada y reforzada.

Recapitulando, encontraremos mayor grado de judicialización en aquellos países en que (1) exista el control abstracto de constitucionalidad y (2) se presenten reformas legislativas radicales. Respecto al tercer factor, el “*constitutional rule making*” Stone Sweet señala que su tesis es que si los jueces constitucionales tienen alta carga de casos que resolver, si rutinariamente resuelven estos casos otorgando victorias parciales a las partes, evitando declarar vencedores o perdedores totales entre las partes en disputa y algunas veces anulan legislación y si justifican sus decisiones normativamente, se producirá la judicialización. Esto en lo referente a la política constitucional y los legisladores.

⁷³ Corresponde a lo que en el modelo teórico se denominó “*triadic rule making*”.

⁷⁴ Lo que se ha denominado el proceso de “constitucionalización del derecho”.

Ahora, respecto de la política constitucional y los jueces; no obstante que la doctrina de la separación de poderes prohíbe la revisión judicial de los actos legislativos, el neo constitucionalismo permite una serie de interacciones entre el Poder Judicial y los Jueces Constitucionales. El control concreto de constitucionalidad requiere que los jueces ordinarios participen en el control de la legislación. El control concreto supone un esfuerzo general y relativamente descentralizado de jueces y litigantes en orden a detectar violaciones a la Constitución.

Entre más dificultoso o caro resulte activar la revisión constitucional de la legislación, la importancia y autoridad de los jueces constitucionales será menor. Sin embargo, lo que generalmente ocurre es que iniciar un control abstracto resulta prácticamente de costo cero para la oposición. Asimismo, el control concreto, si bien resulta demoroso para los litigantes, es sufragado por el Estado, por lo que tampoco resulta significativamente costoso. Si para la mayoría gobernante es relativamente sencillo hacer girar la jurisprudencia de la Corte constitucional o limitar los poderes de sus jueces, o si los parlamentarios pueden fácilmente “reconstituirse” como poder constituyente y así sobreponerse a una decisión de la corte constitucional⁷⁵, el poder de los jueces constitucionales sobre la legislación puede ser efímero. A contrario sensu, si esto resulta difícil de hacer en la práctica, el poder de los jueces constitucionales será mayor. Por lo tanto, determinar qué tipos de mecanismos de control están disponibles para los partidos políticos y las demás variables que se han señalado, resulta relevante para predecir más o menos cuánto “*policy autonomy*” podrán manejar los jueces constitucionales y cuanto “*constitutional rule making*” podrán generar.

- *El Proceso Legislativo*

Los procesos legislativos son escenario de la política constitucional en la medida en que éstos organizan las interacciones entre legisladores y jueces constitucionales. A medida que estas interacciones crecen y aumentan en el tiempo, el proceso legislativo y el desarrollo de las normas constitucionales se encuentran cada vez más conectados, volviéndose interdependientes.

Stone Sweet conceptualiza a los tribunales constitucionales como órganos legislativos especializados, un tipo de cuerpo legislativo que interactúa con otros cuerpos legislativos dentro del proceso de formación de la ley, y el control de constitucionalidad es conceptualizado como una de las etapas de la elaboración de la ley. El adoptar esta perspectiva facilita observar la compleja relación existente entre la justicia constitucional y la formación de la legislación. La competencia legislativa de los jueces constitucionales es especializada ya que se extiende sólo a juzgar la constitucionalidad de la ley previamente aprobada por el Parlamento. El referimiento al TC constituiría una “tercera lectura”, una lectura constitucional del proyecto aprobado y esto puede requerir o provocar un nuevo proceso legislativo.

⁷⁵ Transformando en constitucional lo que era inconstitucional, y así poder insistir en una reforma a la legislación.

La judicialización genera limitaciones constitucionales para aquellos encargados de hacer las leyes y genera discursos y prácticas legislativas nuevas, tendiendo a borrar las distinciones entre justicia constitucional y poder legislativo, al punto que gobierno y parlamentarios pueden encontrarse operando en contextos contruidos por jueces constitucionales y personas electas por la ciudadanía pueden verse dando razones constitucionales de su actuar, ya que sus intereses y objetivos políticos sólo pueden perseguirse formulados en términos constitucionales.

El impacto legislativo de los tribunales constitucionales puede apreciarse en dos dimensiones; el efecto inmediato, directo o formal de una decisión particular del tribunal en una decisión política específica y el efecto pedagógico, indirecto o de retroalimentación del “*constitutional rule making*” en los procesos y resultados legislativos posteriores.

El impacto formal de las decisiones constitucionales en el resultado de la actividad legislativa, o el efecto inmediato o directo se aprecia cuando notamos que un TC al fallar, realiza una actividad cuyos efectos son en parte legislativos. El TC puede decidir anular totalmente o parcialmente una determinada ley o proyecto. Al hacer esto los jueces constitucionales ejercitan su autoridad de veto, autoridad que es inherente al control de constitucionalidad.

Además, los tribunales constitucionales han desarrollado técnicas diseñadas para controlar la constitucionalidad de una ley sin llegar a invalidarla. Estas ponen a parlamentarios, jueces ordinarios y otras autoridades públicas bajo una suerte de “supervisión constitucional”. Estas técnicas hacen que los jueces constitucionales tengan una preeminencia que viene no de invalidar las reglas sino que, de hecho, prescribirlas. Una de estas técnicas es la que Stone Sweet denomina las “interpretaciones vinculantes” que permite a los jueces constitucionales controlar el cómo son aplicadas las leyes por otras autoridades públicas. Estas decisiones son declaraciones formales y jurídicamente vinculantes que establecen que una determinada disposición o norma debe ser considerada constitucional sólo si es interpretada exactamente como lo ha establecido el TC. Este tipo de decisiones “reescriben” la legislación, estableciendo un único significado o interpretación posible de una norma o ley y cómo ésta debe ser aplicada por los jueces, sin atender a cuál fue la intención del legislador que aprobó el proyecto. Así, las interpretaciones vinculantes ponen al legislador “bajo supervisión constitucional”.

La segunda dimensión del impacto de los tribunales constitucionales en la legislación, la dimensión anticipada, indirecta o creativa se manifiesta cuando observamos a los legisladores actuando como jueces constitucionales. Cuando ministros y parlamentarios escriben, discuten o rechazan las leyes en función de (1) cumplir con la jurisprudencia constitucional o (2) anticipar la dirección de una decisión constitucional futura, éstos ratifican la función o autoridad pedagógica del “*constitutional rule making*” sobre sus propias actividades. La consolidación de esta autoridad ha ido de la mano con la institucionalización de una nueva forma de política legislativa, en la que los legisladores entran en un debate sobre la constitucionalidad de los proyectos legislativos. Al trabarse en una deliberación constitucional, los parlamentarios se comportan como jueces constitucionales, considerando la relación normativa entre un proyecto de ley y la Constitución y tratando de armonizar los términos de la ley y la Constitución. El “*constitutional*

rule making” tiene el efecto de “codificar” a qué límites está sometido el legislador, cuestión que los parlamentarios no siempre pueden apreciar previo a la existencia de una jurisprudencia en la materia. El “*constitutional rule making*” fuerza a los legisladores a emplear modos de razonar similares cuando en el futuro se encuentren en situaciones análogas. Así la función o autoridad pedagógica del TC sobre el comportamiento del gobierno y el Parlamento se ve reforzada.

En principio, el control abstracto de constitucionalidad facilita la judicialización. Al referir una ley al TC, la oposición lo fuerza a intervenir en el proceso legislativo y brinda a los jueces constitucionales una oportunidad para generar “*constitutional rule making*”. Los jueces constitucionales toman esta oportunidad generando jurisprudencia, la misma que constituye una fuente de argumentos a la que a oposición puede acudir para organizar el debate constitucional al interior del Parlamento y así obtener concesiones por parte del gobierno y la mayoría parlamentaria. Si estas concesiones no se ven probables de suceder, la oposición presentará nuevos referimientos, que producirán nuevas oportunidades para que ocurra el “*constitutional rule making*”. Esta secuencia es el espiral de retroalimentación que produce la judicialización.

Una vez que un proyecto de ley es presentado en el Parlamento, el debate constitucional abierto comienza. La oposición comienza a atacar el proyecto en términos “constitucionales” es decir, con argumentos que corresponden al dominio del derecho constitucional y en general éstos son respondidos en los mismo términos, es decir, la discusión para de ser puramente política y los políticos comienzan a comportarse como jueces constitucionales al hacer juicios de constitucionalidad, muchas veces apoyados en documentos de carácter académico (Por ejemplo, solicitan informes en derecho).

Como se ha visto, el fenómeno de los tribunales constitucionales y sus decisiones han transformado la naturaleza del proceso legislativo y sus resultados, judicializándolos. Así Stone Sweet demuestra la interdependencia existente entre los fallos de los tribunales constitucionales y el legislar, y por consiguiente rechaza la idea de que gobiernos y Parlamentos sean los únicos y verdaderos legisladores y rechaza también la idea de que sólo los jueces constitucionales efectúan juicios de constitucionalidad.

- *La Protección de los Derechos Fundamentales*

Stone Sweet parte del supuesto de que si bien el significado de la norma constitucional está continuamente siendo re-constituido o re-diseñado por la jurisprudencia constitucional, el lenguaje constitucional y el significado constitucional son no obstante una cuestión que analíticamente es distinta. Los preceptos constitucionales son “puntos” o “lugares” respuesta acerca del significado, éstos organizan los argumentos acerca de la naturaleza, contenidos y aplicabilidad de una determinada norma. Los jueces están forzados a resolver conflictos de derechos constitucionales, que son conflictos acerca de su aplicabilidad en una determinada situación, encontrándose en la obligación de fundamentar sus fallos. En la medida en que la interpretación constitucional se encuentra en la esencia de la política constitucional, y dado que el lenguaje constitucional da forma a la interpretación constitucional, al estudiarse la política constitucional debe prestarse especial atención a la estructura normativa y a la toma de decisiones constitucionales o

“*constitutional decision making*” que es en sí mismo un acto de interpretación constitucional.

El “*Constitutional decision making*” es el acto de determinación del significado de uno o más preceptos constitucionales para resolver un debate o discusión sobre la constitucionalidad de (a) una norma infraconstitucional o (b) una práctica o acto por parte de uno o más individuos. Todo acto de control constitucional es un acto de “*constitutional decision making*”.

La Constitución establece la jerarquía de las normas y esta jerarquía condiciona la interpretación constitucional. El efecto directo de los derechos establece una relación jerárquica simple entre Constitución y ley. Cualquier ley que viole un derecho constitucional no es válida y debe expulsarse del ordenamiento. Sin embargo, el problema de la jerarquía entre normas intraconstitucionales es más complejo. Sin duda el problema más complejo se produce cuando dos o más derechos constitucionales, de estatus jerárquico equivalente entran en conflicto entre sí⁷⁶. Estos conflictos entre derechos son la mayor fuente del “*constitutional decision making*” y del desarrollo del derecho constitucional a través de la jurisprudencia, ya que la estructura de los preceptos constitucionales que establecen derechos constituye una delegación a los jueces constitucionales de una enorme autoridad discrecional, debido a la vaguedad y amplitud en que éstos se encuentran formulados.

Las tensiones intraconstitucionales no sólo son preocupación de jueces constitucionales sino también de los legisladores. Entre más judicializado se encuentre el proceso legislativo, más frecuente será encontrar a parlamentarios y jueces constitucionales haciendo las mismas cosas, usando el mismo lenguaje y trabajando con los mismos materiales normativos.

Las constituciones europeas requieren que el legislador se involucre en un proceso de “*constitutional decision making*” puesto que les imponen la obligación de asegurar el respeto de los derechos constitucionales y de regular cómo se gozarán y ejercerán, para la consecución del bien común. Cada vez que los legisladores se involucran y generan *constitutional decision making*, se comportan como jueces constitucionales. Esto hoy es muy frecuente por tres razones que se refuerzan mutuamente, la primera es que la Constitución mandata a los legisladores el proteger unos derechos y a generar y mantener las condiciones de ejercicio de otros derechos, actividad que genera el contexto normativo donde el debate y el *decision making* se produce. La segunda razón es que la decisión que toman los parlamentarios respecto de un debate sobre derechos es un aspecto de la lucha entre los partidos políticos por el control del desarrollo del texto constitucional y los resultados políticos, ya que la mayoría de las diferencias ideológicas importantes pueden ser expresadas como conflictos acerca de la naturaleza y aplicación de los derechos fundamentales. Y por último, la existencia de los mecanismos de control de constitucionalidad lleva a que se haga necesario y urgente el conflicto acerca del contenido de los derechos. La judicialización hace que cada grupo po-

⁷⁶ Generándose el problema conocido en la doctrina como de la colisión de los derechos fundamentales. En doctrina chilena ha tratado este tema el Prof. Eduardo Aldunate.

lítico intente influir en el desarrollo del texto constitucional, consiente del efecto prospectivo y simbólico que esto tiene sobre la legitimidad de su programa político y visión de sociedad. Frente al control abstracto de constitucionalidad, los parlamentarios se muestran actuando claramente como jueces constitucionales. El riesgo de un referimiento de un proyecto al TC gatilla el debate constitucional respecto de cuál es la mejor manera de proteger un derecho o hacerlo compatible con otro derecho o el bien común. Aquí los parlamentarios deliberan en materia constitucional tal y como lo hacen los jueces constitucionales. Este proceso puede concebirse o ser asimilado a un proceso judicial extendido donde los parlamentarios, en su “*constitutional decision making*” serían una suerte de cuerpos de control constitucional de primera instancia donde los tribunales constitucionales ejercería un control en una suerte de apelación.

El neoconstitucionalismo y su consecuencia, el desarrollo del control constitucional, ha generado un proceso llamado la “constitucionalización del derecho”, que ha transformado el rol de los jueces (no constitucionales). Por constitucionalización se entiende el proceso a través de cual las normas constitucionales constituyen fuente de derecho positivo que puede ser invocada por litigantes y aplicada por los jueces ordinarios para resolver conflictos jurídicos y la técnicas del “*constitutional decision making*” se transforman en un importante modo de argumentación y toma de decisiones dentro del sistema judicial. Este proceso ha puesto en cuestión tres importantes dogmas acerca de la naturaleza del sistema continental. Primero, la noción de que cada rama del derecho constituye un área distinta, con distintas fuentes y principios que la informan por una noción, de inspiración kelseniana, donde la Constitución unifica todos estos dominios en un orden jurídico coherente. Segundo, ha desmantelado el mito de los jueces “esclavos de la ley” y tercero, ha dejado obsoletos los postulados tradicionales sobre la actividad de los jueces constitucionales, respecto a que estos no se involucran en los hechos o en cómo los litigios fueron resueltos, sino que simplemente resuelven las cuestiones constitucionales que se les presentan y que los jueces ordinarios no entran en deliberaciones constitucionales, sino que refieren los conflictos constitucionales a los tribunales constitucionales.

A mayor nivel de interacción entre los tribunales constitucionales y el poder judicial, más vaga se hace la distinción entre los jueces constitucionales y los jueces ordinarios. A medida que la constitucionalización se profundiza, los jueces ordinarios se van comportando más como jueces constitucionales, deliberando constitucionalmente y resolviendo litigios aplicando normas constitucionales. También los jueces constitucionales tienden a comportarse más como jueces ordinarios a medida que avanza la constitucionalización. Interpretan los hechos de un litigio, y revisan la relación entre esos hechos y normas infraconstitucionales. A medida que los jueces constitucionales hacen esto, los códigos pierden autoridad sobre los jueces ordinarios, quienes comienzan a desafiarlos, considerándolos no ya como los “amos del juez esclavo” y sino más bien como un sistema de normas que debe ser coordinado con otros sistemas de normas a la luz de condiciones cambiantes.

La estructura de las disposiciones que establecen derechos, del modo como han sido desarrolladas por los tribunales constitucionales, han transformado la actividad legislativa y judicial, reforzando el papel central del “*constitutional decision*

making” como un modo general de gobernar. Legisladores y jueces frecuentemente se comportan como jueces constitucionales, y los tribunales constitucionales refuerzan y aprueban este comportamiento. En consecuencia, un gran rango de resultado políticos y legislativos sólo pueden entenderse teniendo en consideración el “*constitutional decision making*” de aquellos que no son jueces constitucionales.

Del establecimiento de un sistema de protección de los derechos fundamentales que se concibe como un proceso social que involucra una multiplicidad de actores estatales y a particulares (litigantes) resulta que los modelos tradicionales de la autoridad legislativa o judicial, y la distinciones entre una y otra rama del derecho no son de utilidad para explicar cómo jueces y legisladores realmente actúan e interactúan. Por una parte, se revela una creciente capacidad por parte de los jueces de construir y reconstruir el mismo significado de la autoridad legislativa, y de influir directamente en cómo ésta debe ser ejercida, y por otro, los modelos tradicionales de legitimación, como la doctrina de separación de poderes aparecen cada vez más insuficientes, si es que no irrelevantes.

• *La Política del Juzgar*

El problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Europa es tratado por Stone Sweet, explicando el modo en que este asunto es enfrentado comúnmente, insertando la teoría constitucional kelseniana dentro de la clásica distinción entre “ley” (la función judicial) y “política” (la función legislativa). Ofreciendo luego una perspectiva distinta respecto de la cuestión de la legitimidad democrática del control constitucional, arguyendo que ésta es producto de la naturaleza participatoria de la toma de decisiones constitucionales y rechazando la distinción entre derecho y política ya que la decisión de un conflicto constitucional siempre participa de ambas características.

La doctrina de la separación de los poderes es uno de los fundamentos de la Teoría del Estado, reflejando pero también condicionando cómo la legitimidad política debe ser entendida y enfrentada. Estas doctrinas son constructos normativos. Leídas descriptivamente, como sistemas de reglas, pretenden modelar las relaciones entre estructuras y funciones en cualquier sistema de gobierno. Leídas prescriptivamente, como un conjunto de expectativas idealizadas acerca de cómo estructura y funciones deben relacionarse, proveen de criterios de evaluación de lo adecuado o inadecuado de una conducta o actividad estatal.

La doctrina tradicional de la separación de los poderes atraviesa una profunda crisis. Concebida como un conjunto de prescripciones, más oscurecen que clarifican lo que actualmente sucede en el mundo; lo cierto es que hoy los jueces legislan, los parlamentarios fallan y los límites entre derecho y política (la función judicial y legislativa) son poco más que distinciones puramente académicas. La importancia de entender la crisis de la separación de los poderes para Stone Sweet radica en que el modo en que este asunto sea resuelto influirá en los profundos cambios por los que el derecho y la política actualmente atraviesan. La separación de los poderes ayuda a quienes gobiernan a entender su propio rol dentro del sistema político, y cómo se espera que interactúen con los demás actores, por lo que esta doctrina no sólo constituye un modelo del cuerpo político sino también un modelo de actuación. El surgimiento y consolidación de un nuevo modelo de relación entre poder legislativo y judicial que incorpore la lógica normativa del

neoconstitucionalismo completaría efectivamente la transformación de la forma de gobernar que se ha venido describiendo, acelerando y reforzando el proceso, y actuando para legitimarlo.

El proceso de judicialización sirve para legitimar al control constitucional, a través de un reforzamiento continuo del carácter central de la jurisprudencia constitucional dentro del proceso legislativo y judicial. Stone Sweet argumenta que la legitimidad política del control constitucional ejercido por las cortes constitucionales ha sido construida a través del tiempo, por las interacciones de tres conjuntos de actores (1) Los litigantes que han activado el proceso de control constitucional. (2) Los Jueces, que resuelven estas disputas y (3) Los Juristas, que buscan construir el derecho constitucional a través de su actividad académica. Cada conjunto de actores se comporta estratégicamente buscando maximizar su propio interés. Pero en Política Constitucional, los actores sólo pueden buscar conseguir su objetivo a través de la argumentación normativa y los argumentos normativos sólo pueden encontrarse razonando a través de la estructura normativa. En un sistema social como este, los intereses de cada grupo están constantemente siendo reconstituídos como un discurso jurídico.

Los litigantes activan el proceso de control constitucional con el objeto de modificar las políticas existentes en su favor. Los litigios constitucionales ayudan a legitimizar el control constitucional en dos formas, primero, al activar el control constitucional los litigantes delegan a los jueces constitucionales la resolución de cuestiones que de otro modo hubieran sido resueltas en otros foros no constitucionales. Segundo, al activar el control constitucional los litigantes ayudan a construir el derecho constitucional, al provocar la oportunidad para la generación de *constitutional rule making*.

Los jueces constitucionales saben que su actuar será evaluado por los litigantes (presentes o futuros) y también por la doctrina. Los litigantes esperan ganar el litigio y ver sus opciones políticas elevadas, por la decisión de la corte, a la categoría de norma constitucional. Por otro lado, los estudiosos del derecho constitucional esperan que la corte decida en forma armónica y coherente con el resto de la estructura constitucional que han ayudado a elaborar, o que al menos que sus decisiones sean consistentes con la jurisprudencia previa y con los criterios doctrinarios establecidos. Los jueces están consientes de qué es lo que quieren los litigantes y los académicos.

Cuando la corte constitucional decide, debe prestar atención a lo que desea su audiencia (litigantes y académicos). La decisión busca involucrar a los otros actores dentro del discurso normativo pero además debe convencer a su audiencia que el modo en que la corte ejerce su poder no es arbitrario sino que está enmarcado por las reglas propias del razonamiento normativo. Por esto los jueces procuran presentar sus fallos como decisiones inherentemente “judiciales” en oposición a “políticas” (y por lo tanto distintas del proceso legislativo). Si bien las cuestiones socio políticas que presenta el litigio siempre están ahí, y los jueces están consientes de ellas, los jueces requerirán reformular estos interés privados y hechos sociales en argumentos normativos y presentan sus decisiones como si fueran una cuestión de mero ejercicio lógico. Es que los límites de la tarea de los jueces constitucionales son aquellos derivados de la necesidad de justificar sus

dediciones, ya que esta justificación será la que determinará la efectividad de la decisión. Si convence a su audiencia, la decisión no sólo decidirá el caso para el cual fue dictada sino también determinará el comportamiento de otros actores públicos en situaciones similares o relacionadas, ya que la justificación es el intento de hacer ver que esa decisión es la única conclusión lógica dentro del sistema normativo, de la cual no es posible escapar. Lo particular, es que al decidir una cuestión constitucional, los jueces no sólo enmarcan lo que es posible o no posible de hacer a parlamentarios, ministros, a la administración a los jueces ordinarios y a los ciudadanos, También se auto limitan, ya que una vez que se ha afirmado la existencia de una norma, no se puede luego ignorarla.

El tercer grupo está constituido los juristas, quienes trabajan para hacer del derecho un cuerpo coherente de normas, dilucidando el contenido y significado de normas específicas y determinando la relación las éstas con el resto del ordenamiento. Dentro de esas función, los profesores de derecho estudian y explican la jurisprudencia de las cortes constitucionales, integrando estas decisiones al sistema jurídico. Los académicos extraen sólo los elementos normativos de la jurisprudencia, únicos que pueden ser incorporados al orden jurídico que ayudan a construir, ignorando elementos fácticos y políticos. Al intentar construir un sistema constitucional “puro” los académicos refuerzan la autoridad de los jueces constitucionales en la medida en que la decisión constitucional es presentada como el producto de un razonamiento puramente normativo. Aunque es sabido que las normas constitucionales son inherentemente políticas, la insistencia de los académicos respecto de su normatividad ayudan a reforzar y perpetrar su autoridad.

La legitimidad social del control constitucional se ve reflejada en la generación de un discurso normativo. El desarrollo de la Constitución a través del *constitucional rule making*; tiende a arrastrar a otros actores a tipos específicos de discursos jurídicos, lo que hace que se refuerce el carácter central y la legitimidad de la justicia constitucional dentro del cuerpo político. En Europa los tribunales constitucionales han arrastrado a un creciente rango de actores, públicos y privados, en la participación y perpetuación de este discurso. El resultado es que el proceso de control constitucional es un foro permanente de construcción del derecho constitucional, el que es abierto por la acción de los litigantes (en forma de intereses socio políticos), reformulado por la corte constitucional (por la decisión de la corte) y vuelto a cerrar por los académicos (en forma de discurso normativo puro). Para Stone Sweet la actividad que realizan cada uno de estos tres grupos es profundamente política.

Si aceptamos que los jueces constitucionales se comportan como “legisladores adjuntos” y que esto es un componente esencial de su labor, la forma de aproximarse al problema de su legitimidad cambia. La mayoría de los debates acerca de la legitimidad del control constitucional se refieren a si los tribunales constitucionales se comportan o no como se espera que los órganos judiciales comporten. Expectativas que se derivan de la doctrina de la división de poderes. Pero como se ha visto, dicha doctrina se encuentra en franca obsolescencia y además el propio Hans Kelsen señalaba que de entregar a los tribunales constitucionales la potestad de controlar los derechos fundamentales estos inexorablemente actuarían como

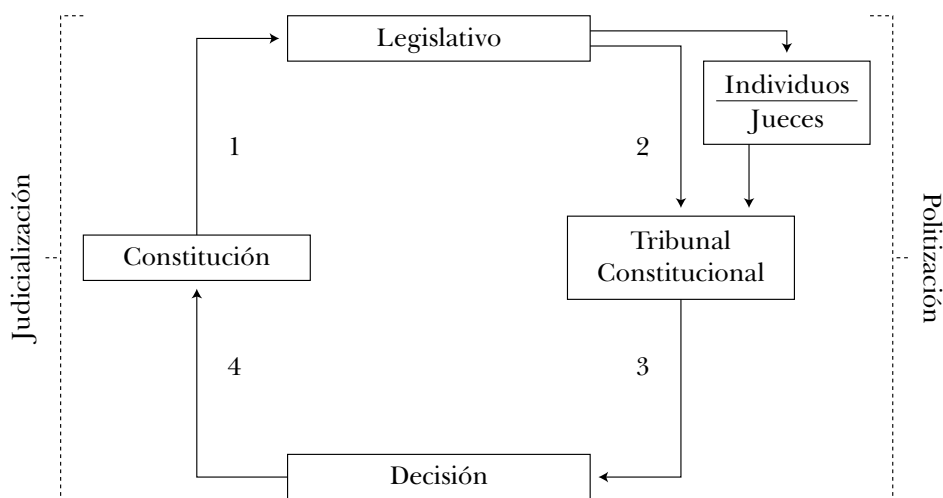
“legislador positivo”. Por esto la pregunta que propone Stone Sweet es ¿Son mejores los jueces constitucionales que los gobiernos o Parlamentos a la hora proteger los derechos fundamentales? He ahí la respuesta acerca de la legitimidad del control constitucional. La legitimidad del control constitucional, así como el desarrollo de la Constitución, ha sido construida a través del tiempo, por la práctica y la política constitucional.

• *Teoría de la Política Constitucional*

Con esta teoría Stone Sweet busca explicar cómo el legislador es gradualmente puesto bajo la tutela de la justicia constitucional y porqué las técnicas de toma de decisiones constitucionales (*constitutional decision making*), desarrolladas y empleadas por los jueces constitucionales, tienden a trasladarse y ser utilizadas por otras autoridades públicas.

La figura representa el modelo del proceso a través de cual un modo particular de gobernar, caracterizado por la interdependencia entre legislar y decidir una cuestión constitucional, emerge y es institucionalizado. La teoría distingue cuatro etapas en este proceso, cada una de las cuales conduce a través de un patrón circular en el sentido de las flechas de un reloj.

La evolución de la Política Constitucional:



El hemisferio derecho de la figura representa la politización de la justicia constitucional. Por politización se entiende (a) la acción de activar el control constitucional en orden a modificar resultados legislativos o el estado del derecho constitucional y (b) la situación en que se encuentran los jueces constitucionales como resultado de esta acción. El hemisferio izquierdo representa la judicialización de la formación de la ley. Por judicialización se entiende (a) la producción, por parte de los jueces constitucionales, de un discurso normativo formal que sirve para clarificar las normas constitucionales que gobiernan el ejercicio del poder legislativo y (b) la recepción de estas normas y los términos de este discurso por parte del legislador.

Bajo ciertas condiciones, la politización produce judicialización. La relación que exista entre legisladores y jueces constitucionales dependerá primero, de un ambiente institucional que permita y fomente la delegación de asuntos a la corte y segundo, de cómo haya resuelto el tribunal conflictos constitucionales anteriores. La judicialización, es decir el impacto de la toma de decisiones constitucionales en el proceso legislativo subsecuente y su resultado, constituye un efecto de retroalimentación. La secuencia conflicto constitucional → delegación al TC → *constitutional decision making/rule making* → judicialización tiende a autorreproducirse, por esto cada interacción en la secuencia expande la base para una futura politización, para futuras intervenciones de la corte y por lo mismo, para el aumento de la judicialización del sistema.

El macro nivel comprende el sistema formal de normas constitucionales que gobiernan el ejercicio de la toma de decisiones legislativas, la jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales y las normas de comportamiento y patrones generados por las interacciones que tienen lugar en el micro nivel. El micro nivel, por su parte, comprende a los individuos (parlamentarios, miembros del gobierno, jueces constitucionales, jueces ordinarios y litigantes particulares). Estos individuos persiguen sus propios objetivos sujetos a las limitaciones que impone el macro nivel. La teoría muestra como este comportamiento, inspirado por la búsqueda de los propios objetivos, puede provocar movimiento a través del círculo y porqué la elaboración progresiva del derecho constitucional condicionará el comportamiento legislativo subsecuente.

- Etapa 1. La Constitución y la Legislatura: La Constitución establece las instituciones legislativas, fija procedimientos y establece un catálogo de derechos que constituyen una limitación sustantiva a la actividad legislativa.

El fantasma de la declaración de inconstitucionalidad pende sobre todo el proceso legislativo, la sola posibilidad de la censura constitucional lleva a los legisladores a tratar las normas constitucionales como determinantes dentro de su actividad. Dada la simple condición de que se crea posible que se invalide un proyecto por juzgarlo contrario a la Constitución, gobierno y legisladores tendrán interés en anticipar cual será la respuesta más probable de la corte ante un eventual requerimiento de inconstitucionalidad. Si los legisladores se auto limitan de algún modo que afecte los términos de ese proyecto en atención a una probable declaración de inconstitucionalidad, significa que la corte ha ejercido una forma de poder legislativo cuyo impacto es indirecto.

La dirección que tome el fallo del TC es políticamente relevante puesto que las diferencias ideológicas entre partidos son generalmente expresables en términos de conflictos acerca de la naturaleza y el contenido de los derechos. Así, según se falle en un sentido o en otro, los derechos constitucionales serán desarrollados por la jurisprudencia privilegiando una opción política en desmedro de otras.

- Etapa 2. Politización. Accionando el mecanismo de control constitucional: Los individuos acuden al TC para lograr alterar regímenes legislativos vigentes o revisar las normas constitucionales que rigen un área determinada, en la medida en que el costo de activar a la corte constitucional no sea mayor para ellos que los potenciales beneficios que pueda otorgarles el activar este mecanismo.

Donde existe el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad, el proceso legislativo y el proceso de control constitucional se encuentran estrechamente vinculados. El proceso normal de formación de la ley es el siguiente: gobierno (presenta un proyecto) → legislador (discute, modifica, y aprueba el proyecto). El control abstracto añade otra etapa al proceso legislativo, donde el control constitucional genera una última lectura “constitucional”. Así se modifica el proceso legislativo el que queda como el siguiente: gobierno → legislador → TC.

Por su eficiencia, el control abstracto de constitucionalidad es un eficaz instrumento de la oposición parlamentaria. El referimiento del proyecto al TC, inmediatamente altera el estado de las cosas ya que las normas que reglan el ejercicio del control constitucional difieren radicalmente de las normas que reglan la toma de decisiones por el Parlamento. El requerimiento favorece la posición política de la oposición, reduce la influencia del gobierno y la mayoría parlamentaria sobre el resultado legislativo. El gobierno y su mayoría son forzados a participar en igualdad de condiciones con la oposición en un proceso que no pueden bloquear ni controlar. Para la oposición el costo a corto plazo del referimiento es prácticamente cero, mientras que los potenciales beneficios son enormes.

Si bien la ley ha sido tradicionalmente concebida como una manifestación de la soberanía a la cual los jueces quedan absolutamente vinculados y obedientes, el control concreto de constitucionalidad disminuye este status soberano de la ley. Además el efecto directo de los derechos constitucionales ha permitido que los jueces apliquen directamente la Constitución como derecho positivo, lo que debilita su “obediencia” al legislador. También los particulares interesados en provocar cambios en las leyes y en generar limitaciones al ejercicio del poder legislativo en el futuro tienen un interés en llevar a tribunales asuntos que impliquen cuestiones constitucionales. Claro que el costo de interponer estas acciones constitucionales puede ser alto, pero estos costos serán evaluados en relación a los beneficios potenciales que puedan obtenerse y el costo de estrategias alternativas como el lobby. El resultado es que el proceso judicial se ha convertido en un espacio de *policy making* que complementa y a veces desafía al legislador.

- Etapa Tres. La crisis de la legitimidad: La politización del control constitucional lleva consigo, para el juez constitucional, un dilema prácticamente insoluble. Podemos expresar este dilema como un interés institucional fundamental: el resolver los conflictos acerca de la constitucionalidad de las leyes y al mismo tiempo mantener o reforzar la legitimidad política del control constitucional para el futuro. En la persecución de este interés el TC despliega dos tácticas fundamentales: Primero, defiende su decisión normativamente, presentando su decisión como la única posible y necesaria para la resolución del conflicto, apoyándose en razonamientos y argumentaciones normativas. Pretende ignorar el contexto político que ha generado el conflicto enfocando la atención en cómo se ha razonado a través del texto constitucional o cómo se ha entendido la relación entre las normas constitucionales pertinentes y el trabajo del legislador u otra autoridad pública. Al hacer esto el TC busca demostrar que las

consecuencias políticas de su decisión no son una cuestión de voluntad de los jueces sino una consecuencia de los que es requerido por el derecho. Y segundo, el tribunal anticipa las reacciones políticas de sus decisiones. Esta táctica de naturaleza enteramente extra jurídica lleva a los jueces a tratar de evitar las reacciones negativas, por ejemplo, evitando declarar ganadores o perdedores absolutos.

Entre más políticamente controversial sea el asunto a resolver, más agudo será el dilema del tribunal, y por lo tanto, será más probable que la corte produzca: una victoria parcial tanto para oposición como para el gobierno, una compleja justificación constitucional de su decisión y un conjunto de reglas acerca de cómo han de resolverse este tipo de asuntos en el futuro.

- Etapa cuatro. *Constitutional Decision Making and Rule-Making*: Por *constitutional decision making* se entiende el proceso de determinar el significado de una disposición constitucional o un conjunto de ellas para resolver una disputa sobre la constitucionalidad de una ley o determinado acto público.

Al decidir el TC simultáneamente resuelve una disputa legislativa y desarrolla la Constitución. Si bien ambas cosas constituyen formas de *rule making*, sus efectos son significativamente distintos. Primero el TC resuelve un conflicto legislativo (control abstracto) o judicial (control concreto) decidiendo una cuestión de constitucionalidad. El impacto del tribunal en el proceso legislativo es retrospectivo y directo. Es retrospectivo en el sentido en que la corte ha resuelto un conflicto existente acerca de la constitucionalidad, y directo en que la decisión de la corte implica para el proyecto cuya constitucionalidad fue revisada una aprobación, una reforma o un veto. Segundo al justificar su decisión el TC “reconstruye” la Constitución, clarificando o modificando las normas que gobiernan la formación de las leyes y señalando a los legisladores cómo han de resolverse en el futuro disputas similares. El impacto de la decisión será indirecto y prospectivo en la medida que afecta a la futura actividad legislativa.

- Etapa uno (nuevamente). La judicialización del *policy making*: En el movimiento entre las etapas tres a cuatro vemos como los procesos de legislar, tomar decisiones constitucionales y desarrollar la Constitución se encuentran anudados.

Consideremos lo que pasa cuando la oposición acude al TC: una disputa entre partidos acerca de la constitucionalidad de un proyecto legislativo ha surgido en el Parlamento; la oposición refiere la materia al TC; la mayoría responde al referimiento con sus propios argumentos; la corte resuelve el conflicto y en el proceso clarifica y modifica (al menos sutilmente) las normas que regulan la formación de las leyes. En retornar a la etapa 1 el impacto de la Constitución en la formación de las leyes forma el círculo completo y volvemos al punto inicial, pero los legisladores ahora se encuentran en un mundo distinto: han aprendido algo acerca de la naturaleza de su trabajo (legislar), acerca de su ambiente normativo (la Constitución) que permite y sostiene este trabajo, y acerca de cómo el TC ha coordinado la relación entre ambos, vinculándolos. Si bien los controles concretos y las acciones constitucionales directas se generan fuera del Parlamento, ambos tipos modos de control constitucional llevan al mismo resultado.

Dadas dos condiciones la toma de decisiones constitucionales generará poderosos efectos pedagógicos que serán registrados en los procesos legislativos subsecuentes o litigación constitucional subsecuente. Primero los eventuales litigantes deben creer que vale la pena activar el proceso de control constitucional y que por lo tanto continúen suministrando a la corte con casos que resolver. Segundo, los litigantes deben tener la convicción que la jurisprudencia de la corte posee algún valor de autoridad o de precedente. Dicho de otro modo, si los individuos dejan de acudir al tribunal, o si el TC toma decisiones caprichosamente, que no proveen de justificación normativa, la dinámica politización-judicialización se verá bloqueada. Pero si estas condiciones se dan, la actividad de legislar inexorablemente se verá puesta bajo la sombra del control constitucional: a medida que nos movemos alrededor del círculo una segunda vez y luego de nuevo y de nuevo, podemos esperar que esta sombra se profundizará en aquellas áreas en que la relación entre el legislador y la corte constitucional es más intensa. En la medida en que los legisladores ajustan su conducta conforme las normas constitucionales se desarrollan, la autoridad del TC se consolida.

Esto es lo que de hecho ha pasado hoy, los legisladores rutinariamente toman decisiones que no hubiesen tomado de no existir el control constitucional y las mayorías buscan anticiparse a las decisiones de la corte y se auto limitan acorde a esta anticipación. La judicialización ha hecho que emerja y se institucionalice nueva clase de política legislativa. En este modo de gobernar, el legislador define y expresa sus intereses políticos por medio de la interpretación constitucional y la deliberación constitucional. Visto así, la judicialización es el proceso a través del cual los legisladores absorben las normas de comportamiento de las decisiones constitucionales y el lenguaje del derecho constitucional, en el razonamiento y la acción de su actividad política. En la política judicializada, el discurso político media el debate partidista y estructura el ejercicio del poder legislativo.

Stone Sweet entiende el gobernar como el proceso a través del cual los sistemas normativos (la estructura normativa, el macro nivel) que rige una comunidad determinada es adaptado a los propósitos de quienes viven gobernados por este (individuos, el micro nivel). Cuando los parlamentarios legislan, adapta normas y por tanto gobierna; cuando los administradores toman decisiones, aplican normas y por tanto gobiernan, y cuando los jueces resuelven conflictos jurídicos interpretando leyes, éstos están coordinando lo abstracto (normas legales) con lo particular (litigación) y por lo tanto también están gobernando. El derecho constitucional constituye un conjunto de meta normas que condicionan estas actividades, sin embargo también estas normas están continuamente siendo adaptadas. Los jueces constitucionales coordinan lo que es abstracto y normativo (la Constitución) con aquello que es relativamente más concreto y particular (una disputa específica acerca de la constitucionalidad de un acto particular en orden a resolver esa disputa específica).

El control constitucional no existe en el vacío, al contrario, los términos del requerimiento y los argumentos de las partes de la disputa empapan al control constitucional de un contexto social particular. El contexto condiciona el trabajo de los jueces en poderosas formas, sobre todo si los jueces esperan tomar una decisión, que además de resolver el caso, sea una guía normativa para decisiones

futuras. Si lo hacen, los tribunales constitucionales en el curso de sus deliberaciones restablecerán aspectos cruciales de la toma de decisiones de aquellos a quienes deben controlar. En orden a determinar si el legislativo ha violado la Constitución al aprobar una ley o si lo ha hecho un tribunal al desestimar una demanda, los jueces constitucionales evaluarán el proceso de toma de decisión de ese legislador o de ese juez, se pondrán en sus zapatos y atravesaran este proceso paso a paso. Los jueces esperarán en efecto que aquellos cuya decisión está siendo controlada, hayan razonado a través de las normas constitucionales, como lo ha hecho el TC. Dado que este tipo de ejercicio regularmente ocurre, el *constitutional rule making* constituye un registro de cómo legisladores, jueces ordinarios y administradores deben comportarse si quieren ejercer su autoridad conforme a derecho. Así, señala finalmente Stone Sweet, “*governing whit judges also means governing like judges*”⁷⁷.

CAPÍTULO II EL CASO CHILENO

I. GENERALIDADES

En este capítulo se pretende evidenciar que el TC es una institución que influye y condiciona la toma de decisiones políticas en el sistema chileno, de modo que ha concurrido y concurre a la formación de las decisiones públicas que nos rigen. En otras palabras, demostrar que el TC chileno es un “*policy-maker*” dentro del sistema político.

Para realizar esta tarea se revisará brevemente lo que la doctrina nacional ha escrito sobre la materia, evidenciando la escasez y deficiencia del material existente. Luego se escogerá una de las teorías expuestas en el capítulo primero para realizar la demostración de nuestra hipótesis a través del análisis de casos.

II. LA DOCTRINA NACIONAL

Como se señaló en el capítulo anterior, el “*judicial behavior*” es un área de estudio de corta data en general, y lo es particularmente en el sistema continental. Este nuevo paradigma de estudio de la judicatura, si bien se encuentra en expansión, ha encontrado y sigue encontrando resistencia de parte de la academia, que no se conforma a abandonar el esquema tradicional y sus resabios legalistas, e insiste en querer presentar al juez constitucional como la “boca muerta de la Constitución”. A esto se suman las dificultades inherentes al estudio de la materia, tales como la inexistencia de una teoría acabada de estudio de la relación entre control constitucional y política, y el tratarse de un área en que se entrelazan distintas disciplinas como el Derecho Público, ciencia política, teoría democrática y sociología jurídica, ninguna de las cuales es suficiente por si misma para comprender el fenómeno.

⁷⁷ “Gobernar *con* los jueces significa también gobernar *como* los jueces”.

Aun más exiguo es el estudio de la actuación política de los tribunales en Latinoamérica. La relación entre la judicatura y los gobiernos dictatoriales durante los regímenes militares es probablemente el aspecto más tratado. No obstante, la mayoría de los estudios en la materia se enfocan en señalar cuál era la actitud correcta que debían haber tomado los tribunales, y en demostrar que no se cumplió con dicho deber ser, que en investigar cómo en los hechos se comportaron éstos. De lo expuesto resulta que no constituye sorpresa el que la relación “Justicia constitucional-Política” no haya sido objeto serio de estudio en nuestro país.

La vinculación de la institución al régimen autoritario ha provocado el rechazo y prejuicio de la doctrina y de la ciudadanía hacia la institución del TC, haciendo que los escasísimos estudios existentes tiendan las más de las veces a hacer una crítica o una defensa más o menos apasionada de su actuar, o a denunciar su parcialidad y falta de legitimidad, y pocas veces a estudiar la actividad “política” de nuestro TC con rigurosidad académica. No obstante, los trabajos de algunos autores reconocen de modo más o menos explícito la relación existente entre la justicia constitucional y la toma de decisiones políticas, aunque siempre de modo tangencial, sin entrar de lleno en el estudio del fenómeno, y a propósito del tratamiento de materias relacionadas como son la jurisdicción constitucional, la interpretación constitucional o la colisión de derechos fundamentales.

De los iuspublicistas chilenos que han escrito sobre el tema, destacan Eduardo Aldunate, Fernando Atria, José Luís Cea y Francisco Zúñiga. Se intentará una “sub-lectura”⁷⁸ de sus trabajos, a fin de intentar extraer algunas ideas sobre cómo se ha entendido por la doctrina nacional la relación “Justicia Constitucional-Política”.

En los escritos del Profesor Cea Egaña se evidencia la gran importancia que este autor reconoce al TC y al juez constitucional dentro de la democracia. Así, señala que “Ser juez constitucional significa, en seguida, buscar y hallar, mediante la Constitución y sin salirse de ella, la solución de problemas políticos planteados en términos jurídicos...”⁷⁹ añadiendo que esta tarea “conlleva siempre una capacidad especial de determinación la cual sin embargo, se torna aún más grave en tres momentos cruciales para la democracia constitucional. Me refiero a las transiciones desde el autoritarismo a la democracia; a los tiempos de crisis para las instituciones jurídico-políticas; y a las épocas de cambios sociales acelerados”.

Cea Egaña realiza una apasionada defensa de la legitimidad democrática y la actuación del TC chileno durante el período de gobierno militar, reconociéndole a la institución un importante rol positivo en el regreso de Chile a la democracia. Así, sostiene que “...el Ministro del TC, demostró coraje y ciencia, prudencia y determinación, imaginación y talento en los años cruciales que marcaron el tér-

⁷⁸ Se intentará encontrar las ideas, concepciones o prejuicios que subyacen a los trabajos sobre justicia constitucional de los autores, leyendo en éstos aquello que no necesariamente se encuentra explícito en ellos. Se tratará con esto de encontrar una suerte de “sentido común” de la doctrina respecto a la justicia constitucional chilena.

⁷⁹ CEA Egaña, José Luís, *Perfil Axiológico, Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional*. en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Año 9, N° 2. pp. 187-199.

mino de régimen militar y la reinauguración de nuestra casi bicentenaria tradición democrática”⁸⁰. En otro texto, y bajo el título de “Experiencia Elogiable” se refiere a nuestro TC señalando que Chile ha encontrado en esta institución “ese sistema defensor del Código Político y que le infunde vida con su inteligente y dúctil interpretación”. Añadiendo que “...con su doctrina deferente y razonada, especialmente de frente al legislador, el Tribunal ha contribuido con cualidad decisiva, a moderar las tesis extremas sobre el origen y el significado de la Constitución... Ha hecho también pedagogía constitucional en el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, en la cátedra universitaria y en la abogacía como profesión... Ha creado consenso en torno de la Carta Fundamental, consolidándola mediante interpretaciones imaginativas y sólidas por la *legitimidad democrática*⁸¹ de sus sentencias, a veces adaptadoras y a veces correctivas... Ha demostrado con sus fallos intermedios o interpretativos, que *no es un mero legislador negativo*”⁸²⁻⁸³.

Es así como Cea reconoce que el TC tiene un rol activo y “positivo” es decir “creador”, en la formulación de las leyes y la toma de decisiones públicas.

El Profesor Francisco Zúñiga Urbina reconoce ampliamente la relación estrecha entre la Justicia constitucional y la democracia, y el rol político relevante que toca al TC. Así se evidencia en el párrafo siguiente: “...la prudencia y deferencia razonada del Tribunal se impone como regla práctica en su relación con otros poderes públicos, ya que a pesar de su menesterosidad de medios materiales y *deficitaria legitimidad democrática, tiene un tremendo poder político*⁸⁴ en cuanto “destructor de leyes” y una autonomía-independencia (a la que se suma su irresponsabilidad constitucional) que amenaza con convertirse en una suerte de “soberanía” en el sentido que “los jueces reemplacen por sus valores y sus fines propios los que la comunidad en que ellos se desenvuelven está compartiendo contemporáneamente” (Vanossi). Además, una vigencia de la “democracia continua” (Rousseau) es que el ciudadano moderno encuentra en el TC un espacio, más allá de la democracia representativa, para participar en la formación de la voluntad política, sometiendo a control de constitucionalidad los actos del poder, y obteniendo de modo directo e indirecto una tutela extraordinaria merced al proceso de amparo (e incluso del proceso de constitucionalidad) de sus derechos fundamentales”⁸⁵.

Como apasionada es la defensa de Cea Egaña, es apasionada la crítica de Zúñiga Urbina a la actuación del TC chileno. Así, afirma que la institución “aparece como un verdadero “enclave autoritario” y componente minoritario o “contra mayoritario” de nuestro Estado de Derecho, por lo que su reforma⁸⁶ es parte integrante de las reformas políticas pendientes para restablecer en su integridad la forma

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ El destacado es nuestro.

⁸² Nuevamente, el destacado en nuestro.

⁸³ CEA Egaña, José Luís *La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile* en Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Vol. XII. 2001. pp. 105-118.

⁸⁴ El destacado es nuestro.

⁸⁵ ZUÑIGA Urbina, Francisco *Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del Precedente* en Estudios Constitucionales Año 4 N° 1. Universidad de Talca. 2006. p. 169.

⁸⁶ Se refiere a la reforma aprobada por la ley 20.050 de año 2005.

jurídico política de Estado de Derecho...”⁸⁷. Por cierto, si la evaluación general que hace el Profesor Zúñiga es deficiente, al referirse específicamente al período del régimen militar, la crítica se agudiza; “El “defensor de la Constitución” en la estructura constitucional del Estado de Chile, es el soberano, es decir, el “dictador-Presidente”. Defensor de una Constitución semántica, que le otorga legalidad a un régimen político nacido de un quiebre institucional (“revolución”) de la crisis –real, por cierto– de las viejas instituciones políticas democráticas, que habían tenido una continuidad por ciento cincuenta años de historia republicana. El régimen autoritario tiene su legalidad, su orden jurídico es eficaz, pero carece de toda legitimidad democrática y en este contexto no es posible en un sistema de justicia constitucional”⁸⁸. Para este autor, el TC es “un órgano más de la estructura constitucional que pretende darle una apariencia democrática a un sistema político autocrático”⁸⁹.

Otro autor crítico del papel que el TC ha desempeñado entre nosotros es Fernando Atria quien señala que el mencionado tribunal “... no ha actuado como un órgano prescindente políticamente. Al contrario, funciona como un amplificador de las opiniones políticas de las minorías. En efecto, una vez que éstas han perdido en el limpio juego democrático, cuando a pesar de las limitaciones constitucionales no ha podido impedir la dictación de una disposición que política e ideológicamente les es inconveniente, entonces recurren al tribunal”⁹⁰. Para Fernando Atria, la actividad que realiza el TC (o cualquier órgano jurisdiccional) al resolver una cuestión de constitucionalidad en la que se presente un conflicto sobre un derecho o derechos constitucionales, no puede sino ser política, negando incluso que el razonamiento jurídico sirva para la resolución de tales conflictos⁹¹. Para Atria, la actividad del TC y en general, toda la actividad relativa a la Constitución, ya sea su estudio por parte de los autores nacionales y o su reforma por parte del legislativo, se ha realizado en Chile transversalmente atravesada por la ideología del legalismo. Respecto de éste señala “El legalismo es una especie de infección que corroe las instituciones republicanas. Su lógica es implacable: el desacuerdo político debe ser ignorado, sólo el desacuerdo jurídico vale” y agrega que “El legalismo oculta el hecho de que el desacuerdo jurídico es tan genuino desacuerdo como el desacuerdo político. Abogados, políticos, jueces y ciudadanos están divididos en exactamente los mismos grupos ante los problemas que estructuran el conflicto político. El desacuerdo jurídico (al menos al nivel de la interpretación de la Constitución) es simplemente una forma más de desacuerdo político”⁹².

⁸⁷ ZUÑIGA Urbina, Francisco *Tribunal Constitucional y Control de Constitucionalidad* en Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Vol. I año LXX, N° 212. 2002 p. 354.

⁸⁸ ZUÑIGA Urbina, Francisco *Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: El Pluralismo Político e Ideológico en Chile*. En Revista Ius et Praxis Vol. 9, N° 1. Universidad de Talca. 2003.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ ATRIA Lemaitre, Fernando *El Tribunal Constitucional y la Objeción Democrática*. En Revista Chilena de Derecho volumen 20 1993 Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. p. 377.

⁹¹ Ver ATRIA Lemaitre, Fernando *El Derecho y la Contingencia de lo Político* En Revista Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, N° 11, Santiago. 2005. pp. 19-39.

⁹² ATRIA Lemaitre, Fernando *¿Qué Desacuerdos Valen?: La Respuesta Legalista* En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año/Vol. 8 número 001 Talca, Chile p. 427.

Otro académico que entre nosotros ha tratado el TC, fundamentalmente a propósito del estudio de la interpretación constitucional es Eduardo Aldunate Lizana. Aldunate reconoce la naturaleza política de la decisión de un conflicto constitucional⁹³. El Profesor Aldunate ha criticado en diversas publicaciones la deficiencia de las argumentaciones del TC chileno⁹⁴. Esta deficiencia es particularmente seria advierte Aldunate, pues las consecuencias para el Estado de Derecho son vastas y “a nivel constitucional implican, a lo menos el empobrecimiento del proceso político entregado a la controversia democrática y su sustitución por la decisión, bajo pretexto de la Constitución, de una gran cantidad de cuestiones políticas”⁹⁵. Para Aldunate, la legitimidad de las decisiones del TC proviene precisamente de la argumentación jurídica. Así señala “La legitimidad de las decisiones del TC está dada por la argumentación en que el TC pueda fundamentar su decisión en el texto constitucional a través de un razonamiento jurídico”⁹⁶ y señala que al no haber un control institucional a la labor del TC cabe a la doctrina (y a la sociedad en general) controlar la actividad de dicho tribunal y que a ésta cabe, a través de la labor doctrinaria, denunciar “seudo-argumentaciones tras las cuales sólo parece percibirse la intención de dar un fundamento pro-forma a un resultado deseado... resultado de la intención de encontrar en el TC la victoria de una batalla perdida en el Parlamento”⁹⁷.

De las opiniones sostenidas por los autores vistos, a modo de síntesis podemos observar:

- Primero, que se reconoce ampliamente la importancia política de la actividad del TC. No obstante, el razonamiento no se extiende más allá de la simple afirmación. No se explicita cómo, en qué sentido, ni a qué instituciones viene a influir políticamente nuestro TC.
- Segundo, la imparcialidad del TC es puesta en duda en forma más o menos explícita dependiendo del autor, y en general la doctrina le acusa de estar comprometido con el régimen autoritario y fallar conforme a este compromiso. Consecuencia de lo mismo es que se critica lo deficitario de los fundamentos de los fallos.

⁹³ Ver ALDUNATE Lizana, Eduardo. *Interpretación Constitucional y Decisión Política*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1993-1994) pp. 46 y 47.

⁹⁴ Ver ALDUNATE Lizana, Eduardo. *Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional. Los Argumentos sobre la base del Tenor Literal y la Interpretación Armónica*. En Revista Chilena de Derecho Número Especial. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 1998. pp. 115-120. También ver ALDUNATE Lizana, Eduardo *Deficiencias en la Argumentación Jurídica. Comentario Crítico al Fallo del TC librado en la Causa Rol N° 207* en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI. 1995. pp. 27-44.

⁹⁵ ALDUNATE Lizana, Eduardo. *Reformulación o elementos de Interpretación para una Práctica de la Interpretación Constitucional*. En La Semana Jurídica N° 294, año 5 pp. 8-9 y N° 292 año 5 pp. 8-9.

⁹⁶ ALDUNATE Lizana, Eduardo *Deficiencias en la Argumentación Jurídica. Comentario Crítico al Fallo del Tribunal Constitucional librado en la Causa Rol N° 207* en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI. 1995. p. 27

⁹⁷ *Ibidem.*, p 44.

- Tercero. Se observa que las opiniones de la doctrina aparecen empapadas de emoción y pasiones más propias del ensayo político que de la investigación jurídica. Los puntos más sensibles son aquellos vinculados con la actividad del TC durante el régimen dictatorial y su labor durante el proceso transicional. Consecuencialmente, el tema de la legitimidad democrática de esta institución se hace recurrente. Hace excepción en este punto el profesor Eduardo Aldunate Lizana, quien concentra sus críticas en cuestiones de técnica jurídica y argumentativa.

Finalmente, y como se adelantara al principio de este capítulo, se puede observar que no hay un estudio que tenga por objeto principal la relación entre la democracia y la forma en que se toman las decisiones públicas dentro de ella y la labor de la Justicia Constitucional.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO Y SU INFLUENCIA POLÍTICA. ANÁLISIS DE CASOS

Como se ha visto, la doctrina nacional ampliamente reconoce la importancia e influencia que en política tiene el TC. No obstante no señala cuándo, cómo, ante quién y en qué modo esta institución ejerce su influencia.

De las teorías analizadas en el primer capítulo, la Teoría de la Política Constitucional de Alec Stone Sweet parece la más apropiada para entrar en el análisis del caso chileno. Esta teoría se basa en los sistemas español, francés, alemán e italiano y considera como factores para explicar la relación entre justicia constitucional y política, instituciones que se contemplan en el ordenamiento chileno, poniendo particular énfasis en los efectos políticos que generan el ejercicio del control constitucional abstracto, sistema que ha sido el más utilizado por nuestro TC⁹⁸.

Se expondrán cuatro casos en los cuales el TC ha fallado sobre asuntos de importancia política y con su sentencia ha decidido o determinado una contienda política. Demostrando que en nuestro país se dan los supuestos utilizados por Stone Sweet, podremos afirmar que se generarán también las consecuencias que éste prevé, y en definitiva demostrar que en Chile, el TC es un actor político que concurre a la toma de decisiones públicas e influye en forma a veces determinante en la toma de decisiones de los actores políticos.

I. ANÁLISIS DE CASOS

A continuación se relatarán cuatro casos en que el TC ha jugado un rol decisivo para la formulación, por parte de los órganos del Estado, de una determinada política o decisión pública.

Los casos a exponer son el caso de la ratificación del Estatuto de Roma, el caso de la Ley de Subcontratación, el caso de la Píldora del día después y el caso de la

⁹⁸ Sobre todo desde que el control concreto previo a la reforma introducida por la ley 20.050 se encontraba en manos de la Corte Suprema y sólo desde el año 2005 se encuentra en manos del TC.

nueva región de Arica y Parinacota y el conflicto con Perú. Estos casos tienen en común el haber sido objeto de gran debate entre partidos políticos y ante la opinión pública, de amplia difusión en prensa y en algunos de los casos objeto también de un importante debate jurídico académico. Se trata en su mayoría de casos de control abstracto de constitucionalidad, en vista de que el trabajo se refiere a la actividad política del TC chileno y no a la generalidad de los jueces constitucionales⁹⁹, y también en consideración a que el control concreto de constitucionalidad ha pasado a manos del TC sólo desde la reforma constitucional efectuada por la ley 20.050 de fecha 26 de agosto del año 2005.

a) *Tribunal Penal Internacional*

El día 11 de septiembre de 1998, Chile suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰⁰, aprobado en Roma, que establece una CPI de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas, con competencia sobre los crímenes más graves a nivel internacional: el genocidio, los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de agresión. La competencia de dicha corte tiene el carácter de complementaria de las jurisdicciones nacionales y juzga a personas y no a Estados.

Durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el 6 de enero 1999 ingresó a la Cámara de Diputados el mensaje presidencial N° 146-339 "...que aprueba el Estatuto de Roma de la CPI, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una CPI, y el acta de rectificación del estatuto original de la CPI, de fecha 10 de noviembre de 1998".

Conforme a lo dispuesto en la Constitución chilena, todo tratado internacional debe, para su aprobación, someterse a los trámites de una ley. Así, el proyecto de acuerdo pasó a primer trámite constitucional para su estudio a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados. La Comisión se encargó de recoger la opinión de la Corte Suprema, de académicos especialistas, abogados y otros grupos, las que quedaron consignadas en el informe evacuado por ésta¹⁰¹. La opinión de los expertos en Derecho Internacional escuchados por la Comisión estaba dividida. Aproximadamente la mitad de los expertos observó problemas de constitucionalidad en el Estatuto de Roma, mientras que la otra mitad no consideró que se suscitara cuestión de constitucionalidad alguna¹⁰². También se consig-

⁹⁹ Categoría dentro de la cual podrían incluso estar los Ministros de Cortes de Apelaciones para el caso del juicio de constitucionalidad que se realiza a propósito del conocimiento de los Recursos de Protección si es que se adhiere a la doctrina que señala que esta función de juzgar las acciones de protección es una función de justicia constitucional.

¹⁰⁰ En adelante, CPI.

¹⁰¹ Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana sobre el proyecto de acuerdo aprobatorio del "Estatuto de Roma de la CPI", adoptado el 17 de julio de 1998. Disponible en <http://sil.congreso.cl>

¹⁰² Entre quienes observaron problemas de constitucionalidad están los abogados y profesores Natacha Panatt, Pablo Kangiser, Francisco Orrego, Jaime Harris, Pedro Daza, Miguel Alex Schweitzer, Hernán Errázuriz, Angela Vivanco y Raúl Bertelsen. No observaron problemas

nan en el informe las opiniones de la Corte Suprema recibidas por oficio N° 441 de 27 de abril de 1999. La opinión de los “supremos” también estaba dividida¹⁰³. En el mismo informe se señala que sería procedente que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se pronunciara respecto de si es aplicable o no a su respecto el control de constitucionalidad previsto en el N° 1 del artículo 82 de la Constitución Política. También quedó consignado que diputados de oposición¹⁰⁴ formularon reserva de constitucionalidad¹⁰⁵ y anunciaron que recurrirían en su oportunidad al TC.

Luego de su estudio por la Comisión de Relaciones Exteriores, el Estatuto fue objeto de un informe por parte de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia¹⁰⁶. En este informe se señaló que el Tratado de Roma en el orden interno tendría rango jurídico de ley, siendo así un instrumento jurídico idóneo para establecer un tribunal. Mas su carácter de ley simple o de ley orgánica constitucional resulta discutible y se estimó pertinente dilucidar si respecto del Estatuto es o no aplicable el control obligatorio de constitucionalidad conforme al N° 1° del artículo 82 de la Constitución Política. Para este efecto la Comisión recabó las opiniones de constitucionalistas, personeros de gobierno y jurisprudencia del TC.

Finalmente, la Comisión por ocho votos a favor, tres en contra y dos abstenciones, acordó recomendar la aprobación del Estatuto de Roma. Asimismo, por nueve votos a favor, tres en contra y una abstención, resolvió que el Estatuto de Roma de la CPI no contiene normas orgánicas constitucionales ni de quórum calificado,

de constitucionalidad los abogados y profesores Rodrigo Díaz, Santiago Benadava, Alfredo Etcheberry, Fabiola Letelier, Roberto Garretón, Humberto Nogueira, José Luis Cea, Cecilia Medina, Hernán Montealegre y Hugo Llanos.

¹⁰³ Las observaciones del Pleno pueden dividirse en tres grupos: La primera opinión, compartida por seis ministros, señores Dávila, Carrasco, Garrido, Benquis, Chaigneau, Tapia y Cury, es favorable al Estatuto y no observa problemas de constitucionalidad. La segunda opinión, compartida por siete ministros, señores Libedinsky, Ortíz, Gálvez, Álvarez Hernández, Marín, Yuraszek y Espejo, plantea dudas en relación a la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema y señalan que la aprobación del Estatuto de Roma podría implicar la modificación de las normas legales que indican. Señalan que “los tratados pueden modificar y adicionar el orden interno según lo dispuesto en el artículo 5 segundo de la Constitución, en el campo de los derechos individuales y también pueden afectar las facultades que poseen los tribunales de justicia nacionales para conocer y resolver las causas civiles y criminales ya que sus potestades pertenecen al dominio de la ley, por mandato de los artículos 73 y 74 de la Carta fundamental; principios reiterados en los artículos 5° y 8° del Código Orgánico de Tribunales.” Y dentro de ese marco jurídico señalan las diversas disposiciones legales que a su juicio se verían afectadas por la aprobación del estatuto. Y La tercera opinión, sustentada por los Ministros Navas y Rodríguez, observa problemas de constitucionalidad para el caso que se aprobara el Estatuto. Sostiene que se verían vulneradas normas del Capítulo VI de la Constitución así como también a los artículos 5°, 6°, 7°, 19 N° 3, 22, 73, 74, y 79 del texto constitucional.

¹⁰⁴ Señores Maximiano Errázuriz, Gonzalo Ibáñez y Juan Masferrer.

¹⁰⁵ Por cuanto sostuvieron que el Estatuto de la CPI vulnera, entre otros, los artículos 5°, 19 N° 3 inciso cuarto, 58, 60 números 3 y 16, 73 inciso segundo; 74, 75, 76, 78, 79, 80-A, 81 y 90.

¹⁰⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de acuerdo aprobatorio del “Estatuto de Roma de la CPI”, adoptado el 17 de julio de 1998. Disponible en <http://sil.congreso.cl>

y por tanto no sería a su respecto aplicable el control obligatorio de constitucionalidad. Así, el proyecto de acuerdo y el tratado mismo debían ser aprobados con el quórum de una ley simple u ordinaria.

Durante la discusión algunos parlamentarios, en su mayoría de oposición, dejaron manifiesta su posición contraria a la aprobación del Estatuto de Roma expresando que adolecería de problemas de constitucionalidad, cuestión que fue controvertida por diputados oficialistas¹⁰⁷. La cuestión fue sometida a votación el 22 de enero de 2001 y con dicha fecha la Cámara de Diputados aprobó el acuerdo por 67 votos a favor y 35 en contra, sin abstenciones.

Luego, el proyecto de acuerdo pasó a la cámara revisora para iniciar el segundo trámite constitucional. Una vez en el Senado, se paralizó el debate parlamentario ya que con fecha 4 de marzo de 2002 fue formulado un requerimiento ante el TC por treinta y cinco diputados de la oposición, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la CPI¹⁰⁸.

Con fecha 19 de marzo de ese mismo año se acogió a tramitación el requerimiento y con esa misma fecha se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, como órganos constitucionales interesados. Con fecha 25 de marzo de 2002, el Presidente de la República formuló sus observaciones al requerimiento. A continuación se expone un resumen de los argumentos más relevantes de los requirentes y del gobierno expuestos ante el TC¹⁰⁹.

Sostienen los requirentes que la aprobación del Estatuto de Roma significa una enajenación indebida de la soberanía nacional ya que su aprobación implica renunciar a una de las potestades esenciales de la soberanía como es la de administrar justicia. Se señala que existe un doble atropello a la soberanía nacional: En primer término por las atribuciones que se otorgan a la propia Corte y, luego, por el derecho a veto que se asigna en el Estatuto al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Además, argumentan los requirentes que no obstante indicar el Estatuto que la competencia de la corte es complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales, la realidad es que su competencia se superpone a la de éstos, de modo que puede calificarse como una competencia sustitutiva. Agregan los requirentes que ni la creación ni la acción de la Corte están reguladas por ley como exige el artículo 5° de la Carta Política. El Presidente de la República, en respuesta a este argumento, señala en sus observaciones que la Corte no está llamada a complementar la acción de los tribunales nacionales en el ejercicio de su jurisdicción nacional, sino que viene a complementar el ejercicio por parte de los Estados miembros de una jurisdicción universal o internacional. Lejos de haber una cesión o renuncia de soberanía jurisdiccional, lo que hay es una ampliación de la

¹⁰⁷ Según consta en Acta de Sesión 29, Legislatura 345, disponible en <http://sil.congreso.cl>. Entre los diputados que observaron problemas de constitucionalidad se cuentan los señores Alessandri, Ibáñez y Coloma.

¹⁰⁸ A juicio de los requirentes el Estatuto de Roma vulnera al menos los artículos 5°, inciso primero; 6°; 7°; 19 N° 3° y N° 7 ; 58, 60 N° 3) y N° 16); 73; 74; 75; 76; 77; 78; 79; 80 A; 81; y 90.

¹⁰⁹ El texto íntegro de la sentencia Rol 346 y todas las sentencias dictadas por el TC se encuentran disponibles en www.tribunalconstitucional.cl

competencia de los tribunales nacionales para conocer de los delitos internacionales a que se refiere el Tratado de Roma. Además, señala que la aprobación y ratificación del tratado cumple el mandato constitucional consagrado en el artículo 1º, que el Estado debe estar al servicio de la persona humana y esto se encuentra dentro de las limitaciones impuestas por el artículo 5º de la Carta Fundamental.

Se indica por los requirentes que por la aprobación del Estatuto de la CPI *ad de Romaiereente*, que se obligue tado, y son se vulnera el artículo 73 de la Constitución¹¹⁰, ya que la creación de la corte se realiza por medio de un tratado internacional y no de una ley como exige la Constitución. Además, la corte, a juicio de los requirentes no goza de la independencia que exige dicho precepto ya que el estatuto dispone que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene atribuciones para paralizar la investigación o enjuiciamiento que se haya iniciado. A mayor abundamiento, sostienen que la corte puede excusarse de ejercer su autoridad, transgrediéndose así el principio de inexcusabilidad de los tribunales consagrado en nuestra Constitución Política. A esto responde el Presidente de la República que la CPI es un tribunal independiente e imparcial. Explica el ejecutivo que la creación de la corte se inserta en el complejo sistema internacional de protección del derecho humanitario y de los derechos humanos, donde la actuación de Naciones Unidas ha sido esencial.

Indican los requirentes que la CPI se constituye en una verdadera comisión especial, contraviniendo así el artículo 19 N° 3, que señala que nadie podrá ser juzgado por comisiones espaciales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Añaden que el Estatuto constituye un verdadero Código Penal y conforme al artículo 60 N° 3º de la Constitución, un código de ese carácter sólo puede ser aprobado por ley y que a mayor abundamiento, el artículo 5º N° 2 del Estatuto dispone que la corte sancionará el crimen de agresión, el cual no se encuentra definido. El Presidente expone que el Estatuto de Roma reconoce los principios generales del Derecho Penal, ya que la Corte se enmarca dentro del ámbito del Derecho Penal Internacional, dentro de cuyos principios se encuentra plenamente especificado el principio de *nullum crimen sine lege*.

Señalan los requirentes que el estatuto es también incompatible con nuestra Constitución en materia de indultos y amnistía. El Presidente responde a esto que la aprobación del Estatuto de Roma es incompatible con la dictación de amnistías o indultos respecto de los crímenes de su competencia, lo cual se encuentra perfectamente ajustado a la Constitución Política, puesto que así como en ejercicio de la soberanía un Estado puede otorgar una amnistía o indulto general, en ejercicio de su soberanía puede renunciar a esa posibilidad.

Indican los requirentes que al establecerse por el estatuto que no registrarán las inmunidades de las autoridades propias de un Estado, su aprobación viene a constituir un evidente atropello a los preceptos de la Constitución Política que

¹¹⁰ Se refiere al actual artículo 76 de la Constitución. Establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Establece también la independencia del poder judicial y consagra el principio constitucional de la inexcusabilidad de los tribunales.

establecen inmunidades. Sobre el punto el Presidente señala que ello tiene por objeto resguardar los principios de igualdad ante la ley y ante la justicia y de responsabilidad de las autoridades, que se encuentra también garantizados por la Constitución de 1980. Además, en virtud de la complementariedad, no se presenta inconveniente para que se invoquen en cada Estado los fueros procesales que establece la legislación interna.

También, a juicio de los requirentes, se vulnera el derecho al debido proceso al relativizarse la cosa juzgada. El artículo 20 del estatuto consagra el principio de la “autoridad de cosa juzgada”, pero, por decisión de la corte puede quedar sin efecto la autoridad de cosa juzgada de sentencias dictadas por tribunales nacionales, incluyendo las de la propia Corte Suprema.

El TC resolvió el requerimiento en sentencia Rol N 346 de fecha ocho de abril de 2002. Sostiene el tribunal que, si bien el Estatuto de Roma establece que la naturaleza jurídica de la jurisdicción de la CPI es complementaria de las jurisdicciones nacionales, un análisis de diversas normas del Estatuto llevan al tribunal a concluir que dicha competencia es más bien de carácter correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales. De esto se sigue que el Estatuto de la CPI está prorrogando la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile a una jurisdicción no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, lo que importa una transferencia de soberanía que vulnera en su esencia el artículo 5° inciso primero de la Constitución, puesto que el constituyente ha sido claro al señalar que las únicas autoridades que pueden ejercitar la soberanía son las que la Constitución Política establece.

Los artículos 73 y 19 N° 3 de la Carta Fundamental consagran expresamente a la jurisdicción en el sistema constitucional nacional. La potestad jurisdiccional le permite a los tribunales conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, excluyendo de los conflictos sometidos a su conocimiento cualquier injerencia de otra autoridad, nacional o internacional, como se desprende del artículo 73. El mismo artículo en su inciso segundo consagra la regla de la inexcusabilidad. Siendo así, en la medida que existan disposiciones de un tratado que complementen o corrijan esta situación, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema a través de una reforma a la Constitución.

Señala la sentencia que conforme al tenor literal del art. 79 de la Constitución¹¹¹ la Corte Penal Internacional debiera ser uno de los tribunales exceptuados de la superintendencia de la Corte Suprema, lo que hace necesaria la adecuación de la referida disposición constitucional.

Aun más, señala la sentencia que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado no pueden ser renunciadas a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente. No puede la ley o el tratado, sin autorización constitucional reducir la esfera de “competencia soberana” constitucionalmente

¹¹¹ Que establece que la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación y que establece que se exceptúan de esta superintendencia el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra.

conformada, de órganos expresamente representados como autoridades que la Constitución establece.

Continúa la sentencia analizando las demás inconstitucionalidades denunciadas por los requirentes. De ellas, el tribunal señala que se limitará a examinar las relativas a indultos y amnistías, fuero parlamentario y prerrogativas de los jueces y función y atribuciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional. En relación con los indultos y amnistías, señala el tribunal que el Estatuto de Roma es incompatible con lo dispuesto por la Constitución chilena¹¹². En relación al fuero parlamentario y prerrogativas de los jueces¹¹³, confrontadas estas normas con el artículo 27 del Estatuto de Roma deja sin efecto la normativa constitucional chilena en la materia. El Estatuto prevé un procesamiento directo ante la Corte, lo que resulta incompatible con las disposiciones constitucionales. En cuanto a la función y atribuciones del Fiscal de la Corte Penal Internacional sostiene el tribunal que las facultades que el Tratado le otorga para investigar en el territorio del Estado Parte, infringen derechamente el artículo 80 A de la Constitución, que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito.

En sus consideraciones finales, señala la sentencia que las innovaciones introducidas por el Estatuto de la CPI en el ordenamiento jurídico mundial son de tal entidad, que son varios los países que previo a su aprobación y ratificación han debido reformar sus Constituciones¹¹⁴. Si se aceptara bajo el texto actual de la Ley Fundamental Chilena la Corte Penal Internacional, ello implicaría una violación a normas de rango constitucional. Por tanto el tribunal acoge la petición de inconstitucionalidad y declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la CPI, para su aprobación y posterior ratificación, requiere de reforma constitucional previa.

Consta en la sentencia que ésta fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Marcos Libedinsky, quien era de la opinión de rechazar el requerimiento y de declarar que el Estatuto de Roma de la CPI no requiere de reforma constitucional previa para su eventual aprobación. El Ministro expresó sus fundamentos en un voto disidente. Señala Libedinsky que los aparentes obstáculos constitucionales pueden ser salvados acudiendo a enfoques interpretativos que permitan concluir que existe plena compatibilidad entre el Estatuto de la mencionada Cor-

¹¹² Entra en contradicción con los artículos los artículos 32 N° 16 y 60 N° 16 de la Constitución. Señala el tribunal que el Estatuto de Roma coarta las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, y priva igualmente al legislador de su facultad para dictar leyes sobre indultos generales y amnistías en relación con los ilícitos competencia de la CPI, en cuanto ésta podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes. Esto atenta contra el ejercicio de la soberanía nacional vulnerándose así el artículo 5 inciso primero de nuestra Carta Fundamental.

¹¹³ Consagrados en los artículos 58 inciso segundo y 78 inciso cuarto de la Constitución Política.

¹¹⁴ Así como también existen países que no necesitaron modificar sus constituciones para aprobar la CPI, pues sus textos autorizaban expresamente la transferencia de soberanía en estas materias.

te y las constituciones de países que se encuentran en trámite de ratificación del Tratado como es el caso de Chile.

Así indica el voto disidente que se estima adecuada la utilización de la palabra “complementaria” para calificar la jurisdicción de la CPI, por cuanto el propósito de la Corte no es sustituir a las jurisdicciones nacionales sino sólo intervenir cuando éstas no puedan o no quieran ejercer su obligación de investigar o juzgar a los presuntos responsables de los delitos contemplados en el Estatuto. Libedinsky estima que el principio de la complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma configura una garantía de la primacía de nuestro sistema jurisdiccional, que sólo posibilitará la actuación de la CPI en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho sólo de un modo ficticio o simulado. No se afecta, en consecuencia, el principio básico de la soberanía del Estado chileno en orden a que sus tribunales, de modo primario, conozcan las causas civiles y criminales que se promuevan dentro del territorio de la República, las juzguen y hagan ejecutar lo juzgado. La intervención preferente de los tribunales nacionales, señala Libedinsky, se ve resguardada por el Estatuto¹¹⁵ que veda, en principio, el ejercicio de la jurisdicción por la Corte cuando ésta ya hubiese sido puesta en movimiento por aquéllos.

Continúa el voto disidente diciendo que la Constitución Política no se puso en el supuesto que los tribunales de justicia nacionales no pudieran o no quisieran ejercer su jurisdicción penal. En estas condiciones, y donde nada se ha dicho, no resulta posible investigar la voluntad real del constituyente, sino que hay que buscar su voluntad supuesta o ficta acudiendo, si es del caso, al contenido de otros preceptos constitucionales. No es posible, frente al tenor del artículo 5° , sostener que son contrarias a la Constitución las disposiciones contenidas en el Tratado de Roma desde que posibilitan la intervención de una CPI que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. No es posible, señala Libedinsky, que la Constitución por una parte imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que, por otro lado, la misma Constitución conduzca a que mecanismos dirigidos a cumplir el mandato de su artículo 5° deban declararse inconstitucionales.

Con esta sentencia, acordada por seis votos contra uno, se declara la inconstitucionalidad del proyecto y se termina la opción de ratificar el Estatuto de Roma de la CPI mediante el mecanismo establecido para los tratados internacionales en nuestra Constitución. El fallo recibió críticas por parte de la dirigencia del Partido Socialista quienes señalaron que la decisión del TC era un “fallo político” y que carecía de fundamento constitucional¹¹⁶. Además, la sentencia del TC generó un importante debate académico.

Como respuesta al fallo del TC, y con el objetivo de permitir la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma, fueron presentados dos proyectos de reforma constitucional. Uno de ellos fue presentado por el Ejecutivo con fecha 16 de abril

¹¹⁵ Artículos 17 a 19.

¹¹⁶ Noticia en La Semana Jurídica. N° 75. Semana del 15 al 21 de 2002.

de 2002, por Mensaje del Presidente de la República¹¹⁷ y otro proyecto iniciado por Moción de los senadores José Antonio Viera Gallo y Jaime Naranjo, ingresado al Senado con fecha 7 de abril de 2004¹¹⁸.

Sin embargo, no fue sino hasta el año 2005 que se retomó el debate parlamentario en la materia. El gobierno le otorgó carácter de urgente al proyecto presentado en abril del año 2002, y con fecha 11 de octubre de 2005, tanto éste proyecto como el iniciado por moción de los senadores Viera Gallo y Naranjo, fueron informados conjuntamente por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Luego de un intenso debate la Comisión acordó presentar al Senado una disposición con carácter de disposición constitucional transitoria¹¹⁹. No obstante

¹¹⁷ El proyecto iniciado por el Presidente de la República autorizaría al Estado de Chile para aprobar el Estatuto de Roma mediante la inclusión de una cláusula habilitante específica. En su mensaje, el Primer Mandatario se refiere al fallo del TC que declaró que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la CPI, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa. Señala el Presidente que es precisamente acogiendo la convocatoria del TC que se somete a consideración del Senado la reforma constitucional en comento, que establece una cláusula de apertura genérica al Estatuto de Roma, similar a la adoptada por Francia y en Luxemburgo. Se incorpora por el proyecto de reforma una nueva disposición transitoria a la Constitución por la cual el poder constituyente autoriza la ratificación y aprobación del Estatuto de la CPI. Con dicha autorización, el poder constituyente declara expresamente que las disposiciones de la Constitución no son obstáculo para aprobar el Estatuto de la Corte ni para ejecutar las obligaciones establecidas bajo las condiciones previstas en el propio Estatuto. Señala el Presidente que de este modo se evita una engorrosa e innecesaria modificación puntual de distintos artículos de la Constitución. Indica el Presidente en su mensaje que este proyecto no sólo viene a acatar lo resuelto por el TC, sino que, además se basa en la favorable disposición manifestada por todos los sectores para que el Estado de Chile pueda concurrir a la ratificación y promulgación del Tratado de Roma. Señala el Ejecutivo que una vez removido el impedimento constitucional que motivó que algunos diputados recurrieran al TC, espera que la aprobación del Tratado de Roma concite un respaldo general.

El proyecto de reforma constitucional consta de un artículo único que agrega la siguiente disposición transitoria:

“Cuadragésima primera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la CPI de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de Julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una CPI.

Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior.”

¹¹⁸ Señala la moción que no obstante ser la creación de la CPI un gran paso para la humanidad, persiste en algunos miembros de la comunidad internacional recelos acerca de la conveniencia de su establecimiento. Se señala que en algunas naciones y entre ellas Chile, han surgido reparos jurídicos a la ratificación del Estatuto de Roma, pues se ha estimado que algunas de sus disposiciones serían contrarias al orden constitucional. Proponen una reforma constitucional que supere las objeciones planteadas por el TC, pero que no se agote en la aceptación de la jurisdicción de la CPI, sino que resulte lo suficientemente flexible para permitir, en el futuro, la adhesión de Chile a otros órganos jurisdiccionales multilaterales.

¹¹⁹ El texto, adoptado por unanimidad de los miembros de la Comisión y que fue fruto de un acuerdo entre la Concertación y la Alianza por Chile, quedó como sigue:

“VICÉSIMOPRIMERA. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de

existir un acuerdo entre la Concertación y la Alianza por Chile para avanzar en la aprobación del Estatuto de Roma, el Ejecutivo retiró la urgencia al proyecto de reforma constitucional. La oposición adjudicó el retiro de la urgencia a presiones que habría ejercido Estados Unidos contra el Gobierno¹²⁰, cuestión que fue desmentida por el Ejecutivo.

Durante mayo del 2006, senadores socialistas criticaron el acuerdo al que había llegado el entonces senador José Antonio Viera Gallo con los parlamentarios de la Derecha en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. El senador socialista Jaime Gazmuri, miembro de la Comisión de Relaciones Exteriores, planteó que sería prudente revisar algunos puntos del texto acordado con la Derecha, ya que “hay distintas posiciones o frases en el texto que pueden sugerir que Chile está planteando una reserva”¹²¹, refiriéndose al inciso segundo de la disposición transitoria propuesta que señalaba que “un caso será inadmisibile ante la CPI cuando haya sido juzgado o esté siendo investigado o juzgado por los órganos competentes nacionales. Chile reafirma la primacía de su jurisdicción penal en relación a los crímenes de competencia de la Corte”, decla-

julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar este reconocimiento, el Estado de Chile considera que un caso será inadmisibile ante la Corte Penal Internacional cuando haya sido juzgado o esté siendo investigado o juzgado por los órganos competentes nacionales. Chile reafirma la primacía de su jurisdicción penal en relación a los crímenes de competencia de la Corte.

Ninguna persona será entregada por Chile a la Corte Penal Internacional en tanto los órganos competentes del Estado de Chile tengan la oportunidad de investigar y juzgar la presunta comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, en que, al mismo tiempo, tengan jurisdicción los tribunales chilenos. En este último caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior.

La cooperación entre las autoridades nacionales y la Corte Penal Internacional, especialmente entre el Ministerio Público y el Fiscal de dicha Corte, se sujetará a lo que disponga la ley chilena respectiva.

Ninguna persona podrá ser arrestada o detenida en conformidad a una solicitud expedida por la Corte Penal Internacional, sino a través de una orden de funcionario público chileno expresamente facultado por la ley nacional.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma.

El Estado de Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier modificación a la tipificación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. En particular, ello se refiere a la disposición que defina el crimen de agresión y a cualquier otro que se quiera incorporar a su competencia.”

¹²⁰ Es pertinente recordar que Estados Unidos desde el inicio se manifestó contrario al establecimiento de la CPI. Si bien durante la administración Clinton Estados Unidos firmó el Tratado de Roma, al llegar al gobierno George Bush, este retiró dicha firma. Aún más, este país logró que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobara la petición de otorgar 12 meses de inmunidad ante el Tribunal Penal Internacional para los “cascos azules” estadounidenses. También ejerció presiones contra los países que no firmaran acuerdos bilaterales que ofrecieran inmunidad a sus ciudadanos ante la CPI, a través de la dictación de la ley “ASPA” (American Servicemembers Protection Act) que busca impedir la cooperación militar y limitar el intercambio de información en seguridad con naciones adheridas a la CPI.

¹²¹ Noticia en El Mostrador de fecha 23 de mayo de 2006.

ración interpretativa que podría implicar desconocer la facultad de la Corte para pronunciarse sobre la admisibilidad de un caso. La posibilidad de revisión fue rechazada por los senadores José Antonio Gómez, presidente de la Comisión de Constitución, del Partido Radical Socialdemócrata; y Alberto Espina de RN, quien señaló que el acuerdo “no incorpora ningún elemento que no esté expresamente establecido en la Convención de Roma”¹²².

En junio del mismo año, la Ministra de Defensa, no obstante señalar que no existían presiones, declaraba a la prensa que de suscribirse el Tratado de Roma sin un acuerdo complementario que deje fuera de la aplicación de la normativa internacional a los militares estadounidenses, podría existir una reducción de la cooperación militar. Al mismo tiempo, el gobierno reafirmaba su interés en la pronta aprobación del Tratado de Roma y los senadores socialistas que habían intentado modificar el acuerdo señalaban que, pese a sus reparos respecto de la redacción, se encontraban llanos a aprobar la reforma constitucional tal como estaba.

El día 25 de julio, y a pesar de las gestiones del gobierno chileno para evitar eventuales sanciones, Estados Unidos confirmó que aplicaría represalias a Chile por la decisión del gobierno de seguir adelante con la aprobación del Tribunal Penal Internacional. La votación de la reforma constitucional estaba agendada para el día 29 de agosto. Sin embargo, el mismo día miércoles 29, senadores de oposición suspendieron la discusión en el Congreso, solicitando que se estudiaran por la Comisión de Defensa de la Cámara Alta las posibles sanciones que pudieran aplicarse.

A petición de los senadores de la Alianza por Chile, se reunieron en conjunto las comisiones de Defensa y Relaciones Exteriores con fecha 5 de septiembre. Sin embargo en esta reunión no se llegó a acuerdo. Las comisiones convocaron a ex ministros y ex jefes militares para analizar las dudas respecto a las sanciones que podrían afectar a Chile, según fue anunciado con fecha 2 de octubre. Paralelamente, se informó por la Ministra de Defensa que se estaba trabajando para lograr un acuerdo con Estados Unidos que asegurara que Chile no sería sancionado por la aprobación del Tratado de Roma.

El día 29 de noviembre se informó por la prensa la suspensión por parte de Estados Unidos de la mayoría de las sanciones económicas impuestas a países latinoamericanos por adherir al Tribunal Penal Internacional sin eximir a los estadounidenses de su jurisdicción. No obstante se mantenían las sanciones relativas a la facilitación de compra de material militar.

El día 25 de diciembre y sin que la comisión llegara a acuerdo o se efectuaran las visitas de autoridades previstas, el presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores (Senador del Partido por la Democracia, Roberto Muñoz Barra) señaló que el próximo 2 de enero enviaría, con o sin informe, el proyecto a sala para su discusión en el Senado.

El gobierno llamó nuevamente a aprobar el proyecto y la votación se haría el día 16 de enero de 2007. Sin embargo, el Senado volvió a postergar la decisión

¹²² Noticia en El Mostrador de fecha 29 de mayo de 2006

por cuanto la Concertación no contaba con los votos necesarios para aprobar la reforma constitucional. La razón de esto radicaba en que los parlamentarios de derecha, no obstante existir acuerdo, habían retirado su apoyo al proyecto argumentando que existían nuevos antecedentes como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso *Almonacid*¹²³ y el impacto que podrían tener eventuales sanciones de Estados Unidos. Por su parte, el senador Espina señaló que era requisito previo a la aprobación, el que el Ejecutivo enviara un proyecto al Parlamento para la tipificación en la legislación penal nacional de los delitos competencia de la CPI. En tanto el gobierno retiró la urgencia al proyecto y la votación fue suspendida. El Ejecutivo señaló que seguiría trabajando para la aprobación del estatuto de Roma, esperando la oportunidad en que se contara con los votos necesarios.

A la fecha de término de este trabajo no se ha producido acuerdo para la aprobación del Tratado de Roma.

b) *Ley de Subcontratación*

El año 2002, durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar, es enviado al Senado un mensaje presidencial, con objeto de regular adecuadamente el proceso de suministro de trabajadores temporales a las empresas, el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

La necesidad de legislar se fundaba en la constatación de que las empresas, en general, se proveían de mano de obra a través de terceros, lo que frecuentemente se prestaba para abusos a los trabajadores y generaba precariedad en el empleo. Esta práctica se extendía a un número creciente de trabajadores: baste señalar que la proporción de empresas chilenas que subcontratan creció del 43% en 1999 al 50,5% en el año 2004, es decir, un crecimiento de 7 puntos en sólo 5 años¹²⁴.

Al no estar regulado el fenómeno del suministro de personal, éste se encontraba en una suerte de indeterminación jurídica, lo que implicaba riesgos de desprotección de un importante y creciente sector de trabajadores. El vacío legal era resuelto por los tribunales, en los casos concretos, mediante la aplicación de diversas normas del Código del Trabajo, que llevaban a reconocerle la calidad de

¹²³ Con fecha 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. El caso versa, en lo sustancial, sobre la aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía publicado el día 18 de abril de 1978 por la Junta Militar que había asumido, de facto, el gobierno de Chile el día 11 de septiembre de 1973. La sentencia establece que el Gobierno debe tomar medidas para asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile. Sobre el punto ver ZALAQUETT, José. *El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad*. Versión electrónica disponible en http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario03/7- SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalV_ZalaquettDaher.pdf al 26 de noviembre de 2007.

¹²⁴ Encuesta Laboral 2004 de la Dirección del Trabajo, citada en SILVA, Consuelo “La Subcontratación en Chile: Aproximación Sectorial”. Versión electrónica disponible en www.trabajo-yequidad.cl/documentos/temp/subcontratacionsectorial.pdf al 1 de julio de 2008.

empleador a aquél que recibiera los servicios y ejerciera el poder de dirección. No obstante estas soluciones eran completamente insuficientes para afrontar la inseguridad jurídica y la precariedad laboral en la que se encontraban inmersos muchos trabajadores. A lo más se alcanzaba un cierto grado de tutela en el plano de los derechos individuales, pero dejaba sin resolver cuestiones como las dificultades que se presentaban en el desarrollo concreto de la actividad laboral, por ejemplo, en materia de higiene y seguridad en el trabajo, o incluso quedaban fuera materias de trascendental importancia como los derechos de sindicación y de negociación colectiva. De tal modo que los trabajadores subcontratados se veían desprotegido en muchos, sino la mayor parte, de sus derechos laborales, constituyéndose en una suerte de trabajadores “de segunda categoría” frente a los trabajadores contratados directamente por la empresa en la que trabajaban, no obstante desempeñar las mismas labores.

La falta de regulación jurídica sobre el tema era tal, que con el objeto de incumplir las obligaciones laborales, las empresas procedían a crear compañías anexas, cuya finalidad era sólo suministrar trabajadores a la primera, de manera de no configurar el vínculo laboral respecto de los trabajadores que efectivamente se desempeñaban en ella y de esta forma evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales para con ellos.

Al regular la subcontratación y el suministro de trabajadores, Chile estaría cumpliendo con su obligación progresiva de alcanzar los estándares laborales a los que el país se ha comprometido en tratados internacionales. Estas materias habían quedado sin tratar en la reforma laboral del año 2001¹²⁵, conforme a la petición que en su oportunidad formulara la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara Alta durante el proceso de aprobación de la Ley N° 19.759¹²⁶.

Presentado el mensaje, comienza a conocer el asunto la Comisión de Trabajo del Senado. En el Senado es aprobado el proyecto en general. Se otorgó un plazo para presentar indicaciones y la aprobación de algunas de las indicaciones presentadas produjo la eliminación de artículos del proyecto que eran considerados fundamentales por el Ejecutivo. Los artículos “perdidos” se referían a las garantías en el cumplimiento de los contratos y pago de remuneraciones; el suministro de trabajadores durante huelgas, y la prohibición de que los trabajadores subcontratados pertenecieran a una empresa suministradora que también opera como mandante. Particularmente importante es que, debido a la aprobación de una indicación presentada por el senador Sergio Fernández, no se pudo impedir la existencia de empresas coligadas para la subcontratación de personal. En vista de esto, el gobierno anunció que no bien pasara el proyecto a segundo trámite constitucional, el Ejecutivo insistiría sobre dichas materias, considerada la mayoría oficialista que existía en la Cámara Baja.

¹²⁵ Reforma Laboral del año 2001, Ley N° 19.759, que modificó el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador entre otras materias.

¹²⁶ En su oportunidad, la Comisión solicitó al gobierno reingresar la iniciativa de legislar sobre la materia como un mensaje independiente, puesto que se consideró imperativo el normar adecuadamente la actividad de las empresas de servicios transitorios.

Como el proyecto estaba desvirtuado a juicio del gobierno, el Ejecutivo no le otorgó urgencia alguna y la iniciativa estuvo paralizada en su tramitación por largo tiempo. Si bien el Oficio de Ley de la Cámara de Origen a la Cámara Revisora data del 1 de abril de 2004, la discusión parlamentaria se reanudó recién en enero del año 2006. Con oportunidad de las elecciones presidenciales de 2005, vuelve la atención pública sobre este tema. El mundo sindical inquiriere sobre la posición de los candidatos presidenciales más populares; Michelle Bachelet, la candidata oficialista, y Sebastián Piñera, candidato de la oposición. El gobierno con el propósito de “cobrar la palabra” del candidato opositor, quien se habría manifestado en favor de regular la tercerización del empleo con ocasión de un conflicto laboral en CODELCO, repone la discusión del proyecto, dando a éste urgencia. De esta forma se retoma el debate parlamentario, ahora en la Cámara de Diputados. Durante la campaña presidencial, el candidato de la alianza por Chile, Sebastián Piñera, instó al presidente Ricardo Lagos a dar urgencia a la iniciativa, asegurando que los legisladores de RN y la UDI estaría dispuestos a apoyarlo. El Presidente de la República convocó a una sesión extraordinaria para ello, ya que en ese momento la Cámara se encontraba en receso.

Así, el día martes 10 de enero de 2006, la Cámara Baja aprobó en general y en particular la iniciativa legislativa, con la indicación sustitutiva presentada por el gobierno que restituía las normas que habían sido eliminadas el año 2003 por el Senado. Además, durante la vista del proyecto en la Comisión de Trabajo de la Cámara Baja, y con el respaldo del gobierno, diputados oficialistas presentaron una indicación que incluía en el proyecto un nuevo concepto de empresa, iniciativa que había sido planteada por la Central Única de Trabajadores. La indicación señalaba: “Artículo 183^{ter}. Para los efectos del presente título, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”. Esta indicación fue aprobada con los votos de los diputados de la Concertación. Dado que la cámara revisora introdujo modificaciones al proyecto aprobado por el Senado, se debía pasar a tercer trámite constitucional.

Pero en la mañana del 11 de enero, no habiendo aún pasado 24 horas de la aprobación del proyecto en la Cámara de Diputados, ingresó un oficio del gobierno al Senado retirando la urgencia. Con esto la iniciativa quedó “congelada”, al menos hasta la segunda vuelta de la elección presidencial, ya que lo más probable era que de esta manera la iniciativa se discutiera en marzo, es decir, cuando en la Cámara Alta existiera una mayoría oficialista y se redujera de ese modo el riesgo de que la iniciativa se viera bloqueada por parlamentarios de la Alianza por Chile. El gobierno no quería arriesgarse a un fracaso como el sufrido el 2003, cuando el Senado modificó el proyecto original, eliminando puntos que el ejecutivo consideraba esenciales.

Una vez estando el proyecto en tercer trámite constitucional, las posibilidades de introducirle modificaciones se reducían a dos: que el proyecto pasara a comisión mixta o que el Ejecutivo por la vía administrativa, le hiciera modificaciones. Pasadas las elecciones, e instalado el nuevo Congreso con mayoría de senadores concertacionistas, diputados del Partido Socialista y del Partido por la Democracia, junto a dirigentes sindicales, pidieron al Senado que el proyecto fuera apro-

bado sin que se le efectuaran cambios. No obstante, existían dudas en algunos parlamentarios de la Democracia Cristiana respecto de la conveniencia de apoyar el proyecto tal cual se había aprobado en la Cámara. Alguno demócratacristianos, mientras que otros del mismo partido se manifestaron de acuerdo con aprobar el proyecto y de realizar los cambios necesarios en forma posterior por medio de un veto u otra iniciativa legal, ya que enviar el proyecto a una comisión mixta podría tener serias consecuencias. Esto último puesto que los acuerdos a que se llegan en dichas comisiones son de resultado incierto.

Las materias en que no existía consenso eran a esa fecha tres: Primero, la definición de empresa que se estableció en el proyecto, donde se instauró un rol único para las compañías que se dedican a un solo rubro. Lo segundo era el concepto de subcontratación, es decir, qué trabajos pueden realizarse en este marco. Y por último, la responsabilidad solidaria de la empresa mandante en caso de incumplimiento de normas previsionales y laborales de la empresa subcontratista.

Por los empresarios se pronunció el Presidente de la Confederación de la Producción y Comercio (CPC) Hernán Somerville, quien manifestó su preferencia por que el proyecto pasara a comisión mixta. Asimismo, los parlamentarios de la Alianza por Chile señalaron su opción por esta instancia para la resolución de los puntos en que existían discrepancias entre ambas cámaras, particularmente en lo relativo al concepto de empresa. Los parlamentarios opositores se comprometieron a entregar una propuesta común al gobierno, y propusieron que se llegara a un acuerdo de ir a una comisión mixta que tratara única y específicamente puntos previamente definidos en dicho acuerdo. Pretendían de este modo aminorar el temor que asistía a la Concertación de que dicha comisión se transformara en una “Caja de Pandora”. Entre los ítems a discutir estarían el concepto de empresa que se establece para los efectos del proyecto, la solidaridad de las responsabilidades con los trabajadores y el monto de la garantía que se exigiría a las empresas de prestación de servicios de carácter transitorio.

Luego de un interesante debate público, en que participaran distintos actores como el mundo sindical, el empresariado, los distintos partidos políticos e incluso la Iglesia, y de conversaciones con la oposición y presiones por parte de parlamentarios oficialistas que desafiaban a la Moneda a ejercer la mayoría concertacionista en el Senado, el Ejecutivo no llegó a acuerdo con la oposición. El gobierno se negó a retirar del proyecto de ley el concepto de empresa, y estableció un acuerdo con la Democracia Cristiana para aprobar la ley de subcontratación en los términos en que salió de la Cámara de Diputados, sin llevar el proyecto a comisión mixta. El ejecutivo se comprometió a efectuar modificaciones posteriores al texto, en uso de sus facultades legislativas.

Frente a la determinación del Ejecutivo, y como vieran frustradas sus esperanzas de ir a comisión mixta, la oposición comenzó a evaluar estrategias alternativas para evitar que se convirtiera en ley el nuevo concepto de empresa para efectos de la subcontratación, que indica que las empresas dedicadas al suministro de trabajadores deben tener una única razón social. La Alianza por Chile señaló que se encontraba estudiando las inconstitucionalidades de las que podría adolecer el proyecto, ya que aseveró que la aprobación de la iniciativa provocaría una “avalancha de litigios”, refiriéndose a la posibilidad de que particulares, como empresas y

corporaciones gremiales, en el futuro acudieran al TC ejerciendo la acción constitucional directa que establece el artículo 93 números 6 y 7 de la Constitución. Una de las estrategias de la Alianza por Chile fue anunciar que rechazaría uno de los artículos del proyecto de subcontratación referido a las condiciones en que una empresa puede apelar de una multa. Este artículo no estaba en lo central de la discusión, pero servía para forzar la comisión mixta puesto que, por referirse a la competencia de los tribunales, se trataba de una norma que requería ser aprobada por quórum calificado, de modo que eran necesarios los votos de la oposición.

Tras largas negociaciones y a sólo horas de la votación del proyecto, gobierno y oposición suscribieron un protocolo de acuerdo en el cual se consensuó con la oposición algunas materias relativas a rebajas de los montos de multas, responsabilidad solidaria, rebaja de la garantía exigida a las empresas suministradoras de trabajadores y otras que el gobierno se comprometió a modificar vía veto sustitutivo, luego de la aprobación del proyecto en el Senado. No obstante el acuerdo no se extendió al concepto de empresa.

El proyecto fue aprobado en tercer trámite constitucional en la Cámara Alta el día 17 de mayo de 2006, en los mismos términos que lo despachó la Cámara de Diputados. La Derecha no concurrió con sus votos a la aprobación del concepto de empresa que establecía el proyecto, y manifestaron en la oportunidad que recurrirían al TC, para que éste se pronunciara sobre la definición.

El día 15 de junio la Presidenta de la República envió al Congreso un veto con observaciones aditivas, sustitutivas y modificativas, en cumplimiento de los acuerdos celebrados. El veto fue aprobado por unanimidad en el Senado el día 5 de julio de 2006 y el día 12 del mismo mes, aprobado por unanimidad de votos en la Cámara de Diputados, quedando así despachado el proyecto por el Congreso.

El gobierno señalaba a la prensa que estimaba improbable que el TC acogiera la presentación anunciada por los parlamentarios de la Alianza por Chile, puesto que tenía la convicción de que no existía ya trasgresión alguna a la Constitución, sobre todo desde que la iniciativa era coherente con la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia. También actores del mundo empresarial comentaron sobre el requerimiento anunciado por la oposición, manifestando su apoyo.

Con fecha 13 de julio de 2006 fue presentado requerimiento ante el TC a objeto que fuera declarado inconstitucional el artículo 183^{ter} que se agregaba al Código del Trabajo. Con fecha 1 de agosto se admitió a tramitación la presentación y el día 8 del mismo mes, la Ministra Secretaria General de la Presidencia, Paulina Veloso Valenzuela, por instrucciones de la Presidenta de la República, formuló observaciones al requerimiento interpuesto.

Señalan los actores en su presentación al TC que el nuevo concepto de empresa que se contiene en el precepto que impugnan, es igual al concepto de empresa establecido en el actual artículo 3° del Código del Trabajo, salvo en cuanto el concepto que se establece en el proyecto¹²⁷ elimina la última parte del concepto del artículo 3°, que dispone que ésta ha de tener “identidad legal determinada”. La

¹²⁷ Para efectos del nuevo Título VII del Libro I del Código del Trabajo: Artículo 1°, inciso 3°, 19 N° 15, 19 N° 16, 19 N° 21, 19 N° 24, y 19 N° 26.

eliminación de la frase señalada tiene como resultado que el art. 183^{ter} contraveniga diversas disposiciones constitucionales. A continuación se expone un resumen de los argumentos más relevantes de los requirentes y del gobierno expuestos ante el tribunal¹²⁸.

Argumentan los requirentes que las empresas son “grupos intermedios” y en tal calidad deben gozar de la “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, no siendo lícito al legislador inmiscuirse en su forma organizativa ni desconocer su existencia individual, fusionándolas de hecho con una o más entidades distintas. La Ministra Veloso observa, en respuesta, que dicha autonomía sólo es garantizada mientras se oriente a fines lícitos, luego no se garantiza a las empresas que abusando de su identidad legal, y a través de figuras simuladas o entramados societarios trata dolosamente de eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales.

Indican los requirentes que al considerarse como una sola organización a entidades diversas, se impone en la práctica la asociación obligatoria, lo que atentaría contra la libertad de asociación. La Ministra señala en repuesta, que en el régimen de subcontratación que se regula, las obligaciones que puedan derivarse para la empresa principal no surgen del artículo 183^{ter}, sino que tienen su fuente en la ley.

Señala el requerimiento que el artículo 183^{ter} desconocería la libertad de contratación, pues permite imponer un vínculo laboral con un tercero si la autoridad decide que personas jurídicas distintas son, en definitiva, una misma persona jurídica. La Ministra plantea que en nada se afecta la libertad contractual, sino que se está en presencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad, evitándose de este modo la creación de entidades “de papel” que impidan la configuración del vínculo laboral entre una empresa y sus trabajadores.

En lo relativo al artículo 19, N° 21, expresan que el artículo 183^{ter} no respeta el ejercicio legítimo de los derechos de asociación, de administrar libremente una unidad económica y de usar, gozar y de disponer del patrimonio que se pone a disposición de ella, al permitir que un órgano público considere a empresas diversas como una sola, asociando así, en un nuevo ente, a quienes voluntariamente no han optado a ello. Las empresas contratistas podrían verse expuestas a que la autoridad les niegue su propia existencia y que desconozca las relaciones laborales con sus trabajadores, si estima que ellas forman parte de la empresa principal o de una tercera empresa, con lo cual se les impide ejercer su propia actividad económica. La Secretaria de Estado, argumenta que el artículo 183^{ter} no atenta en contra del derecho a desarrollar actividades económicas, derecho que en todo caso debe ejercerse respetando las normas legales que regulen dichas actividades. El empresario no puede valerse de los instrumentos, instituciones o personas jurídicas para vulnerar lo dispuesto por la ley, en este caso, el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales.

En lo que toca al derecho de propiedad, el precepto recurrido lo afectaría, ya que impondría obligaciones en dinero que no han sido contraídas por la empresa,

¹²⁸ El texto íntegro de la sentencia Rol 534 se encuentra disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

que no provienen de sanciones, que no tienen origen en responsabilidad solidaria o subsidiaria que emane del trabajo en régimen de subcontratación y son jurídicamente imprevisibles. La Ministra señala que se han conservado en plenitud las atribuciones del dominio. Agrega que el derecho laboral acepta ampliamente la intervención legal en el ámbito privado, a fin de regular los efectos jurídicos de la relación laboral. En este caso, la fuente de la obligación es la ley.

Referente al artículo 19, N° 26, exponen los requirentes que el artículo recurrido de inconstitucionalidad no cumple con ninguno de los requisitos que han de exigirse a las limitaciones que pueden imponerse a los derechos reconocidos por la Constitución. Indica la Ministra que la norma que se impugna no vulnera el núcleo esencial ni el libre ejercicio de los derechos. El precepto impugnado tiene su justificación en la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad legal del empleador frente al trabajador, la que sólo podrá hacerse realidad a través del ejercicio de las potestades de aplicación que les corresponden a las autoridades administrativas y judiciales.

En sentencia Rol 534 de fecha 21 de agosto de 2006 el Tribunal resolvió conforme al razonamiento siguiente: como la aplicación del concepto de empresa recurrido determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores y el tipo de responsabilidad civil (solidaria o subsidiaria) en que puede incurrir la empresa principal, y que conforme al artículo 65 inciso cuarto de la Constitución Política las leyes que modifican normas sobre seguridad social o inciden en ella son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y dado que la introducción del concepto de empresa al proyecto aprobado surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República, en la tramitación y aprobación ésta modificación se habría vulnerado el artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la Constitución e incurrido en un vicio de inconstitucionalidad de forma. Por tanto, el TC declara la inconstitucionalidad del concepto de empresa, y omite pronunciarse sobre las causales de fondo.

Luego de que se conoció el fallo del TC, hubo diversas reacciones por parte de los actores involucrados. El Ministro del Trabajo señaló que el gobierno no compartía el fundamento del fallo, señalando que a su juicio la norma impugnada no establecía, modificaba ni incidía en el sistema de normas sobre seguridad social y dijo lamentar que el TC no se hubiera pronunciado sobre las materias de fondo, ya que de haberlo hecho no hubiera podido más que reconocer la pertinencia del concepto de empresa impugnado, tal como ha quedado reflejado en la jurisprudencia que sostenidamente ha dictado la Corte Suprema. Según el ministro Andrade, el nuevo concepto de empresa recogía los criterios jurisprudenciales emanados de los tribunales de justicia, que han interpretado el concepto de empresa del artículo 3 del Código del Trabajo, con prescindencia del dato de la personalidad jurídica, en controversias relativas a obligaciones laborales y previsionales¹²⁹. El Ministro manifestó que se encontraba tranquilo puesto que confiaba en que los tribunales seguirían razonando de la misma manera, y que seguiría imponiéndose el principio de primacía de la realidad¹³⁰.

¹²⁹ Noticia del 21 de agosto de 2006 en diario electrónico El Mostrador.

¹³⁰ Noticia del 22 de agosto de 2006 en www.lanacion.cl

También opinó al respecto el presidente de la CUT, Arturo Martínez, quien acusó a los parlamentarios de la oposición de tener un “doble estándar”, señalando que éstos rechazaban el que las empresas se dividieran en un sin número de razones sociales, y sin embargo habían acudido al TC valiéndose de lo que el dirigente calificó como un “resquicio”.

Los partidos de la Concertación por su parte, señalaron que les parecía inaceptable que el senador Allamand concurriera al TC luego de haber perdido la batalla en el Congreso, y que trabajarían para crear un mecanismo legal que impida que se repita una práctica como aquella. La interpretación que hizo el TC preocupó a la Concertación, pues consideraron que podría “llegar a significar que los parlamentarios no tengan iniciativa legal de reforma al código laboral” y que “termina siendo absurdo que por la interpretación extensiva que ha hecho el TC se esté cercenando la facultad de un poder del Estado”¹³¹. También fue criticado el que el tribunal no se haya pronunciado sobre la cuestión de fondo, sin siquiera analizar los argumentos sustantivos del requerimiento. Particularmente dura fue la reacción del senador socialista Camilo Escalona, que calificó al TC como “poder fáctico”, “que es capaz de tomar decisiones por encima de la voluntad de los gobiernos y por encima de las mayorías de las dos cámaras del Congreso Nacional”¹³². Las palabras de Escalona provocaron airadas críticas de la oposición, que las calificó de “atentado a la democracia”¹³³ y a las críticas de la Concertación como “el mayor atentado al Estado de Derecho democrático desde 1990”, y se generó un debate agresivo, pero interesante, sobre el rol del TC y el principio mayoritario.

Reaccionando ante la sentencia, diputados de la Concertación presentaron el día 5 de septiembre un proyecto de ley para insistir en la introducción de un nuevo concepto de empresa, proponiendo sustituir el inciso tercero del artículo 3 del Código del Trabajo por el siguiente “Para todos los efectos de legislación laboral y de seguridad social se entenderá por empresa aquél capital o conjunto de capital perteneciente a una persona natural o jurídica, o bien, a un grupo de personas naturales o jurídicas que se dediquen a una misma actividad comercial o a actividades comerciales relacionadas entre sí, esté o no el capital subdividido en una o más sociedades de cualquier clase y debiendo estar destinado a producir algún tipo de utilidades a través de la prestación de servicios personales de personas ajenas a la propiedad de dicho capital”.

La presentación del proyecto señalado fue calificado como “de extrema gravedad” por parlamentarios de RN, pues a su juicio significa una rebeldía respecto del fallo del TC¹³⁴. Actualmente el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional.

¹³¹ Noticia del día 30 de agosto de 2006 en www.lanacion.cl

¹³² Noticia del día 28 de agosto de 2006 en Radio Cooperativa.

¹³³ Noticia del día Martes 29 de agosto de 2006 en www.lanacion.cl

¹³⁴ Noticia del 6 de septiembre de 2006 en Diario Financiero.

c) *Anticoncepción de emergencia*¹³⁵

El asunto fue llevado a tribunales por primera vez el año 2001. Una serie de Organizaciones no Gubernamentales¹³⁶ “pro vida” presentaron un recurso de protección solicitando a la Corte de Apelaciones de Santiago prohibir la comercialización de la llamada “píldora del día después”, basados en las disposiciones legales y constitucionales que protegen la vida del no nacido. Esta píldora, argumentaban, tiene un efecto abortivo ya que puede impedir la implantación del cigoto en el útero. Ante la ley chilena, que prohíbe toda clase de aborto, la comercialización del fármaco sería inconstitucional. El recurrido era el Ministerio de Salud, que había autorizado la comercialización. El Ministerio argumentó que la píldora no era abortiva, ya que el embarazo ocurría sólo cuando el huevo fecundado se implanta en el útero y sólo desde ese momento se podía hablar propiamente de aborto como un acto intencional que termina el embarazo. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹³⁷ de fecha 28 de mayo de 2001 rechazó el recurso basado en razones de forma.

Las ONG recurrentes apelaron ante la Corte Suprema. Un total de seis ONG “pro vida” contrarias a la píldora adhirieron a la apelación. También varias ONG “pro píldora” intentaron adherirse a la apelación, mas su petición fue rechazada por la Corte. Presentados los argumentos de ambas partes, la Corte Suprema quedó encomendada de la casi imposible tarea de decidir cuándo la vida humana efectivamente comienza, y por tanto, cuándo comienza la protección jurídica del feto en el ordenamiento jurídico chileno. La Corte Suprema, por sentencia de fecha 30 de agosto de 2001, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, señalando que el que está por nacer, cualquiera sea su estado de desarrollo, tiene un derecho constitucional a la protección de su vida.

A la luz de la decisión de la Corte Suprema, unos meses más tarde el gobierno autorizó una segunda píldora, con los mismos principios activos que la anterior pero bajo un nombre distinto. Esta vez, el gobierno decretó que el fármaco fuera gratuitamente distribuido entre las víctimas de violación en hospitales públicos, dependientes del Ministerio de Salud, y consultorios municipales. Nuevamente las ONG “pro vida” llevaron el asunto a tribunales. Una de estas ONG, el “Centro Juvenil Ages” que había participado en el primer recurso de protección, solicitó al vigésimo Juzgado de Letras de Santiago que revocara la decisión del gobierno. En junio del 2004¹³⁸, el tribunal aceptó la demanda, argumentando que la píldora era, en efecto, abortiva. El fallo anuló la autorización para vender y distribuir esta segunda píldora, ordenando retirarla del mercado y puntos de distribución. El Ministerio de Salud apeló de la sentencia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹³⁵ Agradezco en este punto la colaboración de la Profesora Beatriz Larraín Martínez, quien me permitió acceder al trabajo que realizara sobre este tema. Lo relativo al tratamiento judicial de la anticoncepción de emergencia ante los jueces de instancia, está tomado de la exposición del caso en la tesis doctoral de la Profesora Larraín “The Expansion of Judicial Power in Chile: Case Study”. No obstante, lo relativo a su tratamiento por el TC es de investigación propia, y por tanto ninguna de sus deficiencias puede ser imputada a doña Beatriz.

¹³⁶ En adelante ONG.

¹³⁷ Rol 850-2000

¹³⁸ Sentencia Rol 5839-2002.

Mientras se esperaba la sentencia del tribunal de alzada, gobierno y oposición continuaban la batalla en la arena política. Alcaldes miembros de los partidos opositores se negaron a distribuir la píldora en los consultorios correspondientes a su municipio, con el fundamento de que la píldora era abortiva y por tanto ilegal. A su vez, el gobierno anunció que aquellos ediles que se rehusaran a distribuir el fármaco arriesgarían recortes de presupuesto e investigaciones sumarias por incumplimiento de sus obligaciones. El Partido UDI anunció que se presentarían acciones de protección e incluso recurriría al TC.

El día 10 de diciembre de 2004¹³⁹ la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia de primera instancia, autorizando la venta y distribución de la píldora. La sentencia declaró que no existían razones para prohibir la píldora, ya que no existe certidumbre médica respecto al estadio de vida del embrión en el cual actúa la píldora. El tribunal sólo podía fallar sobre la base de evidencia científica cierta y no sobre una controversia científica en desarrollo, señaló la Corte.

Pero el asunto estaba lejos de haberse zanjado. Parte del conflicto se encontraba dentro de la misma coalición de gobierno, ya que un partido de la Concertación, el partido Demócrata Cristiano se oponía a la píldora, mientras el resto de los partidos de la coalición estaban a favor. A medida que se acercaban las elecciones presidenciales, la Concertación tenía particular interés en mantener un frente unido. Se debían evitar las divisiones internas ya que serían tierra fértil para los ataques de la oposición. El gobierno optó por mantener el *status quo*, sobre todo desde que la Corte Suprema aun no dictaba sentencia.

Pero no todos dentro del gobierno estaban de acuerdo con mantener las cosas como estaban. El día 8 de marzo de 2005 el Subsecretario de Salud anunció que el gobierno comenzaría a distribuir la píldora de anticoncepción de emergencia en los centros públicos de salud a toda mujer que lo solicitara, no sólo a aquellas víctimas de violación. El Ministro de Salud y el Presidente Ricardo Lagos inmediatamente reaccionaron, contradiciendo lo dicho por el subsecretario. El Presidente señaló que se trataba de un error y que el gobierno continuaría con la que siempre había sido su política: distribuir la píldora entre las víctimas de crímenes sexuales. El subsecretario se vio obligado a renunciar.

De acuerdo a las encuestas de opinión pública, realizadas por diferentes organizaciones de diversas ideologías y tendencias religiosas, la mayoría de los chilenos consideraban que la píldora debía ser considerada legal, vendida en farmacias y distribuida gratuitamente en centros públicos de salud.

Aunque el gobierno intentaba mantener el *status quo*, las presiones de las ONG “pro píldora” resurgieron. Exigían que el gobierno facilitara el anticonceptivo de emergencia a toda mujer que la solicitara, y así cumpliera con las normas internacionales vigentes sobre derechos sexuales y reproductivos. Esta vez contaban con un nuevo argumento: la píldora se encontraba disponible en farmacias y por tanto, todo aquel que pudiera costearla la podía adquirir. Aquellas mujeres sin recursos, sin embargo, no tenían modo de obtenerla, puesto que a diferencia de la mayoría de los medicamentos, ésta no era gratuitamente distribuida en los cen-

¹³⁹ Sentencia Rol N° 4200-03.

tros de asistencia pública. Con esto el asunto ya no sólo se trataba del derecho a la vida del no nacido, sino que el conflicto involucraba también el derecho a la igualdad ante la ley. Para respaldar su posición favorable a la distribución de la píldora, el gobierno presentó estadísticas que mostraban que el número de adolescentes embarazadas era 7 veces mayor en mujeres de clase baja que en mujeres adolescentes de clase media¹⁴⁰. El Ejecutivo atribuía esta situación a la falta de información y métodos de anticoncepción. Más aun, el gobierno indicó que entre febrero de 2005 y febrero de 2006, 3.954 dosis de la píldora habían sido vendidas en farmacias de las comunas más ricas de Santiago, mientras que en las comunas más pobres, las farmacias sólo habían vendido 344 dosis. Con estos datos el gobierno intentaba demostrar que prohibir la distribución gratuita de la píldora en los centros asistenciales significaba perjudicar a las mujeres de clase baja, lo que constituía evidentemente una injusticia.

El 29 de noviembre de 2005¹⁴¹ la Corte Suprema falló confirmando la sentencia de segunda instancia, y autorizando la distribución. Determinar si la píldora tenía o no efectos abortivos era tarea de los científicos y no de los tribunales de justicia, señaló la Corte. Sin embargo la batalla por la píldora continuó. Las fuerzas “anti-píldora” no se conformaron con la sentencia, y el 23 de febrero de 2006 la misma ONG, “Centro Juvenil Ages”, presentó una nueva acción, esta vez contra el laboratorio Grunenthal que producía el fármaco. Un mes después, otra ONG “Acción por la Vida”, presentó otra acción contra el laboratorio Recalcine que también fabricaba la píldora.

El primero de septiembre de 2006 y bajo el gobierno de Michelle Bachelet, el gobierno dictó la Resolución Exenta (Ministerio de Salud) N° 584, que establecía que el gobierno garantizaría la orientación gratuita y confidencial (sin permiso de los padres) en materia de sexualidad y anticoncepción, a todas las adolescentes mayores de 14 años que lo solicitaran. Asimismo, la “píldora del día después” sería distribuida en forma gratuita a cualquiera que la solicitara, por cualquier razón, en los centros públicos y municipales de salud. La nueva administración estaba determinada a redefinir el asunto de la píldora como un problema de salud pública, y no como una cuestión de carácter moral, que es lo que se había hecho durante la administración anterior.

El día 6 de septiembre de 2006, sólo 5 días después de dictado el decreto, dos alcaldes de la UDI presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago con el objeto de que la corte declarar ilegal el decreto. Con esto buscaban que el gobierno no los forzara a entregar la píldora en los consultorios correspondientes a sus municipios. Los recurrentes solicitaron una orden de no innovar. La corte acogió la solicitud y ordenó que el gobierno suspendiera la entrega de la píldora, mientras se fallara el recurso. El gobierno apeló a esta decisión y el 22 de septiembre de 2006 la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la orden de no innovar, y autorizó al gobierno a distribuir el anticonceptivo de emergencia. La suspensión temporal, que en virtud de la orden de no innovar

¹⁴⁰ Diario La Tercera, 6 de septiembre de 2006.

¹⁴¹ Sentencia Rol N° 1039-2005.

había decretado la corte, había significado una suerte de “sentencia anticipada” y por esto se permitía la entrega de la píldora mientras se substanciaba el recurso.

El 27 de septiembre la prensa nacional informó que muchos centros de salud municipales habían continuado la entrega de la píldora durante la vigencia de la orden de no innovar que había decretado la Corte. Los alcaldes de dichos municipios argumentaron que ellos no habían recibido una notificación que les informara de dicha orden y por tanto siguieron distribuyéndola.

En noviembre de 2006, la Corte de Apelaciones dictó sentencia definitiva. Basar una acción judicial de este tipo en fundamentos de tipo moral, religioso o social o utilizarla para modificar una decisión de la administración no es procedente, señaló la Corte. En consecuencia, declaró que el decreto no es ilegal ni inconstitucional. El derecho de los padres a educar a sus hijos libremente no se ve afectado por el decreto, ya que los padres siempre podrán educar a sus hijos en relación a la sexualidad, la paternidad y la anticoncepción. Pudiendo éstos también inculcarles no utilizar la píldora de anticoncepción de emergencia. Respecto de la violación de la libertad de culto que señalaran los recurrentes, la Corte señaló que no se veía como un decreto sobre cuestiones de fertilidad y anticoncepción, que no impone obligaciones a nadie, podría afectar la libertad de conciencia o libertad de culto. Finalmente, la corte señaló que ya que la píldora se estaba vendiendo en farmacias al público, no existía justificación para prohibir su distribución gratuita por los centros asistenciales.

Mientras esto acontecía en Santiago, otra batalla se libraba en Concepción. El día 13 de septiembre de 2006 un grupo de estudiantes universitarios y secundarios presentaron un recurso de protección contra la Municipalidad de Concepción. Esta vez se trataba de una acción que buscaba forzar a la alcaldesa de Concepción, Jaqueline Van Rysselberghe, perteneciente a la UDI, a distribuir la “píldora del día después” en los centros de salud de su municipio, ya que ésta había declarado que se negaría a entregarla. El recurso señalaba que se habría vulnerado la igualdad ante la ley, ya que quienes contaban con medios económicos podían libremente adquirirla en farmacias. Unas semanas más tarde otra acción judicial fue presentada en Concepción por el mismo grupo de estudiantes. Ambas acciones fueron declaradas inadmisibles por la Corte de Apelaciones de Concepción, señalando el tribunal de alzada que la acción de protección no es una acción popular y que requiere que se especifique a un individuo concreto que haya visto vulnerado su derecho por un acto ilegal o arbitrario.

Paralelo a estos recursos de protección, el día 30 de septiembre un grupo de parlamentarios de oposición presentaron un requerimiento ante el TC para que declarara la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud de fecha 1° de septiembre de 2006 que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”. A continuación se expone un resumen de los argumentos de los requirentes, del gobierno y otros actores, expuestos ante el TC.

Señalan los diputados requirentes que en la dictación de la resolución recurrida, en la cual se contempla la obligación de los servicios de atención pública de prestar atención a los menores de edad desde los 14 años, de modo confidencial y sin necesidad del consentimiento y conocimiento de sus padres y la entrega, abierta y gratuita, de la llamada píldora del día después, se han vulnerado los derechos

establecidos en el artículo 19 en sus números 1, 2, 10 inciso tercero y 26 en relación con los artículos 6 incisos primero y segundo, 7 incisos primero y segundo y 32 N° 6 de la Constitución. Por ello solicitan al TC declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta y que además declare como un ilícito constitucional que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos autorice el uso, la distribución, la comercialización o la entrega de la llamada “píldora del día después”.

Como asunto de previo y especial pronunciamiento, señalan los requirentes que el instrumento impugnado ha sido calificado por el Ministerio de Salud como una Resolución Exenta, norma que elude el control previo de toma de razón que ejerce la Contraloría General de la República. Esto impide que aquel acto administrativo llegue al conocimiento del TC, quedando el asunto marginado de la normativa constitucional, conclusión que no ha podido ser concebida por el Poder Constituyente. Esta situación se torna aún más grave, indican los requirentes, en tanto esto ocurre hallándose en juego derechos fundamentales. Sostienen que el Ejecutivo ha dictado formalmente una resolución exenta que, desde el punto de vista de su materialidad, es un decreto supremo, pues expresa o manifiesta la facultad reconocida al Presidente de la República en el artículo 32 número 6 de la Constitución¹⁴². De ello desprenden que tal acto administrativo se halla sujeto a la jurisdicción del TC.

Para los diputados requirentes, la resolución exenta objetada es una normativa reglamentaria, dictada sin habilitación legal previa completa y suficiente, y que afecta el derecho a la vida garantizado a todas las personas, incluidos los que están por nacer. También estiman los requirentes que se afecta el derecho y deber de los padres a educar a sus hijos por el actuar de los órganos de salud, al otorgar éstos consejería a menores adolescentes sin el consentimiento ni conocimiento previo de sus progenitores.

Tras admitir a tramitación el requerimiento, y conferir traslado a los órganos constitucionales interesados, por escrito de fecha 27 de octubre de 2006, el Ejecutivo, en la persona de Paulina Veloso Valenzuela, Ministra Secretaria General de la Presidencia, formuló las observaciones del Presidente de la República al requerimiento.

La Ministra expone argumentos relativos a la improcedencia del requerimiento, señalando que se ha admitido a tramitación un requerimiento respecto de una mera resolución, en circunstancias que la competencia del TC según lo dispuesto en la Carta Fundamental, sólo alcanza los decretos supremos. Añade Veloso que lo verdaderamente atacado por el requerimiento es el registro sanitario de la denominada píldora del día después. Así las cosas, el libelo es extemporáneo, toda vez que los registros de los medicamentos aludidos son de los años 2001, 2003 y de mayo y agosto de 2006.

En sus observaciones, el Ejecutivo se hace cargo de lo manifestado por los requirentes. Señala que en Chile no se puede comercializar, importar ni fabricar medicamento alguno sin que antes haya sido registrado en el Instituto de Salud

¹⁴² Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Pública. Dicho Instituto debe, para efectuar el registro, evaluar el impacto que puede producir en la salud la distribución, venta o expendio de determinados fármacos. Esta evaluación se realiza siguiendo un procedimiento reglado, el cual comienza con la petición de registrar cierto producto farmacéutico. El hecho de haberse dictado la resolución que autoriza el fármaco lleva implícito un examen favorable por parte de la autoridad sanitaria. Agrega el Ejecutivo que desde el año 2001 hasta la fecha, el Instituto ha otorgado cinco registros sanitarios para la píldora del día después.

Analizando las políticas sobre regulación de la fertilidad y en vista de las estadísticas acerca del impacto del control de la natalidad y de los desafíos que suponen los objetivos sanitarios en dicho ámbito, señala la Ministra que no ha sido por capricho que se ha contemplado la entrega de anticoncepción de emergencia para los adolescentes, sino que esta entrega es consecuencia del estudio y actuación responsable ante la realidad nacional. Más aún, afirma que una actitud pasiva de la autoridad habría resultado arbitraria, al no hacerse cargo de la situación que existe, de hecho, en perjuicio de las adolescentes de bajo nivel socio-económico. Respecto del análisis de la Resolución Exenta N° 584, el Ejecutivo señala que dicha norma se basa en los objetivos sanitarios para la década 2000-2010, y en el imperativo de incorporar correcciones destinadas a superar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres respecto del control y ejercicio de la salud sexual y reproductiva.

Luego de revisar el contenido de la Resolución Exenta N° 584, hace notar la Ministra que en ninguna parte de la resolución requerida, ni del texto que ésta aprueba, se autoriza la fabricación, importación o venta de los denominados anticonceptivos de emergencia. Ni la resolución ni el texto que aprueba, tienen por fin autorizar o registrar determinados anticonceptivos. Dicha autorización se habría efectuado antes de ser dictado el acto impugnado, en una decisión separada y no vinculada con la Resolución Exenta N° 584.

Añade la ministra Veloso que la anticoncepción de emergencia de manera alguna es un acto impositivo del Estado, pues se funda en la voluntad personal, es decir, en una decisión libre y que debe adoptarse informadamente, respetando la opción religiosa de cada cual y sin excluir a su familia. El Ejecutivo se refiere a los argumentos sustantivos de inconstitucionalidad esgrimidos por los requirentes, dando las razones en atención a las cuales la Resolución Exenta no vulnera la Constitución en relación con el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y el derecho de los padres de educar a sus hijos.

El TC recibió la opinión de numerosos expertos, autoridades y ciudadanos que ejerciendo el derecho constitucional de petición quisieron manifestar su parecer al tribunal. Fueron escuchados por el TC nueve Senadores¹⁴³.

¹⁴³ Fue presentada al tribunal la opinión del Contralor General de la República Subrogante, don Gastón Astorquiza Altaner. También fue escuchado don José Fernando Correa Madrid, don Patricio Zapata Larraín, profesor universitario. También don Carlos Williamson Benaprés, Rector Subrogante de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y finalmente fue oída la opinión de don Enrique Silva Cimma, en ejercicio del derecho de petición y en su condición de profesor emérito de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de ex Contralor General de la República y ex Presidente del TC.

Por sentencia Rol 591-2006 de fecha 11 de enero de 2007, el tribunal resolvió. Señala la sentencia que se ha planteando una cuestión de incompetencia, que encuentra su origen en una discrepancia interpretativa de relevancia jurídica entre los parlamentarios requirentes y el Ejecutivo, respecto a la calificación del acto administrativo impugnado, en la suficiencia de la competencia del TC para conocer del requerimiento y, en definitiva, en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo cuestionado.

En mérito de su razón de ser y función fundamental, indica el tribunal, el TC no puede permanecer indiferente ante el hecho que una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados denuncia que una resolución exenta dictada por un Ministro de Estado, ha regulado materias propias de un reglamento supremo propio del Presidente de la República. Más aún cuando se imputa a dicha resolución graves vicios de constitucionalidad y vulneración de derechos fundamentales asegurados por la Constitución a todas las personas. La sentencia consigna que es deber del tribunal examinar la cuestión que se plantea, verificando la calificación jurídica del acto administrativo impugnado y resolver el conflicto en caso de concluir que es competente, restableciendo la supremacía de la Constitución, en caso de haberse quebrantado.

Luego de lo expresado, continúa el fallo manifestando que para decidir si el TC es competente para resolver el requerimiento, es necesario determinar previamente si éste es o no competente para recalificar los actos administrativos, como una forma de atraerlos a la esfera de su competencia, a lo que concluye que si es competente y que la calificación jurídica de un acto administrativo es un elemento intrínseco de la competencia que la Carta Fundamental ha conferido al TC para velar por el imperio de sus normas.

En relación a la naturaleza jurídica de la norma, la aplicación del principio de primacía de la realidad no es ajena a la interpretación constitucional, y habrá de aplicarse también en el caso de autos. La Resolución Exenta (Ministerio de Salud) N° 584, contiene normas que son de aplicación general para los órganos públicos y la población involucrada, y que si bien no aparecen enunciadas en artículos ni ordenadas según numerales, no cabe duda que son prescripciones de conducta, reunidas metódicamente y para otorgarles aplicación general, permanente y vinculante en las materias o asuntos regulados por ellas. Señala la sentencia que prestigiosos juristas¹⁴⁴ comparten el carácter reglamentario de la resolución impugnada por el requerimiento. De las opiniones de los tratadistas, el análisis de las normas pertinentes y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir, señala el tribunal, que reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal. Habiéndose omitido requisitos esenciales, fuerza es concluir que la Resolución Exenta N° 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal.

Por tanto, el TC resuelve acoger el requerimiento y declara que la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 1 de Septiembre de 2006, es inconsti-

¹⁴⁴ Enrique Silva Cimma, Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda, Jorge Precht, José Joaquín Ugarte y Patricio Zapata.

tucional y agrega en su sentencia que, habiéndose declarado que esta resolución adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal, el TC no se pronunciará sobre otras eventuales inconstitucionalidades planteadas en el requerimiento¹⁴⁵.

La decisión del TC fue criticada por todos los sectores políticos, Los sectores conservadores insistieron en que los fundamentos formales del fallo dictado por el TC no eran suficientes y que el tribunal debiera haberse pronunciado sobre las cuestiones morales y jurídicas. Los progresistas señalaron que la corte se estaba erigiendo como un poder político ilegítimo. El senador socialista Jaime Naranjo lo calificó de “cuarto poder”, mientras que la diputada María Antonieta Saa (PPD) estimó que el fallo del TC era “más valórico que jurídico”. Más aun, señalaron, el tribunal no puede expropiar la libertad de elección, que es también un derecho asegurado por la Constitución¹⁴⁶.

Al día siguiente de conocerse la decisión del TC, el gobierno dictó un nuevo decreto cumpliendo los requisitos formales que según el TC, no se habían cumplido anteriormente. La Presidenta declaró que el gobierno no imponía a nadie una moral determinada; al contrario, daba opciones para que cada cual eligiera según su moral. Cuando el gobierno adopta una política debe asegurarse que los beneficios o efectos de dicha política alcancen a toda la ciudadanía. Particularmente, a aquellos con menores recursos, señaló la mandataria¹⁴⁷.

El 30 de enero de 2007 la prensa denunció que en municipios en que el alcalde pertenecía a partidos opositores, se negaba la píldora a quienes la solicitaban, contraviniendo el decreto. El gobierno anunció que requeriría la intervención judicial, si los alcaldes se rehusaban a cumplir el decreto y que se aplicarían sanciones. La CONFUSAM¹⁴⁸ señaló que muchos trabajadores municipales habían recibido órdenes de no entregar la píldora a las mujeres que la solicitaran. Anunciaron acciones judiciales contra los alcaldes que se negaran a entregar la píldora, o sancionaran a los profesionales de la salud que la entregaran.

El 31 de enero de 2007 la Corte Suprema finalmente falló el pleito iniciado por los alcaldes de la oposición en septiembre de 2006, rechazando sus argumentos y confirmando la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El 7 de febrero de 2007, el diputado socialista Fulvio Rossi presentó un recurso de protección contra los alcaldes que se negaban a entregar la píldora en los centro de salud municipales, con objeto de forzarlos a cumplir con el decreto del Ejecutivo. Los alcaldes, como meros ejecutores de las políticas sanitarias del Ejecutivo, debían cumplir con el decreto y distribuir la píldora. Los alcaldes que se niegan están vulnerando el derecho a la protección de la salud que asegura la Constitución, señaló Rossi en su recurso ante la corte.

¹⁴⁵ La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, quienes estuvieron por desestimar el requerimiento.

¹⁴⁶ Noticia en 146 Noticia en www.lanacion.com de fecha 13 de enero de 2007.

¹⁴⁷ Noticia en www.lanacion.com de fecha 18 de enero de 2007.

¹⁴⁸ Confederación de Funcionario de Salud Municipal

Una serie de acciones de protección fueron presentadas por alcaldes de oposición. Uno de ellos fue presentado el día 10 de febrero, otro el día 24 de marzo por la alcaldesa Marta Ehlers, y otro el 20 de febrero por el alcalde Pablo Zalaquett. Todos fueron declarados inadmisibles por cuestiones de forma por la Corte de Apelaciones de Santiago. Zalaquett continuó presentando acciones judiciales. En cuatro ocasiones distintas fueron declaradas inadmisibles, haciendo oídos sordos a sus “amenazas” de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mientras tanto el gobierno experimentaba dificultades para adquirir la píldora y mantener el *stock*, ya que el laboratorio Recalcine, que había estado fabricando la píldora, había dejado de fabricarla debido a las presiones de las ONG, ya que señalaban que el costo social de fabricar la píldora era demasiado alto y dañaría la imagen pública de la compañía. El gobierno dijo que buscaría proveedores extranjeros si las compañías farmacéuticas nacionales no se interesaban en producir la píldora. En mayo de 2007, el gobierno compró las dosis necesarias en Colombia. Con esta compra, se pudo entregar la píldora en los consultorios y entregar un stock a las farmacias, que habían dejado de vender la píldora ya que los laboratorios nacionales habían dejado de elaborarla.

En marzo del año 2007 un grupo de parlamentarios de la Alianza por Chile, denominados “Parlamentarios por la Vida” presentaron un nuevo requerimiento, que buscaba que el TC se pronunciara sobre el fondo del asunto y prohibiera la anticoncepción de emergencia por atentar contra el derecho a la vida, desde que sostienen que la píldora tiene efectos abortivos.

El debate se ha agudizado, de hecho, desde que tres cadenas de farmacias se negaren a distribuir la píldora, y el gobierno cursara multas a dichos establecimientos por considerar que estaban infringiendo sus obligaciones legales. Una de las cadenas de farmacias, Salcobrand, señaló que no vendería el fármaco por razones de conciencia y moral.

A la fecha, el asunto no ha sido resuelto por el TC, y se encuentra lejos de estar zanjado. Sobre todo desde que continúa la disparidad de criterios respecto a la entrega del fármaco. Mientras en algunas comunas es posible conseguir el anticonceptivo de emergencia en los consultorios, en otras no, no obstante estar vigente la orden del ejecutivo de distribuir el anticonceptivo de emergencia.

d) *La nueva región de Arica y Parinacota y el conflicto con Perú*

Luego de aprobada la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050, que eliminó la referencia constitucional a la cantidad de regiones que tenía nuestro país y uniformó el procedimiento para crearlas y suprimirlas, dejando entregado a una ley orgánica constitucional lo relativo a la división política y administrativa del país, se hace posible la creación de nuevas regiones.

En Mensaje de 21 de octubre de 2005 el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, en cumplimiento del compromiso adquirido durante la campaña presidencial, envía al Parlamento un proyecto de ley que crea 2 nuevas regiones, Arica y Parinacota y De los Ríos. El mensaje señalaba que “Respecto de la región

de Tarapacá, hubo, desde la fecha de su creación, frustración y reclamaciones de la comunidad de la provincia de Arica por estimar que reunía los requisitos de regionalidad y capitalidad suficientes para constituirse en región por sí misma, basándose en fundamentos de carácter económico, demográfico, territorial, histórico e institucional”.

La iniciativa que crea la región de Arica y Parinacota, capital Arica, comprendía las provincias de Arica y Parinacota pertenecientes a la región de Tarapacá. La creación de la nueva región fue aprobada por el Parlamento, con 106 votos a favor y una abstención, con fecha 18 de diciembre de 2006.

El artículo primero del proyecto remitido rezaba: “Créase la XV Región de Arica y Parinacota, capital Arica, que comprende las actuales Provincias de Arica y Parinacota de la Región de Tarapacá. Los límites de las provincias mencionadas se encuentran establecidos en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2-18.715, de 1989, del Ministerio del Interior”. Con fecha 5 de diciembre de 2006, y encontrándose el proyecto en segundo trámite constitucional, se formuló por la Presidente de la República, una indicación al proyecto en la cual se propone suprimir la segunda oración del artículo primero referida a los límites, agregando a dicho artículo un inciso segundo. La indicación fue aprobada y es así como el artículo primero en su versión definitiva señala:

“Artículo 1°.- Créase la XV Región de Arica y Parinacota, capital Arica, que comprende las actuales provincias de Arica y de Parinacota, de la Región de Tarapacá.

Los límites de la nueva Región serán los siguientes:

- Al Norte: el límite con Perú, desde el paralelo del Hito N° 1 en el Mar Chileno hasta el Hito N° 80 tripartito de la frontera con Bolivia.
- Al Este: el límite con Bolivia, desde el Hito N° 80 indicado hasta el cerro Capitán.
- Al Sur: la línea de cumbres que limita por el sur la hoya del salar de Surire, desde el cerro Capitán hasta el cerro Latarani; la línea de cumbres, desde el cerro Latarani hasta el cerro Mamuta; el cordón de los cerros de Mamuta, desde el cerro Mamuta hasta el cerro Guachiscota; la línea de cumbres que separa por el sur la hoya de la quebrada Camarones, desde el cerro Guachiscota hasta el trigonométrico Camarones; el borde o ceja sur de la quebrada de Camarones, desde el trigonométrico Camarones hasta el trigonométrico Crespo; la poligonal, desde el trigonométrico Crespo hasta el trigonométrico cerro Cuya, pasando por los trigonométricos Aguilucho y Marea; y una línea recta, desde el trigonométrico cerro Cuya hasta la punta Camarones, junto al Mar Chileno.
- Al Oeste: el Mar Chileno, desde la punta Camarones hasta el paralelo del Hito N° 1, en la frontera con Perú”.

Esta forma de fijar los límites fue considerada por Perú como una reacción a la aprobación de la Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo del Perú, promulgada en el periodo final del presidente Alejandro Toledo. Se consideró que la nueva redacción del artículo buscaba alterar los límites terrestres entre Chile

y Perú¹⁴⁹, al establecer como los límites de esa nueva región, “Al Norte: el límite con Perú, desde el paralelo del Hito N° 1 en el Mar Chileno hasta el Hito N° 80 tripartito de la frontera con Bolivia”. Esta sutileza, de considerar el hito N° 1 como el punto desde donde la frontera marítima debe ser medida, y no el punto Concordia, algunos metros más al sur pero situado a la orilla del mar, generó gran malestar en el Perú puesto que fue interpretado como la pérdida de un triángulo de territorio de aproximadamente 35.000 m², y además como atentatoria contra el Tratado de Lima de 1929¹⁵⁰. Producto de esto, la diplomacia peruana hizo presente su molestia a través de nota al gobierno chileno, donde se afirmaba que el nuevo estatus legal otorgaba una proyección marítima favorable a Chile al incluir el Hito 1, frente a la anterior mención de que Arica limitaba al norte con Perú, “desde el mar chileno”, pero sin mencionar el hito¹⁵¹.

No obstante, el impasse diplomático se vio abruptamente zanjado. Con fecha 23 de enero del año 2007, y en cumplimiento del artículo 93 inciso primero N° 1 en relación con el artículo 110 de la Constitución, la Cámara de Diputados envió el proyecto de ley que crea la XV Región de Arica y Parinacota y la Provincia del Tamarugal, en la Región de Tarapacá, a fin de que el TC ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 7°, 8° y 13 permanentes y primero, segundo, tercero, cuarto y duodécimo transitorios del mismo proyecto.

En sentencia Rol N° 719 el TC chileno declaró inconstitucional el inciso segundo del artículo 1 por considerar que “que el inciso segundo del artículo 1° del proyecto sometido a control, introducido durante su tramitación, es inconstitucional, por cuanto su contenido no tiene relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto original del Ejecutivo sobre la materia, violándose de esta forma el artículo 69, inciso primero, de la Carta Fundamental” y que por tanto debía ser eliminado del texto de la ley.

Con la declaración de inconstitucionalidad del artículo, quedó eliminada la referencia al Hito 1, y con ello se zanjó inesperadamente la polémica con Perú respecto de los límites marítimos. Declaraciones de prensa del canciller peruano García Belaunde señalaron que el impasse se habría zanjado “gracias a la Justicia Chilena”¹⁵². Al mismo tiempo, el gobierno chileno señaló que el problema se originó por un error de la Dirección de Fronteras y Límites, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Finalmente la ley fue promulgada, sin el inciso segundo del artículo primero, con fecha 23 de marzo de 2007.

¹⁴⁹ Los límites terrestres entre Chile y Perú están definidos por el Tratado de Lima de 1929. Respecto de los límites marítimos, mientras Chile considera que están definidos conforme a dos documentos: la Declaración de Santiago, del 18 de agosto de 1952, y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, firmado en Lima, el 4 de diciembre de 1954. Para Perú los documentos citados no constituyen tratados internacionales que establezcan límites, sino meros convenios pesqueros. El gobierno peruano llevó este diferendo a la Corte Internacional de la Haya, teniendo como base de competencia el artículo 38 del Pacto de Bogotá.

¹⁵⁰ Agradezco en este punto la colaboración de Ángel Horna, que con su conocimiento en el tema fue tan amable de ilustrarme en la posición peruana.

¹⁵¹ Noticia del 26 de enero de 2007 en www.cooperativa.cl.

¹⁵² Noticia del 27 de enero de 2007 en www.cooperativa.cl

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

La Teoría de la Política Constitucional pretende exponer cómo el legislador ve determinada e incluso limitada su potestad por medio del actuar de los tribunales constitucionales y a la vez, busca explicar cómo las prácticas y técnicas propias de los jueces constitucionales son hechas suyas por parlamentarios y otras autoridades públicas para el ejercicio de su propio quehacer.

Explicada ya con detalle esta teoría en el capítulo primero, sólo se recordaran brevemente sus elementos para efectos del análisis. Stone Sweet distingue cuatro etapas a través de las cuales se produce la judicialización, es decir el proceso mediante el cual el TC desarrolla autoridad sobre la estructura normativa vigente y la decisión de éste viene a determinar el modo en que los individuos, el legislador y otras autoridades públicas, interactúan. Estas etapas son la etapa 1 “La Constitución y el legislador”: Efectos de la amenaza de un posible requerimiento de inconstitucionalidad, la etapa 2 “La politización”: La puesta en marcha del control constitucional y la reformulación de los intereses políticos a pretensiones jurídicas, la etapa 3 “La crisis de la legitimidad” El dilema institucional fundamental del TC y la etapa 4 “*Constitutional Decision Making*”: Determinando el significado de la Constitución. Cada una de estas fases del desarrollo de la judicialización son posibles de observar en Chile.

Es observable la primera etapa en tanto que en el proceso legislativo chileno la amenaza de la declaración de inconstitucionalidad influye poderosamente en la actividad legislativa. Los legisladores, frente a la eventualidad de un requerimiento de inconstitucionalidad, consideran a las normas constitucionales y la relación entre la Constitución y las normas legales como determinantes en el ejercicio de su actividad e intentan anticipar cuál sería la respuesta del TC frente a un posible requerimiento de inconstitucionalidad en la materia sobre la cual se esté legislando en un momento determinado.

En esta etapa vemos a los parlamentarios entrando en deliberaciones constitucionales, evaluando la relación entre el texto constitucional y la materia que estén discutiendo en un minuto determinado y así efectuando juicios de constitucionalidad. Es el caso de las llamadas “prevenciones de inconstitucionalidad” u “observaciones de constitucionalidad” que frecuentemente se oyen en los debates parlamentarios. No obstante no existir una institución formal, ni siquiera una costumbre jurídica, de que los parlamentarios durante los debates deban dejar constancia de sus opiniones “constitucionales” de los proyectos, es frecuente que éstos dejen en acta los juicios de constitucionalidad que les merecen determinados proyectos o normas. Lo mismo es frecuente que emitan juicios de constitucionalidad en sus declaraciones a la prensa.

Esta etapa de la “Constitución y el Legislador” es claramente identificable en los casos del Estatuto de Roma, la Ley de Subcontratación, y de la Anticoncepción de Emergencia. Frente a una norma pronta a entrar en vigencia, parlamentarios consideran determinante la existencia del control constitucional y reformulan sus posiciones políticas, en términos normativos, bajo la forma de “derechos

fundamentales”. En los casos mencionados, ya la discusión no es la conveniencia o no del adscribir a una jurisdicción penal internacional; qué políticas de salud reproductiva son las adecuadas para el país; o cómo protegeremos los derechos laborales, sino que la discusión es ahora determinar en qué consiste la soberanía de Chile, desde cuando se protege el derecho a la vida en el que está por nacer, en qué exactamente consiste la protección que otorga a éste el constituyente, y en qué consiste la libertad de asociación, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, etc. El sector que no ha logrado imponer su opción por la vía de las instituciones “políticas”, reformula el asunto planteándolo como una cuestión “jurídica” y así, requiere que el TC determine el significado de los derechos y preceptos constitucionales en discusión, su alcance y ámbito de aplicación, para que mediante su decisión “jurídica”, se vea resuelto el problema “político”. Lo interesante es que, una vez que ha fallado el TC, la parte cuya posición resulta “autorizada” verá que su posición política es ahora elevada de categoría, de simple postura u opinión a correcta interpretación de la Constitución, y por tanto, normativa y prescriptiva. De este modo, resulta atractiva la posibilidad de acudir al TC en busca de que éste dé su favor a la postura política-interpretación según la cual la aprobación del Estatuto de Roma atenta contra la soberanía; o que la anticoncepción de emergencia atenta contra la vida del que está por nacer y que otorgar dichos anticonceptivos a menores de edad atenta contra el derecho de los padres a educar a sus hijos; o que impedir la multiplicidad de razones sociales atenta contra la libertad de asociación. De este modo el TC no solo dará favor a dicha interpretación resolviendo así la discusión política contingente, sino que, en el fondo, dará favor y consagrará dicha posición como normativa y prescriptiva para todo caso futuro en que los derechos en cuestión sean invocados.

Un requerimiento de inconstitucionalidad alterará radicalmente el estado de las cosas dentro del proceso legislativo. Reduce la influencia de la mayoría, que es forzada a participar en igualdad de condiciones con la oposición en un proceso que no pueden bloquear ni controlar. La oposición activará el mecanismo de control constitucional cuando una decisión política tomada por una mayoría en el Parlamento haya sido rechazada por una minoría que puede transformar en discurso normativo las diferencias políticas que sostenga con la mayoría que ha tomado dicha decisión. Recordemos que los argumentos relativos a derechos fundamentales son necesariamente argumentos relativos a valores sociales y por lo tanto, alternativas políticas. Es decir, las discrepancias ideológicas que existían respecto de una determinada materia entre mayoría y minoría son ahora reformuladas en términos de una diferencia en cuanto al significado, aplicación y alcance de las normas constitucionales invocadas por la minoría, cuestión que pasará de la “arena política” a la “arena jurídica” y será zanjada por la decisión de los jueces constitucionales.

Se pondrá en marcha el control constitucional, y se replantearán los intereses políticos como pretensiones jurídicas cuando se acuda al TC para lograr alterar el estado de las cosas en la medida en que el costo de activar la corte constitucional no sea mayor que los potenciales beneficios que puedan cosecharse. En el caso de Chile, el costo de referir un asunto al TC es insignificante al lado de los beneficios potenciales, que son inmensos. En los casos expuestos se observa cómo una de-

cisión política tomada en las instituciones “propriadamente políticas”, muchas veces luego de años de discusiones entre partidos y de debate público, ha podido ser anulada por la decisión del TC. De modo que, en los casos analizados, la reformulación del conflicto político como discusión jurídica y la activación del mecanismo de control constitucional resulta una herramienta política de fácil uso y de probado resultado para quien haya visto frustrada su opción en el parlamento.

La desconfianza existente en Chile respecto de la institución del TC por su vinculación al régimen autoritario, de la que habláramos a propósito del análisis de la doctrina nacional, genera que en Chile el “dilema” del que habla Stone Sweet en la etapa 3 de su teoría, sea en el caso de nuestro TC particularmente intenso. El “dilema del TC” es expresado por Stone Sweet como un interés institucional fundamental: el resolver los conflictos acerca de la constitucionalidad de las leyes y al mismo tiempo mantener o reforzar la legitimidad política del control constitucional para el futuro.

El fallo del tribunal debe convencer en cuanto a que ejerce su poder de modo no arbitrario y que está enmarcado por las reglas propias del razonamiento jurídico. La decisión es presentada como la única posible y como la requerida por el derecho para la resolución del conflicto. Para ello se apoyará en razonamientos y argumentaciones normativas, pretendiendo ignorar el contexto político que ha generado el conflicto. Por esto los jueces procuran presentar sus fallos como decisiones inherentemente “judiciales” en oposición a “políticas”. Si bien las cuestiones políticas que presenta el litigio siempre están ahí, y los jueces están conscientes de ellas, éstos reformularán los intereses privados y hechos sociales como argumentos normativos y presentarán sus decisiones como si fueran una cuestión de mero ejercicio lógico.

Sostiene Stone Sweet que en la persecución de este interés institucional fundamental, el TC anticipará las reacciones políticas de sus decisiones y por esto, por ejemplo, evitará fallar declarando ganadores o perdedores absolutos, lo que le permitirá reforzar su carácter de neutro y por tanto su legitimidad política. Entre más políticamente controversial sea el asunto a resolver más agudo será el dilema y por lo tanto será más probable que la corte produzca: a) una victoria parcial tanto para la oposición como para el gobierno (o la minoría y mayoría), y b) una compleja justificación constitucional de su decisión y un conjunto de reglas acerca de cómo han de resolverse este tipo de asuntos en el futuro.

Este elemento de la teoría de Stone Sweet es el que se aprecia más evidente en el caso chileno. En los casos analizados resulta manifiesto que el TC evitó una pronunciación definitiva por alguna de las posturas. También es posible observar una compleja justificación de las sentencias, con una cantidad de referencias doctrinarias, jurisprudenciales y de derecho comparado que excede ampliamente la regla general de las sentencias. En el caso de la CPI, la píldora del día después y la ley de subcontratación, la decisión del TC ignora por completo los aspectos fácticos y el contexto político de la discusión. La intención de otorgar a su pronunciamiento la característica de consecuencia lógica necesaria que se seguiría prácticamente de la sola lectura del texto constitucional, aparece claramente de la redacción y contenido de los considerandos de las sentencias.

No obstante, sabemos que, por ejemplo, en el caso de la CPI, la decisión del TC en modo alguno resultaba “evidente”, en vista de las opiniones tremendamente divididas de juristas y expertos, y por cierto en lo expresado en el voto disidente. Respecto a los casos de la anticoncepción de emergencia y el concepto de empresa para los efectos de la subcontratación, es aun más evidente cómo podemos aplicar el “dilema institucional fundamental” de la teoría de Stone Sweet a nuestro país. En estos casos el tribunal no sólo ignora todo aspecto fáctico y todo contexto político. El TC no toma partido ni aún por una de las interpretaciones posibles del texto constitucional, es decir, simplemente no se soluciona la discrepancia jurídica que motiva el requerimiento.

Para el caso de la anticoncepción de emergencia no existe pronunciamiento del TC respecto al contenido y alcance de los derechos invocados en la causa: derecho a la vida, la protección del “nasciturus”, el derecho de los padres a educar a sus hijos, que invocan los requirentes, y la igualdad ante la ley, que invoca el Ejecutivo. El fallo del requerimiento viene a fundamentarse en cuestiones de calificación de una norma administrativa y el cumplimiento o no de las formalidades de su dictación. Es decir, el TC no da solución al problema político que motiva su intervención. No obstante, es tanta la eficacia de la herramienta del control constitucional, que la oposición insiste en requerir a la justicia constitucional para solucionar el asunto, y es así como hoy se sustancia un nuevo pleito por el mismo motivo ante el TC.

En lo relativo al concepto de empresa para efectos de la subcontratación ocurre algo muy similar. Tampoco en este caso existió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión de la corte constitucional, es decir sobre el real y concreto significado de derechos y garantías constitucionales como la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad de asociación, la libertad de contratación, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho de propiedad y la afectación de los derechos en su esencia. La sentencia resolvió declarando la inconstitucionalidad del concepto de empresa por cuestiones formales relativas a las iniciativas en materia previsional, en un razonamiento que fue a buscar bastante lejos el fundamento de la invalidación al concepto de empresa propuesto para efectos de la subcontratación.

Conforme a la teoría de la Política Constitucional cuando el TC falla, resuelve simultáneamente a) una disputa legislativa, de orden “político” y b) una cuestión de constitucionalidad, de orden “jurídico”. Es lo que vemos en el caso de la CPI, la subcontratación y la anticoncepción de emergencia. El fallo del TC pone fin a una discusión entre políticos, legisladores, autoridades administrativas, etc, decidiendo que una actuación de un órgano público es o no conforme a la Constitución. Dicha discusión pone fin al conflicto, al menos en el punto en discusión, sin que sea posible por otras vías cambiar lo establecido por el TC.

Por otra parte, el fallo del TC desarrolla la Constitución. Al justificar su decisión, el TC “reconstruye” el texto constitucional, clarificando el significado de las normas constitucionales para una materia o situación determinada y cómo han de resolverse en el futuro conflictos similares. Así, la decisión afectará la futura actividad legislativa.

Quizá el aspecto del desarrollo de la Constitución no se haya manifestado tan claramente en Chile, sobre todo desde la actitud extremadamente cauta que le exige el agudo “dilema” del cual padece el TC chileno. Se trata de un TC que debe cuidar especialmente su reputación de neutralidad, desde que ha sido puesta en tela de juicio en el pasado, sin perjuicio que hoy asistimos a una época de consolidación de la legitimidad y reputación de neutralidad del TC, producto de la reforma constitucional del año 2005 que reforzó su carácter democrático y “exorcizó” de fantasmas de autoritarismo. En la medida que se refuerce la imagen y/o imparcialidad del TC y continúe incrementándose la cantidad de asuntos que son llevados por autoridades y particulares a la justicia constitucional¹⁵³, se verá cada vez más claramente la función pedagógica que ejerce la magistratura constitucional, y cada vez más la aplicación y el significado de la Constitución se verá determinada por la jurisprudencia del TC.

Con la exposición del cuarto caso, relativo a la creación de la región de Arica-Parinacota y el conflicto con Perú, se busca explicitar que la influencia política del TC puede incluso llegar a ámbitos impensados para dicha institución, como es influir en una cuestión relativa a las relaciones internacionales, cuya dirección corresponde en forma exclusiva al Presidente de la República. El caso pone de manifiesto que la influencia del TC puede extenderse a todos los ámbitos de la actividad pública.

De lo expuesto en este trabajo se desprende que, en efecto, el TC chileno es un actor relevante en cuanto concurre a la toma de decisiones públicas e influye en forma muchas a veces determinante en la toma de decisiones políticas. De lo afirmado se siguen consecuencias importantísimas para el Estado de Derecho, el funcionamiento de la democracia, y la representatividad del sistema democrático y de gobierno que aquí sólo podemos vislumbrar. Pensemos que el significado mismo de los conceptos de Estado de Derecho, democracia y representatividad pueden ser, como se ha explicado en los capítulos anteriores, redefinido por la jurisprudencia constitucional.

Resulta de capital importancia para las instituciones democráticas repensar el rol de los tribunales constitucionales, y en general de la justicia constitucional. Resulta urgente que juristas y politólogos estudien adecuadamente las consecuencias e implicancias del surgimiento de este nuevo actor del juego democrático, que deberá como deben todos los poderes públicos, estar sujeto al control de la opinión pública y de los demás actores políticos.

Luego de haber analizado la historia de la justicia constitucional, su surgimiento y evolución, sus polémicas clásicas y modernas, las teorías que la explican y las dudas que aún no se resuelven, nos encontramos ante la evidencia de que el rol que la justicia constitucional cumple actualmente en los sistemas democráticos es capital. Resulta, entonces, de total vigencia preguntarse hoy ¿Quién vigila a los custodios?

¹⁵³ Con la reforma de la Ley 20.050 de 2005, que radicó el conocimiento del control concreto del constitucionalidad en el TC, la cantidad de asuntos que sustancia dicho tribunal ha aumentado exponencialmente. Por supuesto, así también ha aumentado la cantidad de sentencias dictadas por el TC.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD YUPANQUI, SAMUEL. *La Protección procesal de los Derechos Humanos. El Aporte de la Jurisdicción Constitucional a su Defensa*. Versión electrónica disponible en http://www.amag.edu.pe/Files/Abad_La%proteccionA.html
- ALDUNATE LIZANA EDUARDO. *Análisis Crítico de las Reformas Propuestas al Tribunal Constitucional* En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 212. 2002. pp. 19-31.
- ALDUNATE LIZANA EDUARDO. *Jurisdicción Constitucional y Cosa Juzgada Constitucional* En Revista Chilena de Derecho volumen 20 1993 Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. pp. 355-359.
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Interpretación Constitucional y Decisión Política*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1993-1994) pp. 31-66.
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional. Los Argumentos sobre la base del Tenor Literal y la Interpretación Armónica*. En Revista Chilena de Derecho Número Especial. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 1998. pp. 115-120.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *¿Qué Desacuerdos Valen?: La Respuesta Legalista* En Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año/Vol. 8 número 001 Talca, Chile pp. 419-427.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *El Derecho y la Contingencia de lo Político* En Revista Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, N° 11, Santiago.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *El Tribunal Constitucional y la Objeción Democrática*. En Revista Chilena de Derecho volumen 20 1993 Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del Legalismo*. En Revista de Derecho volumen 12, N° 1 Agosto 2001 Universidad Austral. pp. 119-156
- AUTHEMAN, VIOLAINE. *Global Lessons Learned: Constitutional Courts, Judicial Independence and The Rule of Law*
- BARBERO BAJO, JAIME. *El Tribunal Constitucional: Un cuarto de siglo amparando nuestros derechos* Versión electrónica disponible en http://www.lexnova.es/pub_In/revistas/revista_In/Revista41/02_Efemerides.pdf
- BEER, LAWRENCE. *Constitutional Revolution un Japanese Law, Society and Politics*. En Modern Asian Studies, Vol. 16, N° 1 (1982) pp. 33-67. Versión electrónica disponible en <http://links.jstor.org/bici?sici=0026-749X%281982%2916%3A1%3C33%3ACRIJLS%3E2.0.CO%3B2-O>
- BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ. *Doctrina del Estado Democrático*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1961.
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA. *Parlamento, Principio Democrático y Justicia constitucional*. En Revista de Derecho Universidad Austral Vol. XII. Agosto 2001. Valdivia. pp. 179-191.
- BOULANGER, CHRISTIAN. *Europeanization Through Judicial Activism? CEE Constitutional Court's Legitimacy and the "Return to Europe"*. Version electrónica disponible en http://www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNOv2003/Boulanger_paper.pdf al 7 de abril de 2006.
- BRAHM, MARÍA LUISA. *Proyectos de reforma constitucional que facultan al Estado de Chile para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional*. Versión electrónica disponible en http://www.institutolibertad.cl/ie_154_corte_penal_int.pdf al 29 de octubre del 2007.
- BRAVO LIRA, BERNARDINO. *Arbitrio Judicial y Legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Ibero América Antes y Después de la Codificación*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXVII N° 3 1990. Santiago.
- BUSTOS CONCHA, ISMAEL. *La Constitución, su Interpretación y la Justicia Constitucional. (Un análisis estructural)* La Revista de Derecho. Universidad Central. Chile Año 4, N° 2. Santiago jul-dic. 1990 pp. 59-64.
- BUSTOS CONCHA, ISMAEL. *Una nueva aproximación a la Justicia Constitucional: El enfoque de Dworкин*. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 20. 1993. pp. 197-199.

- CARMONA SANTANDER, CARLOS. *El principio pro requirente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* En Revista de Derecho Público XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 8 y 9 y 10 de noviembre de 2000. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 63 tomo I 2002 Santiago
- CAZOR ALISTE, KAMEL Y BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. *La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002)* En Revista de Derecho Universidad Austral Vol. XIII. Diciembre 2002. Valdivia. pp. 255-263.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. *Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política*. En Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile Volumen 15, N° 2-3 1988 Santiago.1[1]
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. *La Justicia constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile* en Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Vol. XII. 2001. pp. 105-118.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. *Reforma y Defensa del Tribunal Constitucional* en Cuadernos de Análisis Jurídico Número 41. Universidad Diego Portales. 1999. pp. 119-132.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. *Perfil Axiológico, Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional* en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Año 9, N° 2. 2001. pp. 187-199.
- COMANDUCI, PAOLO. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Meta teórico*. Versión electrónica disponible en http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf al 20 de octubre de 2006.
- CORREA, MAGDALENA. *Políticas Económicas y Poder Judicial. El Problema de la Legitimidad Formal en el Estado Democrático de Derecho*. Manuscrito en poder de la autora.
- CRUZ-COKE OSSA, CARLOS. *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de Septiembre de 1985*. En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 37-38 enero-diciembre 1985 Santiago.
- CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Tribunal Constitucional y Control ideológico*. En La Revista de Derecho. Universidad Central enero-junio Año III 1989 Santiago.
- CHASKALSON, ARTHUR. *Constitutional Courts and Supreme Courts - A Comparative Analysis with Particular Referente to the South African Experience*. Versión electrónica disponible en http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/chaskalson.pdf.
- FAVOREU, LOUIS JOSEPH. *Justicia y Jueces Constitucionales* En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 61 1998-1999 Santiago.
- FAVOREU, LOUIS JOSEPH. *La Constitucionalización del Derecho* En Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile Vol. XII, año 2001 pp. 31-43.
- FAVOREU, LOUIS JOSEPH. *Los Tribunales Constitucionales* Editorial Ariel SA Barcelona 1994.
- FEREJOHN, JOHN Y PASQUINO PASQUALE. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe* Versión electrónica disponible en http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/82/82_ferejohn.pdf al 7 de abril de 2006.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. *La Conciencia Constitucional y su aplicación al caso chileno*. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 19 N° 3. 1992. pp. 461-479.
- FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. *El control constitucional en el ordenamiento jurídico chileno y el rol de los derechos fundamentales como parámetro de control*. Revista Derecho y Humanidades Universidad de Chile N° 11, 2005.
- FERRERES CORMELLA, VÍCTOR. *Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Versión electrónica disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf> al 7 de abril de 2006.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina," in *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Serie G. Estudios Doctrinales, 179, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas,

- México (1995): 59-74. Versión electrónica disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/188/6.pdf> al 3 de julio de 2006.
- GARCÍA BARCELATTO, ANA MARÍA Y VERDUGO MARINKOVIC, MARIO. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago. 2004. pp. 247-270
- GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas SA. Madrid 1983.
- GARCÍA HUDOBRO, JOAQUÍN. *Interpretación Judicial y Razón Práctica*. En Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos. Universidad de Chile. Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1992.
- GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *Algunas ideas sobre la jurisdicción constitucional en Chile*, Cuadernos de análisis jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. N° 41 Santiago, mayo, 1999. pp. 89-98.
- HARO, RICARDO. *La Conciencia Constitucional y el Magisterio Judicial de los Tribunales Constitucionales* Versión electrónica disponible en <http://ancmvp.org.ar/espanol/anales/2004/La%Conciencia-Haro.pdf> al 7 de abril de 2006
- HIRSCHL, RAN. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequents of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. 2004. p. 1-16, 211-223.
- Historia de la Ley. Ley N° 20.123 Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. Versión electrónica disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20123/HL20123.pdf>
- JAICHAND, VINODH. *Some Emerging Human Rights Issues in South Africa*. Versión electrónica disponible en <http://www.sadocc.at/publ/jaichand.pdf> al 20 de octubre de 2006.
- LANDA, CESAR. *La Mundialización de la Justicia Constitucional* Versión electrónica en http://www.uclm.es/lamusa/ver_articulo.asp?articulo=12&lngua=es.html al 2 de julio de 2006.
- LARRAÍN MARTÍNEZ, BEATRIZ. *Jueces y Poder político en Europa*, en Perspectivas sobre la Unión Europea. Historia, política, Derecho y Economía. Universidad de Concepción. Programa de Estudios Europeos. Editorial Lexis Nexis. Santiago 2005. pp. 209-241.
- LARRAÍN, BEATRIZ. "The Expansion of Judicial Power in Chile: Case Study". Tesis para obtención del grado PhD. Manuscrito en poder de la autora.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS. *Democracia y Tribunales Constitucionales*. Versión electrónica disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1LLG.pdf> al 7 de abril de 2006.
- MOON, CODY. *Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?* Versión electrónica disponible en <http://law.wustl.edu/Journal/12/p229%20Moon.pdf> al 4 de Julio de 2006
- NINO, CARLOS. *Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad*. En Cuadernos y Debates, N° 29 Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991. p. 97-135.
- PEÑA, CARLOS. *Sobre la relevancia de la Justicia Constitucional*, en Cuadernos de análisis jurídico Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. N° 41 mayo, 1999. pp. 11-17.
- PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS. *Teoría Constitucional* Editorial Lexis-Nexis 2da Edición. 2006. Santiago. Chile. 524 págs.
- RESTREPO, ESTEBAN. *Constitutional Reform and Social Progress: The Constitutionalization of Daily Life in Colombia* Versión electrónica disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/restrepoe.pdf> al 7 de abril de 2006.
- RIBERA NEUMANN, TEODORO. *La organización institucional del Tribunal Constitucional chileno*. En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 61 1998-1999 Santiago.
- RUBANO LAPASTA, MARIELA. *Rol de la justicia constitucional. Enfoque histórico*. Revista de Derecho, Criminología y Cs. Penales. Año II N° 2 Universidad San Sebastián. 2000. pp. 11-23.

- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Actuales tendencias de la jurisdicción constitucional en Europa*. Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. N° 41 mayo 1999. pp. 33-55.
- RUIZ-TAGLE, PABLO. *La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990-2002*. Publicado en Jorge Malem. Jesus Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), LA FUNCIÓN JUDICIAL, ÉTICA Y DEMOCRACIA, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) y Editorial Gedisa S.A., Barcelona, España 2003, pag. 275 a 293. Versión electrónica disponible en <http://www.pabloriguez-tagle.cl/docs/doble%20pluralidad.pdf>
- SAGÜES, NÉSTOR. *La Magistratura Constitucional Especializada* En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 45-46 1989. Santiago.
- SAGUES, NÉSTOR PEDRO. *Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina* Versión electrónica disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCINNPS.pdf> al 7 de abril de 2006.
- SANÍN RESTREPO, RICARDO. *La importancia de la Autodisciplina de la Jurisdicción Constitucional (O de cómo el Juez Constitucional no puede renunciar a la interpretación Constitucional)* Versión electrónica disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/Rsanin.JurisCons..html> al 3 de julio de 2006.
- TSEBELIS, GEORGE. *Veto Players and Law Production in Parliamentary Democracies: An Empirical Analysis*. En The American Political Science Review, Vol 93, N° 3 (Sept 1999) pp. 591-608
- TSEBELIS, GEORGE. *Decisión Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism*. En British Journal of Political Science, Vol 25, N° 3. (Jul., 1995) pp. 289-325.
- VOLKANSEK, MARY. *Constitutionals Courts as veto Players: Divorce and decrees in Italy*. Versión electrónica disponible en <http://www.clas.ufl.edu/users/kreppel/pos6933/volkansek.pdf> al 7 de abril de 2006.1[1]
- WANG, ZHENMIN. *Sumario de su presentación en el Asian Pacific Association of McGill*, preparado por Stephanie Jones, Versión electrónica disponible en www.law.mcgill.ca/students/clubs/aplam/Constitutional%20Review%20in%20China2.pdf al 20 de octubre de 2006.
- ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *¿Alternativas menos drásticas? Notas sobre el uso y abuso de prevenciones, exhortaciones y consejos por el Tribunal Constitucional Chileno*. En Revista de Derecho Público XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 8 9 y 10 de noviembre de 2000. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 63 tomo I 2002 Santiago Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 20. 1993. pp. 67-378.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: El Pluralismo Político e Ideológico en Chile*. En Revista Ius et Praxis Vol. 9, N° 1. Universidad de Talca. 2003 pp. 259-279.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del Precedente* en Estudios Constitucionales Año 4 N° 1. Universidad de Talca. 2006. pp. 151-170.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Tribunal Constitucional y Control de Constitucionalidad* en Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Vol. I año LXX, N° 212. 2002 pp. 341-357.

