



---

# ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, PLURALISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

GONZALO GARCÍA PINO

ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL,  
PLURALISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

GONZALO GARCÍA PINO





---

# ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, PLURALISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

GONZALO GARCÍA PINO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03  
Apoquindo N° 4.700, Las Condes, Santiago de Chile  
secretaria@tcchile.cl  
www.tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 219.662  
Derechos Reservados  
Agosto de 2012

Director de Publicaciones  
Cristián García Mechsner

Primera edición  
400 ejemplares

Diseño e impresión  
versión | producciones gráficas Ltda.

# ÍNDICE

---

INTRODUCCIÓN .....	11
<b>I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUPREMACÍA, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>17</b>
<b>1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>17</b>
<b>2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>20</b>
2.1. El Tribunal Constitucional (1971-2012) .....	20
2.2. Composición.....	22
2.3. Funcionamiento .....	22
2.4. Inhabilidades e incompatibilidades .....	23
<b>3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>23</b>
3.1. El parámetro de control de constitucionalidad .....	24
3.1.1. Constitución.....	24
3.1.2. Bloque de constitucionalidad .....	24
3.2. El objeto del control de constitucionalidad .....	26
3.2.1. Leyes interpretativas constitucionales.....	26
3.2.2. Leyes orgánicas constitucionales .....	26
3.2.3. Tratados internacionales.....	27
3.2.4. Decretos con fuerza de ley.....	27
3.2.5. Leyes .....	28
3.2.6. Proyectos de ley no orgánicos ni interpretativos de la Constitución .....	28
3.2.7. Leyes de reforma constitucional .....	29
3.2.8. Decretos supremos y reglamentos.....	30
3.2.9. Autoacordados .....	31

3.3. El procedimiento de control .....	31
3.3.1. Tipos de control de constitucionalidad.....	32
Control concentrado y control difuso de constitucionalidad .....	32
Control preventivo y obligatorio de constitucionalidad .....	33
Control represivo y facultativo de constitucionalidad .....	34
Control abstracto y control concreto.....	34
Control por la vía incidental y control por la vía principal .....	34
3.3.2. Tramitación general ante el Tribunal Constitucional.....	35
Órganos y personas legitimadas .....	35
Reserva de constitucionalidad .....	36
Requerimientos .....	36
3.3.3. Etapas procesales de un requerimiento .....	37
Admisión a trámite .....	37
Juicio de admisibilidad .....	37
3.4. Las manifestaciones de la inconstitucionalidad .....	38
3.4.1. Inconstitucionalidad material y formal.....	38
3.4.2. Inconstitucionalidad directa e indirecta.....	39
3.5. Los efectos procesales y materiales del control de inconstitucionalidad .....	39
3.5.1. Efecto procesal: cosa juzgada.....	39
3.5.2. Efecto en cuanto a los sujetos obligados: <i>erga omnes e inter partes</i> .....	40
3.5.3. Efectos temporales: <i>ex nunc</i> y <i>ex tunc</i> .....	41
3.5.4. Efecto derogatorio.....	41
3.5.5. Efecto del precedente .....	41
<b>4. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>42</b>
4.1. Órganos y personas legitimadas .....	44
4.2. Admisión a trámite .....	44
4.3. Admisibilidad.....	45
4.4. Medida cautelar de suspensión del procedimiento.....	46
4.5. <i>Iura novit curia</i> o derecho del Tribunal Constitucional de suplir las deficiencias del requerimiento .....	47
4.6. Efecto de la inaplicabilidad .....	47

<b>5. CONFLICTOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>48</b>
5.1. Actos de los partidos políticos y movimientos .....	48
5.2. Inhabilidades, incompatibilidades, incapacidades y causales de cesación en el cargo de parlamentario.....	51
5.3. Inhabilidades de Ministro de Estado.....	51
5.4. Inhabilidad y dimisión presidencial .....	52
5.5. Contendidas de competencia.....	52
5.6. Plebiscito.....	53
<b>II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA HONRA E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL .....</b>	<b>57</b>
<b>6. CONSIDERACIONES INICIALES.....</b>	<b>57</b>
6.1. La diversa naturaleza del juicio de inaplicabilidad respecto del juicio de constitucionalidad.....	58
6.2. Inexistencia de auténticas colisiones previas entre la libertad de información y el derecho a la honra .....	59
6.3. El núcleo del alegato pro constitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil .....	60
<b>7. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.....</b>	<b>62</b>
7.1. La garantía del contenido esencial .....	62
7.2. El legislador de los derechos fundamentales.....	63
7.3. El límite de limitar los derechos fundamentales .....	63
7.4. La determinación jurisprudencial de la garantía del contenido esencial de los derechos.....	64
7.5. La ley como límite externo a los derechos fundamentales .....	67
<b>8. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....</b>	<b>68</b>
8.1. La libertad de expresión e información. La doble vertiente subjetiva y objetiva de estas libertades .....	68
8.2. El núcleo constitucional de la libertad de expresión.....	69
8.3. La libertad de expresión como pilar del sistema democrático.....	69
8.4. Democracia en el marco del pluralismo .....	71
8.5. La libertad de expresión como derecho de preferencia condicionada.....	73
8.6. Consecuencia jurídica de la prevalencia: interpretación amplia de la libertad de expresión y restrictiva de sus limitaciones.....	74
8.7. Fundamentos de la historia constitucional y civil para la prevalencia de la libertad de información.....	75

8.8. Prevalencia actual de la libertad de información en la Constitución de 1980.....	76
<b>9. EL DERECHO A LA HONRA .....</b>	<b>78</b>
9.1. La amplia libertad del legislador en la conformación del derecho a la honra .....	78
9.2. El contenido esencial del derecho a la honra.....	79
9.3. Derechos fundamentales involucrados en el artículo 2331 del Código Civil.....	82
9.4. El caso español de la Ley Orgánica N° 1/1982 de Protección del Honor.....	83
9.5. La evolución de la jurisprudencia española en materia de derecho al honor versus libertad de información .....	84
9.6. El artículo 2331 del Código Civil es una regulación legal que no vulnera el contenido esencial del derecho a la honra .....	88
9.7. El artículo 2331 del Código Civil como protección del deber de veracidad de la libertad de información.....	90
9.8. El respeto al contenido esencial de la veracidad como límite infranqueable en la libertad de información.....	91
<b>10. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS INDEMNIZACIONES .....</b>	<b>93</b>
10.1. El estatuto constitucional de las indemnizaciones.....	93
10.2. El estatuto legal indemnizatorio del daño moral. La aparente colisión entre el derecho a la honra y la libertad de opinión e información .....	95
10.3. Actos propios y deshonor: imposibilidad de indemnización.....	98
10.4. Exclusión parcial del daño moral a la honra.....	99
10.5. Determinación de daños incluidos en la indemnización.....	100
10.6. La vía penal y la pseudo vía civil de la indemnización.....	101
10.7- La no vulneración del contenido esencial del derecho a la honra.....	103
<b>III. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA TELEVISIÓN CHILENA .....</b>	<b>105</b>
<b>11. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA TELEVISIÓN CHILENA.....</b>	<b>106</b>
11.1. La TV, la propiedad y el mercado .....	107
11.2. Industria sometida al control de un órgano de creación constitucional.....	108
11.3. La Televisión bajo régimen concesional y en un marco de libre competencia.....	110
11.4.- La interdicción del monopolio estatal de los medios de comunicación .....	113

11.5. El rol del legislador en la regulación del derecho.....	114
11.6. Vulneración del principio de igualdad de trato económico.....	115
<b>12. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO .....</b>	<b>116</b>
12.1. Conceptualización del espectro radioeléctrico .....	117
12.2. El espectro radioeléctrico como cosa inapropiable .....	117
12.3. El espectro radioeléctrico como bien nacional de uso público .....	118
12.4. La garantía constitucional de libertad de adquirir el dominio .....	118
12.5. La administración de los bienes nacionales de uso público .....	119
12.6. El uso común de estos bienes nacionales.....	119
12.7. El uso privativo de los bienes nacionales de uso público .....	119
12.8. La <i>publicatio</i> o la reserva legal indispensable en la constitución de un uso privativo.....	120
12.9. Concesión y propiedad .....	121
12.10. Derechos de los concesionarios de un bien nacional de uso público .....	121
12.11. Algunas conclusiones sobre concesiones televisivas sobre un bien nacional de uso público .....	122
 <b>IV. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.....</b>	 <b>125</b>
<b>13. EL SENTIDO HISTÓRICO DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA .....</b>	<b>126</b>
<b>14. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.....</b>	<b>127</b>
<b>15. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>129</b>
<b>16. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.....</b>	<b>131</b>
16.1. El alcance de la autonomía universitaria que se defiende .....	132
16.2. La titularidad del derecho fundamental a la autonomía universitaria.....	134
16.3. La autonomía universitaria en el ordenamiento constitucional chileno.....	135
<b>17. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>136</b>
17.1. Los rangos de la intervención estatal en materia universitaria.....	140
17.2. La profundidad de la intervención estatal y la publicación de la actividad educativa .....	142
 <b>V. PALABRAS FINALES: FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS DESAFÍOS DEMOCRÁTICOS .....</b>	 <b>147</b>



# INTRODUCCIÓN

---

Los Cuadernos del Tribunal Constitucional están caracterizados por acoger las principales discusiones que se producen en relación con la jurisprudencia emanada del propio Tribunal Constitucional. Asimismo, constituye una fuente privilegiada para la difusión de la doctrina emanada de las sentencias, la crítica que la comunidad académica despliega sobre sus consideraciones, tanto sobre la *ratio decidendi* como en el *obiter dicta*, así como el desarrollo de deliberaciones que los intérpretes y operadores jurídicos impulsan ante sus estrados.

Por diversas razones he tenido la oportunidad de participar ante y desde el Tribunal Constitucional, como profesor universitario en la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado, como abogado litigante en causas significativas ante el propio Tribunal y como Ministro y juez constitucional en este último año.

Este trabajo está basado en la doctrina constitucional emanada de requerimientos en los cuales participé, presentados ante el Tribunal Constitucional, con anterioridad a la posición que actualmente ocupó. Desde estas posiciones diversas he plasmado algunas consideraciones sobre diversos tópicos emblemáticos del Derecho Constitucional y que están agregados a algunos expedientes de causas que pueden ser verificadas en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl)

Más allá de los casos y de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado en ellas, de los requerimientos presentados fluyen apreciaciones, criterios, desarrollos teóricos y dogmáticos que superan las cuestiones específicas que los motivaron.

En tiempos de argumentación deliberativa, es un imperativo jurídico difundir ante el foro y la academia, la aproximación, razonamiento y enfoques teóricos que configuran algunos trazos de la cosmovisión de un juez constitucional. Un viejo adagio español reza “el que avisa no es trai-

dor”. Un intérprete constitucional realiza una traducción de lo que dice y no dice la Constitución. A veces los intérpretes encuentran más versiones de lo que la propia Constitución dispone o, por el contrario, reducen excesivamente sus alcances. Por acción u omisión, interpretan para traducir una idea, como el traductor, originado en la misma raíz latina del “traditore” y de la familia de un término similar: la “traición”. En el proceso de identificación de las fuentes del derecho, de sus alcances, del contenido constitucionalmente protegido de los derechos y de las reglas de distribución y contrapeso de poderes de la estructura organizativa del Estado, existen múltiples posibilidades interpretativas. En el debate Schmitt con Kelsen, el primero rebatía la naturaleza de la nueva jurisdicción constitucional concentrada planteada por el profesor austríaco desde las aulas de la Facultad de Derecho de Viena. Schmitt sostenía que tal jurisdicción llevaría definitivamente al gobierno de los jueces en donde se iba a producir la judicialización de la política y la politización de la justicia, en donde “la justicia tenía todo que perder y la política nada que ganar”<sup>1</sup>. Hoy, tal cuestionamiento está superado y ha sido reemplazado por la redefinición de los límites de la jurisdicción constitucional, especialmente, en el dilema de hasta dónde la protección de un núcleo de derechos fundamentales permite desvirtuar las decisiones soberanas del legislador<sup>2</sup>. En esa tarea, la predeterminación de específicos contenidos acerca de cuestiones esenciales al proceso democrático, la libertad de expresión y la formación de la opinión pública, constituye un paso de previsibilidad en esa dirección. Por tanto, sirvan estas palabras para avisar.

Este pequeño libro está compuesto por cinco artículos diferentes pero enlazados. Si bien están relativamente disponibles en archivos respaldados en la órbita digital, resulta claro que no están organizados para alguna exposición más sistemática de contenidos. En particular, he escogido algunos aspectos de cinco textos que se vinculan estrechamente.

En primer lugar, acompaño una explicación pedagógica sobre el Tribunal Constitucional como órgano fundamental en la interpretación

<sup>1</sup> Bernal Pulido, Carlos (2005), *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), p. 30.

<sup>2</sup> La principal objeción a los Tribunales Constitucionales sigue siendo la llamada dificultad contramayoritaria que impugna que jueces no elegidos bajo fórmulas democráticas terminen declarando la inconstitucionalidad de leyes definidas por el Congreso Nacional o que echen por tierra políticas públicas de los Gobiernos democráticos, elegidos, entre otras cosas, para impulsar esas políticas. Por todos en esta línea destaco el texto de Sierra, Lucas y Mac-Clure, Lucas (2011), *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos), en donde Mac-Clure aboga por “la eliminación completa de los poderes que tiene el TC para invalidar leyes invocando derechos” (p. 263).

máxima de la Constitución, con algunos criterios sobre su historia, funcionamiento y estatuto de sus Ministros. Sin embargo, la dimensión central del texto se fija en sus funciones de control de constitucionalidad así como en la resolución de conflictos político – constitucionales. Este texto inédito -y que forma parte de un posterior trabajo- sirve como orientación global para identificar el estatuto constitucional del Tribunal así como su jurisprudencia esencial sobre sus competencias.

En segundo lugar, se adjunta un texto sobre la colisión entre libertad de expresión y defensa del derecho al honor lesionada por expresiones injuriosas. Se trata de una presentación hecha en la causa Rol N° 1723 que, a instancias del Tribunal Constitucional, y por resolución de oficio del mismo, determinó abrir una causa para resolver la supuesta inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. Ya con anterioridad, esta magistratura había definido la inaplicabilidad previa en algunos emblemáticos casos y en cuaderno separado abrió un procedimiento de audiencia pública en la cual se presentó parte de este texto.

Un tercer artículo se funda en un requerimiento (STC 1849) que un grupo de parlamentarios presentó en contra del Decreto Supremo N° 264 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2010, que estableció autorizaciones de pruebas experimentales para el desarrollo de la televisión digital y la consiguiente asignación de frecuencias, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. Bajo ningún aspecto el asunto específico que lo motivó se trata aquí, sino que se ha extractado aquella parte doctrinaria que identifica el estatuto constitucional de la televisión en Chile, la dimensión jurídica del espectro radioeléctrico y, especialmente, su fundamentación para el sistema democrático.

Posteriormente, he extractado una parte de la discusión sobre la autonomía universitaria y su fundamentación constitucional. Resulta clara la importancia esencial que tienen las instituciones de educación superior en el desarrollo científico y social de Chile. Esta presentación está basada en el requerimiento que presentó la Universidad de Chile (STC 1892).

Finalmente, en todos estos trabajos hay un hilo conductor en torno al desarrollo de la libertad de expresión, del pluralismo y de la información como bien público, generador de obligaciones para determinados medios de difusión que la convierte en una mayor exigencia democrática. Esta orientación fundamental la plasmo en un pequeño texto que articula conclusiones de síntesis de estos textos.

En este libro no se explican casos constitucionales, ni se enjuician los argumentos de cada parte ni se resume la jurisprudencia de relevantes

casos simbólicos. El objeto esencial es de naturaleza pedagógica puesto que se han identificado los elementos que trascienden la dimensión concreta del asunto que lo originó y tiene como destinatario natural a los alumnos de derecho y personas interesadas en ciertas cuestiones de derecho público, que pueden encontrar en estas líneas un modo plausible de alegato constitucional.

Las materias involucradas en este texto tienen la particularidad de motivarse en requerimientos, sea de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad de determinados preceptos legales, con la salvedad del estudio inicial. Lo relevante es que tratan cuestiones que regularmente los Tribunales Constitucionales se pronuncian y que en nuestro país, parece más ausente. Se discute sobre derechos fundamentales relativos a la libertad de expresión, a la democracia y a dos medios poderosos de formación de la opinión pública: la televisión y las universidades. La orientación economicista y procesalista de nuestro ordenamiento y de las controversias que se suscitan en él, necesariamente impacta en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por el principio de inexcusabilidad, debe pronunciarse sobre esos tópicos. Por otro lado, la orientación competencial del Tribunal hacia una tarea constitucional de depuración de la legislación y un menor énfasis en las cuestiones propiamente de derechos fundamentales, me lleva a darle más relevancia a estas materias que son tan significativas para la jurisdicción constitucional contemporánea.

Quiero agradecer en la elaboración de los capítulos II y IV la discusión de base que sostuve con mi amigo Tomás Jordán Díaz. Él junto a decenas de juristas inquietos pertenecientes a diversos colectivos de jóvenes constitucionalistas de muy variado signo, representación, género, universidad y formación de posgrado y que empujan con fuerza una revisión de los fundamentos tradicionales del constitucionalismo chileno contrastando con las tendencias más actuales de la disciplina. En algún caso, especialmente en el capítulo II, puede tener responsabilidad en algún párrafo específico pero lo desligo completamente de la responsabilidad sobre el alcance interpretativo de algún texto.

Adicionalmente, quiero agradecer a Pablo Contreras Vásquez –histórico alumno, ayudante, profesor, investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y actualmente doctorando en Northwestern University en Chicago. El texto con el que se inaugura este libro es fruto de discusiones conceptuales sobre una obra mayor que cada día está más cerca de germinar, adicionalmente, revisó versiones de este libro y no puedo sino reiterar mis agradecimientos por sus consejos y sugerencias.

En el cuadro de las deudas, las más relevantes vayan a mi familia, no tanto por las horas que dediqué a la escritura de los capítulos respectivos sino que por el tiempo que los molesté hablándole de estos temas. La comprensión de Giorny, mujer y compañera extraordinaria, es superlativa porque a veces parece poner atención. Vaya a ella mi especial nueva dedicatoria.



# I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUPREMACÍA, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES

---

Inicio este capítulo con la previa advertencia de que este trabajo está dirigido a los alumnos de derecho y a abogados que litigan sobre cuestiones constitucionales. El estudio de la estructura del control de constitucionalidad se correlaciona con un método de análisis que propuso Pedro Cruz Villalón<sup>3</sup> en su famoso libro “La **formación** del sistema europeo de **control de constitucionalidad** (1918-1939)”, con las adaptaciones naturales aplicables a nuestro ordenamiento constitucional.

## 1. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La **supremacía constitucional** es la manifestación del principio de superlegalidad formal y material de la Constitución. Es formal, porque la Constitución da respuesta a cómo producir derecho válido y vigente en una sociedad, regulando todas las fuentes del derecho, y generando unidad en el sistema jurídico de tal manera que no hay otras formas o procedimientos que los que la propia Carta Fundamental establece. Y es material, porque la Constitución condiciona sustancialmente la dirección política de la organización del poder democrático y vincula esta organización al cumplimiento, concretización y desarrollo de la carta de derechos

---

<sup>3</sup> Cruz Villalón, Pedro (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

fundamentales que ella contiene. La Constitución dispone expresamente esta supremacía. “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6, incisos primero y segundo, de la Constitución). La supremacía constitucional no puede confundirse con el papel preferente que tiene el Tribunal Constitucional, como “intérprete supremo de la Constitución”, pero jamás excluyente de las atribuciones de otros órganos jurisdiccionales. Y tampoco se debe confundir con la “defensa de la Constitución” que es una función distinta cualitativamente.

**La defensa de la Constitución.** No todos los actos contrarios a la Constitución son de competencia de esta Magistratura y por lo mismo, la gráfica expresión académica de que el Tribunal Constitucional es “el guardián supremo de la Constitución” no es válida para expresar las funciones que cumplimos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La vitalidad de la democracia constitucional se inscribe ahora dentro de lo que se denomina “la sociedad abierta a los intérpretes constitucionales”, expresión acuñada por Peter Haberele para reconocer la idea que los operadores jurídicos, en todos los niveles que sea, están en condiciones de aportar valoraciones e interpretaciones que se dan en el marco de una democracia pluralista y que terminan enriqueciendo el desarrollo y contenido constitucional. Esta amplia dimensión abarca a todos, pero especialmente a todos los poderes y órganos del Estado sin excepción. Incluso más, expresamente la reforma constitucional del año 2005 atribuyó a todos los órganos del Estado la función de “garantizar el orden institucional de la República” (artículo 6, inciso primero, de la Constitución) que antes residía en las Fuerzas Armadas para ser difuminada en todos.

La función de garantizar el orden institucional es de toda importancia y ha sido calificada por diversos tratadistas como “defensa de la Constitución”<sup>4</sup>, “lealtad constitucional”<sup>5</sup>, “conciencia constitucio-

<sup>4</sup> Ignacio de Otto analiza las diversas dimensiones del concepto de defensa de la Constitución para sólo decantarse por una versión restringida de sus alcances. Así “*la expresión defensa de la Constitución se va a utilizar aquí, en consecuencia, con el mismo sentido que la expresión alemana verfassungsschutz, con la que se designa una técnica constitucional específicamente moderna que consiste en declarar ilegales actividades que no suponen infracción de normas constitucionales ni constituyen ilícito penasl, pero que tienen por finalidad atacar el orden constitucional*”. De Otto Pardo, Ignacio (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), p. 15.

<sup>5</sup> Ver Müller, Jan-Werner y Lane Scheppele, Kim (2008), “*Constitutional patriotism: an introduction*” (International Journal of Constitutional Law (ICON), Volume 6, Number 1), p. 68.

nal”<sup>6</sup> o “patriotismo constitucional”<sup>7</sup>. Cualquiera sea su denominación, su alcance importa reconocer que el desarrollo de un orden jurídico está sostenido, además de normas, en prácticas que sean coherentes con los valores y principios en que se funda esa sociedad democrática. Todos los días, en las relaciones de poder y de derechos fundamentales se pone en práctica la vigencia, arraigo y profundidad del orden constitucional concebido como dinámico, abierto y plural respecto de los problemas que el presente y futuro ofrecen.

Una de las manifestaciones más claras de este ejercicio de lealtad, vinculación y sometimiento a las reglas constitucionales se da, especialmente, en las relaciones entre el Poder Ejecutivo –Presidente de la República– y el Congreso Nacional. Por lo mismo, hay que tener particular cuidado en la contrastación de la arquitectura normativa que la Constitución define y en los comportamientos que promueve en su dinámica política. No por nada es en el Derecho Parlamentario en donde tienen mayor arraigo y validez jurídica las prácticas que se traducen en costumbres reglamentadas.

Por lo mismo, las normas constitucionales han delineado diversas competencias en donde los órganos del Estado se hacen cargo de conflictos constitucionales en donde el Tribunal Constitucional no interviene. Tales son los ejemplos de las acusaciones constitucionales (artículos 52, N° 2, y 53, N° 1, de la Constitución), de las contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas o administrativas, o de la facultad consultiva que tiene el Senado respecto de todas las cuestiones que estime conveniente preguntarle el Presidente de la República (artículo 53, N° 10, de la Constitución Política de la República). Estas en el plano de los poderes propiamente políticos. Adicionalmente, la Corte

---

<sup>6</sup> “Este plus latente en la mayoría de sus normas, sin contradecir su expresión textual, consiste en la autoconciencia que la norma fundamental tiene de su importancia, función y finalidad, de su ratio, funcionalidad y de su telos. Las normas insertas en la Constitución contienen algo más que su solemne expresión lingüística protegida, por lo general, por la rigidez constitucional. Este plus es el que permite una interpretación evolutiva adecuada a la realidad sociopolítica y explica la identidad de un texto fundamental pese a sus modificaciones expresas y/o tácitas legítimas. El concepto de Constitución en la Constitución, la autoconciencia constitucional, en cuanto se percibe por sus destinatarios, los ciudadanos, permite su adhesión moral a la ley fundamental”. Lucás Verdú, Pablo (1993), *La constitución abierta y sus “enemigos”* (Universidad Complutense de Madrid Ediciones Beramar, Madrid), pp. 44-45.

<sup>7</sup> “Una cultura política liberal sólo constituye un denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la Constitución, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural” Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y validez*, (Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, 4ª edición, Valladolid), p. 628.

Suprema y las Cortes de Apelaciones tienen la supremacía en el amparo de determinados derechos constitucionales mediante el Recurso de Protección (artículo 20 de la Constitución). Adicionalmente, el legislador ha otorgado mecanismos judiciales de protección de específicos derechos constitucionales que refuerzan esta expresión<sup>8</sup>. Asimismo, no se puede soslayar el papel de la Contraloría General de la República en la representación de actos jurídicos inconstitucionales (artículo 99 de la Constitución).

Por tanto, pueden existir problemas político – constitucionales y jurídico – constitucionales caracterizados los primeros por un uso más intensivo del deber de comportarse lealmente con el ordenamiento jurídico dentro de los valores que éste promueve.

En síntesis, la supremacía constitucional es un principio básico del Estado de Derecho y entiende el ordenamiento como un sistema puesto que no hay norma jurídica, por irrelevante que sea, que no pueda ser remitida a alguna regla constitucional.

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El **Tribunal Constitucional** es un órgano constitucionalmente autónomo, que ejerce la supremacía constitucional máxima en nuestro ordenamiento, preservando la Constitución y las leyes, resolviendo conflictos político-constitucionales y ejerciendo competencias jurídicas como un órgano colegiado de derecho.

### 2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1971 – 2012)

El Tribunal Constitucional<sup>9</sup> tiene tres etapas históricas claramente delimitadas:

1) 1971 – 1973. La primera fue su creación con la reforma constitucional de 1970, mediante la Ley N° 17.284, que incorporó en el epígrafe del Capítulo VI de la Constitución de la República de 1925 este nuevo órgano constitucional autónomo. Con ello se crea formalmente el primer Tribunal Constitucional de América Latina, sin perjuicio, de que a

---

<sup>8</sup> Tal es el ejemplo de las acciones de amparo económico, de reclamación tributaria, de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores o de la próxima acción de antidiscriminación, entre varios otros cambios.

<sup>9</sup> Ver Navarro Beltrán, Enrique (2011), *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811 – 2011)*, (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 43).

mediados del siglo XIX en Venezuela y Colombia se desarrollaron las primeras acciones populares de inconstitucionalidad de leyes o que se le asignaran funciones de supremacía constitucional a la Corte Suprema de algunos países como Argentina o el mismo Chile desde 1925. Este Tribunal estuvo compuesto por cinco miembros (tres elegidos por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos Ministros de la Corte Suprema escogidos entre ellos), su primer presidente fue el jurista Enrique Silva Cimma y dictó diecisiete sentencias en su corta vida desde 1971 hasta Noviembre de 1973, donde el Decreto Ley N° 119 lo declaró “innecesario”<sup>10</sup>.

2) 1981 – 2005. La segunda etapa del Tribunal Constitucional se inaugura con la aprobación de la Constitución de 1980 y mediante la dictación de la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 sobre Tribunal Constitucional. Es un Tribunal integrado por siete miembros (tres Ministros de la Corte Suprema designados por ella, dos abogados designados por el Presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y un abogado elegido por el Senado). Cumplió, esencialmente, una función de control preventivo y obligatorio de todo el cuerpo normativo de nuevas leyes orgánicas constitucionales promulgadas, casi en su totalidad, durante la década de los ochenta. En ese ejercicio destacó la STC 33/1985 que, controlando la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones, estableció contra texto expreso que el plebiscito de 1988 debía estar sujeto a la calificación electoral del Tribunal Calificador de Elecciones. En ese período se dictaron 455 sentencias hasta la publicación en el Diario Oficial de 17 de Septiembre de 2005 de la gran reforma constitucional de ese año.

3) 2005 – 2012. Se inicia un tercer ciclo histórico del Tribunal Constitucional con un significativo cambio en su integración, funcionamiento y competencias que se explicarán latamente a continuación. Basta precisar que se trata de un período dominado por el traslado y adaptación de una nueva acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y que ha llevado al Tribunal, en el conjunto de sus atribuciones, a dictar más de 1500 sentencias en seis años.

---

<sup>10</sup> El Decreto Ley N° 119 de 5 de Noviembre de 1973 lo dictó la Junta de Gobierno con el objeto de “disolver” el Tribunal Constitucional como consecuencia del Golpe de Estado (Decreto Ley N° 1) y del cierre del Congreso Nacional (Decreto Ley N° 27). La inexistencia de un proceso legislativo regular torna en innecesario el control de constitucionalidad de sus normas.

## 2.2. COMPOSICIÓN

Dos factores han sido determinantes en la configuración de la composición del Tribunal Constitucional: la naturaleza jurídico-política de la magistratura y los modos de acreditar la calidad de sus jueces. En el primer aspecto, no existe duda acerca de la naturaleza jurídica de la función de intérprete supremo de la Constitución, pero siendo la ley fundamental un cuerpo normativo que regula la organización y distribución de poderes y los derechos fundamentales de las personas, resulta natural comprender más ampliamente los casos y conflictos constitucionales que se le presenten. Por ende, esta tensión siempre presente se mitiga con una composición en donde los poderes ejecutivo y legislativo tengan mayor ascendiente en la nominación en relación a la integración de Ministros provenientes del mundo judicial. Todos los períodos del Tribunal Constitucional chileno han tenido una correlación más política que judicial (3/2; 4/3 y 7/3) con la salvedad que ahora es incompatible ser Ministro de la Corte Suprema y miembro del Tribunal Constitucional (artículo 92, inciso segundo, y disposición decimocuarta transitoria).

El Tribunal Constitucional está integrado por diez miembros. Tres designados por el Presidente de la República, cuatro por el Congreso Nacional (dos nombrados directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Todo nombramiento y propuesta deberá aprobarse por los dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio) y tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta.

La calidad de los Ministros se acredita por requisitos objetivos y subjetivos. Deberán tener a lo menos 15 años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no podrá tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Son nombrados por un período de nueve años con el objeto de salvaguardar su independencia, no son reelegibles (salvo que haya sido nombrado como reemplazante y por un período inferior a cinco años) y se renuevan por parcialidades cada tres años, coordinados por la regla decimocuarta transitoria de la Constitución. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

## 2.3. FUNCIONAMIENTO

El Tribunal Constitucional es un tribunal que falla de acuerdo a derecho, funciona en pleno y en dos salas, siendo su quórum de funcionamiento de ocho y cuatro miembros, respectivamente. Sus acuerdos los adopta

por simple mayoría, salvo que se exija quórum diferente, que veremos según la competencia atribuida. La Constitución determinó cuáles son algunas de las materias de pleno y encargó a la Ley Orgánica Constitucional respectiva la atribución de las demás competencias. La competencia del pleno es total, con la salvedad de las siguientes materias: a) el pronunciamiento sobre las admisibilidades que no sean del pleno, como es el caso de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; b) resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado; y c) resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

#### 2.4. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El estatuto del juez constitucional tiene por objeto garantizar la autonomía, subjetiva y objetiva, que facilite su labor. Por lo mismo, no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, y es un cargo completamente incompatible con cualquier función pública, salvo la docente bajo ciertas limitaciones de horario y carga de trabajo.

### 3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El **control de constitucionalidad** “es la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado”<sup>11</sup>. El control de constitucionalidad es la expresión genérica de un conjunto de procedimientos reglados, constitucional y legalmente, que se suscitan ante el Tribunal Constitucional por órganos legitimados procesalmente, con el objeto de contrastar contra un parámetro iusfundamental, diversos cuerpos normativos específicos y cuyo resultado es una sentencia estimatoria o desestimatoria de constitucionalidad. Este procedimiento jurisdiccional está integrado por el sujeto o parámetro de control, por las normas objeto de control, por una ritualidad procesal y por determinados efectos específicos relativos a la norma, sea interpretándola de manera conforme con la Constitución, declarándola inaplicable a efectos del caso concreto o expulsándola del ordenamiento jurídico.

---

<sup>11</sup> Cruz Villalón, Op. Cit., p. 26.

### 3.1. EL PARÁMETRO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Es aparentemente sencillo precisar que si se trata de controlar la “constitucionalidad” de un acto jurídico equis, el parámetro de control no puede sino ser la Constitución. Sin embargo, la naturaleza abierta, porosa o equívoca de los mandatos constitucionales así como la remisión o apertura a otras fuentes del derecho obligan a replantearse el punto. Identificar la o las normas que constituyen el presupuesto del control y respecto de la cual se debe ajustar todo el ordenamiento jurídico a un parámetro específico es tarea de este examen. Aunque resulte evidente por sí mismo se han suscitado discusiones significativas que obligan a definirlo más allá de la dimensión tautológica de que el sujeto de control es la Constitución. Si no sabemos cuál es exactamente el parámetro de control, ¿cómo se podrá ajustar el ordenamiento a un margen normativo variable?

#### 3.1.1. CONSTITUCIÓN

Identificar la Constitución como parámetro de control implica expresar cuáles son los modos, manifestaciones o vicios que pueden generar una inconstitucionalidad. Éstos pueden producirse por una vulneración en el procedimiento de aprobación de un acto jurídico sometido a control (inconstitucionalidad formal) o puede constituir una infracción a los contenidos directamente estatuidos por la Constitución (inconstitucionalidad material). En nuestro caso, el parámetro de control se extiende a ambos tipos de infracción, con la salvedad del control de constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional que abarca sólo la dimensión procedimental de la misma, según la explicaremos en el punto correspondiente.

#### 3.1.2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

¿Qué es el bloque de constitucionalidad? “Es el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto de derecho convencional como de derecho consuetudinario) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución chilena vigente”<sup>12</sup>. He identificado la idea del bloque con una de las

<sup>12</sup> Nogueira, Humberto (2009), *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Santiago, Librotecnia Cecoch, UNAM, 1ª Edición), pp. 230-231.

explicaciones de uno de los juristas epígonos de su promoción dentro del ordenamiento nacional. Sin embargo, estamos lejos de tener una noción unívoca sobre la idea de bloque de constitucionalidad<sup>13</sup>. Este es uno de los aspectos más complejos para la identificación del parámetro de control, en el sentido de extenderlo a otros cuerpos normativos, derechos o leyes, que no son ellos mismos Constitución. Esta fórmula viene de una histórica sentencia del Consejo Constitucional francés, en 1971, que identificó el “bloque de constitucionalidad” integrado por la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, a la cual se ha sumado la Carta de Derechos del Medio Ambiente. También se utiliza la expresión para agregar como parámetro de control a las leyes orgánicas constitucionales que estructuran un Código Constitucional del poder político. Este ejercicio, en otros ordenamientos, lo ha precisado el propio constituyente indicando expresamente la regla de reconocimiento constitucional que permite integrar al ordenamiento reglas y normas ciertas, vigentes y expresas. El TC chileno ha sentenciado reconociendo algunas manifestaciones de la idea del bloque de constitucionalidad, especialmente con el reconocimiento constitucional de derechos implícitos, pero sin acoger formalmente esta tesis<sup>14</sup>. Por lo tanto, el parámetro de constitucionalidad a objeto de control es únicamente la Constitución.

<sup>13</sup> “Antonio de Cabo de la Vega ha procurado sintetizar las diversas acepciones del “bloque de constitucionalidad” en torno a cuatro significados:

1. Como el conjunto de las “normas interpuestas”, esto es, como aquellas normas que no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas, abarcando, incluso, los reglamentos de las Cámaras. Así, no existe nada en estas normas que las unifique si no es el hecho de que sirven para determinar la constitucionalidad de otras según lo dispuesto en la Constitución.

2. Como una forma de expresar la existencia de una “Constitución material” frente a una “Constitución formal”. Según esta acepción, el bloque derivaría su existencia de la no inclusión de toda la materia constitucional dentro de la última de las mencionadas.

3. Como el conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. El bloque surgiría aquí sólo en el evento de impugnación de una norma determinada.

4. Como la expresión de un ordenamiento complejo, como el español, con el objetivo de establecer una determinación aceptable de las normas de referencia o parámetros susceptible de regular el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.” Peña Torres, Marisol (2011), *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 47), pp. 110 – 111.

<sup>14</sup> STC 634, 1340, 1443 o 1852.

### 3.2. EL OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Es la determinación de las normas que deben o pueden ser objeto del control de supremacía constitucional por parte del Tribunal Constitucional. La Constitución determina expresamente cuáles son los cuerpos normativos que deben siempre ser controlados (leyes orgánicas constitucionales, leyes interpretativas de la Constitución y tratados internacionales en materias de leyes orgánicas constitucionales, distinguiéndolos de aquellos que pueden ser objeto de control eventual (las leyes, los proyectos de ley, los proyectos de reforma constitucional o los tratados no referidos a materias de leyes orgánicas constitucionales, los decretos con fuerza de ley, las autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones o el Tribunal Calificador de Elecciones y los decretos supremos). A continuación veremos algunos aspectos específicos del control de las normas que ya fueron definidas en sus apartados respectivos.

#### 3.2.1. *LEYES INTERPRETATIVAS CONSTITUCIONALES*

El Tribunal Constitucional no ejerce una función constituyente derivada<sup>15</sup> y, en consecuencia, al controlar estas leyes, su alternativa es declarar su inconstitucionalidad o que éstas son susceptibles de ser declaradas conformes a la Constitución en cuanto únicamente correspondan a normas que aclaren dudas interpretativas sin que la modifiquen<sup>16</sup>.

#### 3.2.2. *LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES*

El Tribunal Constitucional ejerce una competencia acotada y taxativa siendo el examen preventivo de las Leyes Orgánicas Constitucionales una de sus funciones habituales. Su interpretación se entiende únicamente referida a las normas consultadas como Leyes Orgánicas Constitucionales por la Cámara de origen del Congreso Nacional. No obstante, esta consulta no limita la competencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que contiene normas orgánicas constitucionales puesto que el análisis preventivo de la norma debe ser integral para entender su exacto sentido y alcance. Asimismo, puede extender su control sobre normas que, si bien no son materia de Leyes Orgánicas Constitucionales, sí son su “complemento necesario e indispensable”. De igual forma, el control también abarca a las normas reflejas. No obstante, esta actuación de oficio no puede extenderla a otras deliberaciones constitucionales que se hayan producido durante la tramitación de un proyecto de

---

<sup>15</sup> STC 272.

<sup>16</sup> STC 158.

ley mediante el instrumento de las reservas de constitucionalidad. Estas reservas de constitucionalidad deben ser el antecedente de un posterior requerimiento de las Cámaras o de una minoría parlamentaria que, si no se produce, no genera competencia en el Tribunal Constitucional para atribuirse el control de normas legales que no son materia de ley orgánica constitucional.

### **3.2.3. TRATADOS INTERNACIONALES**

Hay que distinguir dos etapas diferenciadas en el control de los tratados internacionales. Antes de las reformas constitucionales del año 2005, los tratados internacionales podían suscitar solamente una cuestión de constitucionalidad durante su tramitación parlamentaria (que se mantiene hoy en el artículo 93, Nº 3, de la Constitución). Ese año se incorporó el control obligatorio, y no eventual, de los tratados internacionales, siempre que versen sobre materias propias de Ley Orgánica Constitucional. Este criterio lo venía sosteniendo el Tribunal Constitucional con anterioridad a los cambios<sup>17</sup>. Bajo el nuevo régimen ha controlado, preventivamente, varios tratados<sup>18</sup> de libre comercio que afectan materias de la LOC del Banco Central. Asimismo, está el control de la STC 1050 sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas. Esta distinción no está exenta de dificultades legislativas e internacionales<sup>19</sup>. Exige, implícitamente, un cambio en la tramitación parlamentaria de los tratados internacionales, que obliga al estudio de los contenidos del tratado en relación con todas las materias de LOC, que impacta en la votación y en las reglas sobre integridad del cumplimiento de los tratados de conformidad con lo aprobado.

### **3.2.4. DECRETOS CON FUERZA DE LEY**

Los decretos con fuerza de ley van al trámite de toma de razón del Contralor General de la República y pueden suscitarse dos modalidades procesales diferentes de requerimiento de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La primera, se verifica cuando no se toma razón de un Decreto con Fuerza de Ley porque los representa “cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Consti-

---

<sup>17</sup> STC 346.

<sup>18</sup> STC 553, 830, 1315, 1818, 1891 y 1898.

<sup>19</sup> Técnicamente, habría que agregar que los Tratados Internacionales también pueden ser, eventualmente, controlados en sede de inaplicabilidad, aunque existe una importante crítica a ello. Es lo que se deduce de la STC 1288 que controló la constitucionalidad del Ley Orgánica Constitucional del propio Tribunal Constitucional.

tución” (artículo 99, inciso segundo, de la Constitución). En estos casos, el Presidente de la República carece de la facultad de insistir y, si no se conforma con la determinación del Contralor, puede remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia. El segundo caso se suscita cuando el Contralor toma razón del Decreto con Fuerza de Ley y se estima por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus integrantes que éste es inconstitucional. “Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley” (artículo 93, inciso séptimo, de la Constitución). En el primer caso, el Tribunal Constitucional ha estimado que también tiene legitimación activa para recurrir las Cámaras o una cuarta parte de ellas<sup>20</sup>.

### **3.2.5. LEYES**

Hay que distinguir entre un antes y un después de las reformas constitucionales del año 2005. Con anterioridad, este control de leyes, bajo el formato de inaplicabilidad, estaba dentro del ámbito de la competencia de la Corte Suprema desde la Constitución de 1925, replicada por la Constitución de 1980 y radicalmente modificada el 2005. Con anterioridad, se discutía sobre la extensión del objeto de control. En particular, si se podía controlar constitucionalmente leyes pre-constitucionales<sup>21</sup> o leyes derogadas por el legislador<sup>22</sup> o por el propio Tribunal Constitucional<sup>23</sup>. Hoy no hay duda, que la extensión del control se entiende referido a cualquiera de estas posibilidades puesto que el constituyente no ha limitado la invocación del requerimiento contra leyes como acontece en otros países que verifican un período en el cual puede impugnarse.

### **3.2.6. PROYECTOS DE LEY NO ORGÁNICOS NI INTERPRETATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN<sup>24</sup>**

La atribución del Tribunal Constitucional para examinar un proyecto de ley sólo está referida a “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad

---

<sup>20</sup> STC 392.

<sup>21</sup> STC 1846.

<sup>22</sup> Ver el caso del derogado artículo 474, inciso tercero, del Código del Trabajo, respecto del cual se presentaron acciones de inaplicabilidad (STC 946 y 968) y fue estimado inaplicable.

<sup>23</sup> STC 1552.

<sup>24</sup> He identificado genéricamente como objeto de control las “leyes orgánicas constitucionales” y las “leyes interpretativas de la Constitución” como una especificación pedagógica en este texto. Sin embargo, están en el mismo estatus de ser “proyecto de ley” puesto que su tramitación no ha concluido hasta el cierre del proceso de control de su constitucionalidad.

que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley (...) y en caso alguno después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación” (artículo 93, N° 3, e inciso cuarto del mismo artículo de la Constitución). Sólo por la vía de un requerimiento, y jamás de oficio<sup>25</sup>, el Tribunal Constitucional puede conocer de una “cuestión de constitucionalidad” sobre un proyecto de ley. Este desacuerdo al interior de los órganos colegisladores debe de producirse de manera clara y precisa, acotando a ésta la competencia del Tribunal Constitucional, y sólo puede invocarse cuando previamente se ha preparado la cuestión expresamente mediante reserva de constitucionalidad. El control no puede extenderse a preceptos legales vigentes<sup>26</sup>, debe dirigirse contra el articulado del proyecto y no a su mensaje<sup>27</sup>, puede abarcar actuaciones parlamentarias durante la tramitación<sup>28</sup> y las glosas presupuestarias son parte del precepto legal, en este caso, de la Ley de Presupuestos<sup>29</sup>. Como establece la Constitución, “[E]l requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República” (artículo 93, inciso sexto, de la Constitución). Podría extenderse a argumentos constitucionales diferentes a los planteados por las partes en la *litis*. Sin embargo, “en este caso deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver” (artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

### 3.2.7. PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución establece en el artículo 93, N° 3, la atribución del Tribunal Constitucional de “resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos (...) de reforma constitucional (...)”. ¿Cuál es el alcance de esta norma? El Tribunal Constitucional, ¿tiene una posición constituyente o su acción se limita a la dimensión formal de un procedimiento de reforma constitucional? En línea de principio, parece clara la regla de un control de los aspectos meramente procesales de una reforma constitucional como la verifica-

---

<sup>25</sup> STC 79.

<sup>26</sup> STC 1292.

<sup>27</sup> STC 280.

<sup>28</sup> STC 2025.

<sup>29</sup> STC 1867.

ción del cumplimiento de los quórums de aprobación, la asignación de una reforma a un capítulo determinado o las modalidades técnicas de presentación de una reforma constitucional sometida a plebiscito, sin perjuicio de la facultad del artículo 93, N° 5, por mencionar algunas de las tantas dimensiones formales del control. La pregunta de fondo es saber si el Tribunal Constitucional tiene competencias para impedir alteraciones del régimen político o de aspectos vinculados a restricciones sobre derechos fundamentales. Variadas razones abonan la tesis del impedimento del control material de constitucionalidad. En primer lugar, la Constitución carece de normas con contenidos intangibles específicos, como es el ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn en el artículo 79.2 que permitirían articular un mandato expreso, por ejemplo, para defender el régimen democrático, liberal y federal, como es el caso alemán. En segundo término, la única disposición que orienta una duda es aquella del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, como mandato de limitación del ejercicio de los poderes del Estado. Esta norma resguarda “el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y, resulta difícil desprender de su genérico mandato la defensa de determinados aspectos que no puedan ser resueltos por el Congreso Nacional en el marco de la deliberación democrática. Esta dimensión formal resulta plausiblemente justificada y la normativa constitucional y legal parece respaldar esta tesis autorestrictiva del Tribunal Constitucional. Por lo demás, es la regla general de deferencia hacia el legislador y al juez en múltiples materias. La Constitución actual es el texto fundamental que más reformas ha tenido en la historia, consideradas tanto en sí mismo como en la suma de reformas totales comparadas con todas las demás, que ha tenido toda la trayectoria del constitucionalismo chileno. Por lo mismo, si en más de 30 reformas no se ha encontrado un caso que amerite recurrir al Tribunal Constitucional por asuntos de fondo, parece existir una opinión común de que la competencia del Tribunal es más reducida en este punto. En síntesis, la Constitución reenvía el control eventual de la constitucionalidad de la reforma constitucional en cuanto regula las reglas sobre producción de la reforma. El dilema abierto más bien es otro relativo a los límites de la reforma provenientes de otras fuentes del derecho: tratados internacionales de derechos humanos, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la jurisprudencia que, indirectamente, emana del propio Tribunal.

### **3.2.8. DECRETOS SUPREMOS Y REGLAMENTOS**

El control que ejerce el TC sobre los decretos supremos es amplio. Pueden estar vinculados a la potestad reglamentaria de ejecución de ley

o autónoma o dirigirse contra decretos de efectos generales o particulares<sup>30</sup>, a su regularidad sustantiva como formal<sup>31</sup>, deben estar vigentes y no derogados<sup>32</sup>. Esta amplitud es manifiesta ya que expresamente pueden ser requeridos “cualquiera sea el vicio invocado” (artículo 93, N° 16). No queda circunscrita la competencia por la previa toma de razón de la Contraloría de un decreto que no representa por inconstitucional<sup>33</sup> y el objeto de control es el decreto o reglamento en sí mismo y no la ley que le sirve de soporte<sup>34</sup>.

### 3.2.9. AUTO ACORDADOS

La reforma constitucional del año 2005 vino a agregar una nueva dimensión al objeto de control del Tribunal Constitucional. La Constitución ha preservado el control de los auto acordados al Tribunal Constitucional sólo en el caso de aquellos dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Por tanto, pueden existir auto acordados para el funcionamiento autorregulado de diversos órganos con la obligación del artículo 6º de la Constitución, esto es, dictados de conformidad con la Constitución y las leyes, no pudiendo regular materias reservadas al legislador como ocurre con los derechos fundamentales<sup>35</sup>. Los autos acordados no pueden regular materias de ley. “El Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado”.

## 3.3. EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL

En los últimos años se ha desarrollado el Derecho Procesal Constitucional como un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva que concretiza los contenidos sustantivos de los procesos constitucionales que requieren una interpretación iusfundamental. Por lo mismo, se apartan

---

<sup>30</sup> STC 740.

<sup>31</sup> STC 153.

<sup>32</sup> STC 305.

<sup>33</sup> STC 116.

<sup>34</sup> STC 254.

<sup>35</sup> STC 1557.

específicamente de la dimensión habitual de los procedimientos legales comunes y este procedimiento de control de la constitucionalidad posee algunas características especiales que se describirán en este apartado. Dividiremos este apartado en tres dimensiones diferentes: tipos de control de constitucionalidad, procedimientos ante el Tribunal Constitucional y respuestas procesales del Tribunal Constitucional.

### 3.3.1. TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de un asunto o un conflicto marca diferentes modalidades de control de constitucionalidad que revisaremos.

**CONTROL CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.** Esta es una distinción fundamental de los controles jurisdiccionales de preservación de la Constitución. Se llama sistema de control concentrado de constitucionalidad a aquel en dónde la competencia de juzgar definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes reside en un único organismo con exclusión de otros. Este es el caso de los Tribunales Constitucionales que, desde su creación por Hans Kelsen, aplicado al modelo austríaco en 1920 ha venido creciendo en importancia en el mundo. Estaba concebido como un juicio de compatibilidad o incompatibilidad de una ley o norma con la Constitución, siendo la función del Tribunal Constitucional asimilada a una especie de legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico las incompatibilidades. Hoy en día esta función se concibe más ampliamente, mediante sentencias atípicas o intermedias que reflejan variados grados de activismo judicial, con mayor o menor deferencia al legislador, pero que intermedian entre la expulsión del ordenamiento y su aceptación plena, realizando modalidades de interpretación conforme a la Constitución.

El sistema de control difuso de constitucionalidad es aquel en donde “la competencia para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes es reconocida a cualquier juez llamada a hacer aplicación de una determinada ley en un caso concreto sometido a apreciación judicial”<sup>36</sup>. Su origen es estadounidense, más conocido como el *judicial review*, y da cuenta de la idea de un derecho más alto que siendo creador de derecho no podía aceptar que podía existir creación legal inconciliable con la Constitución. La revisión judicial, desarrollada por la jurisprudencia a partir del famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), consiste en reconocer la facultad a los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes.

<sup>36</sup> Gomes Canotilho, J.J. (1999), *Direito Constitucional y Teoria de Constitucao* (Coimbra, Portugal Almedina, 3º Edición), p. 833.

En Chile, no existió modelo de control de constitucionalidad hasta 1925, en donde se optó por un modelo híbrido de control judicial concentrado en la Corte Suprema. A partir de 1971 se estableció una modalidad repartida de control, sucesiva en el tiempo, preventiva en el ámbito del Tribunal Constitucional y represiva en la Corte Suprema. Finalmente, se concentra toda la competencia de control en el Tribunal Constitucional a partir del año 2005.

**CONTROL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE CONSTITUCIONALIDAD.** Es el procedimiento excepcional de control de oficio, regulado en el artículo 93, N° 1, de la Constitución, relativo a los proyectos de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales y de tratados internacionales que se refieran a materias de Leyes Orgánicas Constitucionales y que hace a este trámite, parte integrante de la última etapa del proceso de formación de la ley. La dimensión preventiva consiste en que para nacer al mundo del derecho estas leyes se han de ajustar al parámetro constitucional considerado abstractamente. Y el control es obligatorio porque es un requisito de su validez el hecho de que sean verificadas con anterioridad a su entrada en vigencia. De esta manera, “la cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso” (artículo 93, inciso segundo). Si durante la tramitación del proyecto de ley se hubiere suscitado una cuestión de constitucionalidad se deberán enviar “actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada” (artículo 48, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). El Tribunal Constitucional tiene un plazo de 30 días para resolver la constitucionalidad del proyecto, prorrogable hasta por otros 15 días. Su decisión, generalmente fundada, tendrá diversos efectos dependiendo de la norma objeto de control. Tratándose de un tratado internacional, se ha de distinguir si la inconstitucionalidad es total o parcial. En el primer caso, se impide que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. Si es parcial “facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional” (artículo 49, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). En los demás casos, se remite el proyecto a la Cámara de origen para que lo envíe al Presidente de la República con el objeto que promulgue la ley con exclusión de las normas declaradas inconstitucionales. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de estos proyectos

implicará que no se admitirá a tramitación ningún requerimiento sobre dichos textos y preceptos legales. De la misma manera, si un precepto es declarado constitucional “no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva” (artículo 51, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

**CONTROL REPRESIVO Y FACULTATIVO.** Esta es la modalidad regular de control del Tribunal Constitucional, previo requerimiento o a petición de parte, para activar una cuestión de constitucionalidad que deba ser resuelta por este organismo. No existe ninguna norma que compela a este tipo de control siendo absolutamente facultativa su interposición, con la sola salvedad del control judicial incidental que analizaremos más adelante. Las cuestiones de constitucionalidad se pueden suscitar respecto de todo tipo de normas expresamente atribuidas por la Constitución como competencia del Tribunal Constitucional, con la exclusión de las Leyes Interpretativas Constitucionales, Leyes Orgánicas Constitucional y tratados en materias de Leyes Orgánicas Constitucionales.

**CONTROL ABSTRACTO Y CONTROL CONCRETO**<sup>37</sup>. Esta distinción supone que en el control abstracto se realiza una impugnación de constitucionalidad de una norma hecha de manera independiente a la existencia o no de un litigio o gestión judicial. Por lo mismo, también se conoce como control objetivo puesto que su fin es defender la Constitución eliminando los contenidos contrarios a la misma. Está estrechamente asociado al control abstracto y concentrado de constitucionalidad.

La modalidad de control concreto está vinculada necesariamente a un caso judicial en el cual se manifiesta algunas dimensiones de la aplicación inconstitucional de una norma. Está asociado, usualmente, al control incidental de constitucionalidad y, en nuestro país, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad representa, en general, una aproximación desde la expresión concreta del control.

**CONTROL POR LA VÍA INCIDENTAL Y CONTROL POR VÍA PRINCIPAL.** Es una clasificación que se distingue por las diferentes acciones que dan origen a un control de constitucionalidad. La vía principal es el derecho que

<sup>37</sup> Se pueden agregar otras distinciones del control en función de la naturaleza de la regla sometida a escrutinio. Así, por ejemplo, se diferencia el control de normas de derecho fundamental respecto del control de disposiciones. “*Las normas se definen como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas; son el resultado de su interpretación y la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como Derecho objetivo. (...) La disposición está expresada en el lenguaje de las fuentes del derecho y es el objeto de la interpretación, al paso que la norma consiste en un enunciado del lenguaje de los intérpretes y consiste en el resultado de la interpretación*”. Bernal Pulido, Carlos (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), p. 84.

otorga la Constitución y la ley para ir autónomamente al TC en un proceso constitucional propio desvinculado de una gestión judicial previa, por ejemplo, para que el TC ejerza las competencias del artículo 93, N° 7. Esta figura contempla sólo una legitimación activa expresa. En cambio, la vía incidental supone, como requisito sine qua non la existencia de una gestión judicial en sede ordinaria o especial. Entendido en un sentido amplio, la vía incidental la puede activar particulares como el propio juez que conoce de la causa o gestión. En línea de principio, si un juez se encuentra frente a un precepto legal que estima inconstitucional y que es decisivo en la resolución de un asunto, debe promover ante el Tribunal Constitucional su pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad del mismo, ya que el juez carece de competencias para desestimar la aplicación de una ley basado en su supuesta inconstitucionalidad.

### 3.3.2. TRAMITACIÓN GENERAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se trata de especificar los sujetos, las condiciones y los requisitos que se deben cumplir para ejercer el derecho de acción ante la jurisdicción constitucional en casos de control de constitucionalidad. Los procedimientos en casos de conflictos constitucionales<sup>38</sup> los analizaremos en el punto respectivo.

**ÓRGANOS Y PERSONAS LEGITIMADOS.** La jurisdicción constitucional es especializada no sólo por su naturaleza sino que también por quiénes pueden concurrir a ella. La legitimación activa está concentrada en órganos constitucionales muy determinados. Identificaremos el sujeto activo y la competencia del Tribunal Constitucional por la cual puede recurrir. Son: a) El Presidente de la República (artículo 93, numerales 2, 3 y 4, de la Constitución); b) Las Cámaras, entendidas como la dirección temporal de quién las preside y autorizada por el secretario de la Corporación (artículo 93, numerales 2, 3, 4, 8 y 16, de la Constitución); c) Una proporción minoritaria de parlamentarios, distinguiendo los casos en que son 10 miembros (artículo 93, N° 2, de la Constitución) o una cuarta parte de las Cámaras (artículo 93, numerales 3, 4, 8 y 16, de la Constitución); d) Las partes en una gestión judicial (artículo 93, numeral 2 y 6, de la Constitución), entendidos como todos aquellos respecto de los cuales hay un juicio o gestión pendiente ante cualquier tribunal ordinario o especial de la República; e) El juez de la causa ante la cual exista una gestión pendiente en que deba aplicarse un precepto legal impugnado de inconstitucional (artículo 93, N° 6, de la Constitución); f) Mediante acción pública, esto es, personas naturales o jurídicas que manifiesten un

---

<sup>38</sup> Ver Conflictos político-constitucionales.

interés de actuar en nombre de la Constitución o las leyes y que actúen patrocinados por un abogado habilitado (artículo 93, numeral 7, de la Constitución); y g) De oficio por el propio Tribunal Constitucional (artículo 93, N° 7, de la Constitución). En cuanto a la legitimación pasiva, la regla general es que los escritos en una causa, las resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional se notifican para su participación formal como partes interesadas en un proceso constitucional a todos aquellos que tenían el derecho potencial de ser sujeto de legitimación activa. En tal sentido, “son órganos constitucionales interesados aquellos que, de conformidad con esta ley, pueden intervenir en cada una de las cuestiones que se promueven ante el Tribunal, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden jurídico vigente” (artículo 44, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Un órgano constitucional interesado puede transformarse en parte si es que manifiesta su voluntad de intervenir bajo esa condición.

**RESERVA DE CONSTITUCIONALIDAD.** Hay determinados procesos constitucionales, especialmente el del artículo 93, N° 3, de la Constitución, que exigen la previa reserva de constitucionalidad durante su tramitación legislativa. No se trata de identificar genéricamente un asunto constitucional sino que éste debe ser especificado como una controversia o desacuerdo acerca de la constitucionalidad de una norma en un proyecto de ley. Por tanto, la reserva de constitucionalidad no consiste en el derecho a “reservarse” para recurrir con posterioridad al TC sino que a identificar una contradicción formal o material entre el proyecto de ley y la Constitución de la cual debe quedar constancia en “las copias íntegras de las actas de las sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema” (artículo 63, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). La reserva de constitucionalidad ha de referirse a los artículos propios del proyecto de ley sin cuestionar la constitucionalidad de leyes vigentes, ha de formularse en términos precisos y claros y se ha de referir a materias propias de leyes orgánicas constitucionales<sup>39</sup>.

**REQUERIMIENTO.** Es el escrito de demanda ante el Tribunal Constitucional solicitando que éste declare la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un precepto determinado e invocado expresamente. En general, debe reunir los elementos propios de todo escrito judicial. Junto a ello el escrito debe contener “una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad”.

---

<sup>39</sup> STC 2231.

dad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas” (artículo 63, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Debe identificar el órgano legitimado que recurre; la representación del parlamentario que actúe a nombre de todos, si corresponde; y, en general, debe acompañar los documentos, la publicación en el Diario Oficial del decreto supremo, instrumentos, copia de los preceptos legales impugnados, el certificado del Tribunal “que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados” (artículo 79, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

### **3.3.3. ETAPAS PROCESALES DE UN REQUERIMIENTO.**

Identificaremos las dos etapas procesales previas a la determinación de fondo por parte del Tribunal Constitucional: la admisión a trámite y la admisibilidad.

**ADMISIÓN A TRÁMITE.** Consiste en el examen del cumplimiento del requerimiento de todos los requisitos formales, con la excepción que identificaremos, y que se exijan por la ley. Por regla general, se trata de analizar si quién recurre es órgano legitimado para hacerlo, si su representación está correctamente invocada, si se ha nombrado un parlamentario como coordinador del requerimiento, si consta el certificado del tribunal con la gestión pendiente y las indicaciones de representación y domicilio de todas las partes o si esta identificado el precepto impugnado claramente. Si no contiene alguna de estas menciones, el requerimiento “no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales” (artículo 65, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). No obstante, “tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal (...) otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquellos o completen éstos. Si así no lo hacen el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales” (artículo 65, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Este es un examen formal con la importante excepción de los requerimientos contra proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados internacionales en materias que no son Leyes Orgánicas Constitucionales. Allí se exige en la etapa de admisión a trámite se examine la reserva de constitucionalidad y se analice el modo en que se produce el vicio de inconstitucionalidad y las normas constitucionales estimadas infringidas.

**JUICIO DE ADMISIBILIDAD.** Es el examen de las condiciones formales y sustanciales del requerimiento con aptitud de producir un proceso cons-

titucional y requerir del Tribunal Constitucional una sentencia sobre el fondo del asunto controvertido constitucionalmente. Esta es una atribución asignada al pleno del Tribunal Constitucional en los casos de los requerimientos sobre proyectos de ley, decretos con fuerza de ley, inconstitucionalidad de ley, promulgación de ley e impugnación de decretos supremos. Por el contrario, en el caso del auto acordado y la inaplicabilidad de un precepto legal es la sala designada por el Presidente del Tribunal Constitucional la que verifica el examen de admisibilidad. Se trata de un juicio de cumplimiento de requisitos estimativos del caso y no de un filtro para admitir sólo aquellos asuntos que tengan “relevancia constitucional” (España) o que puedan ser un “certiorari” (Estados Unidos) y generar un precedente constitucional. El examen de admisibilidad se centra en el cumplimiento de requisitos formales (que lo promueva un órgano legitimado o que sea promovida dentro de plazo) o materiales (que no sea un cuestión de legalidad). Las principales discusiones sobre el juicio de admisibilidad se han promovido a raíz de la declaración de inaplicabilidad<sup>40</sup>.

### **3.4. LAS MANIFESTACIONES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

Las manifestaciones de la inconstitucionalidad son las modalidades que adopta el vicio de inconstitucionalidad y que es declarado así por el Tribunal Constitucional. Existen variadas manifestaciones de inconstitucionalidad, todas ellas debatidas en doctrina, y respecto de las cuales sólo identificaremos las principales denominaciones.

#### ***3.4.1. INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL Y FORMAL***

La formal es aquella inconstitucionalidad que se funda en la presencia de un vicio generado durante el proceso de formación de la ley. Variados vicios han generado discusión constitucional. Por ejemplo, el hecho de tramitarse una ley y aceptarse indicaciones no referidas a las ideas matrices de un proyecto de ley<sup>41</sup>. Asimismo, la manifestación de haber sido votado un proyecto de ley por un quórum menor del que realmente correspondía<sup>42</sup>. O la omisión del trámite de oír previamente a la Corte Suprema en casos de modificación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia<sup>43</sup>. En este

---

<sup>40</sup> Ver Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

<sup>41</sup> STC 259.

<sup>42</sup> STC 1504.

<sup>43</sup> STC 1651.

último aspecto el constituyente ha modificado la Carta Fundamental con el objeto de sujetar el plazo del informe de la Corte a las urgencias del proyecto y para dar por evacuado el trámite cuando pasen esos plazos sin el informe requerido. En cuanto a la inconstitucionalidad material, esta manifestación corresponde al contraste la Constitución y la norma que se pretende declarar inconstitucional por vulneración de los contenidos de la misma.

### **3.4.2. INCONSTITUCIONALIDAD DIRECTA O INDIRECTA**

Se produce la manifestación de inconstitucionalidad directa cuando la norma vulnerada es inmediatamente alguna disposición de la Constitución. En cambio, la inconstitucionalidad indirecta lo es porque la incompatibilidad se produce luego de verificar su disconformidad con una norma integrante del parámetro de control de constitucionalidad. En nuestro caso, la especificación de una regla en un tratado internacional de derechos humanos, entendido como norma adscrita a un derecho constitucional, es infringida por un precepto legal cuando resulta incompatible con ese mandato reconocido mediatamente en la norma constitucional<sup>44</sup>.

Hay otras manifestaciones de inconstitucionalidad que tienen un menor alcance como la inconstitucionalidad total o parcial o la por acción u omisión.

## **3.5. LOS EFECTOS PROCESALES Y MATERIALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.**

Una declaración de inconstitucionalidad genera un conjunto amplio de efectos, sean procesales, temporales como normativos.

### **3.5.1. EFECTO PROCESAL: COSA JUZGADA**

El principal efecto procesal de las resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional es la cosa juzgada. No obstante, una cuestión tan sencilla como ésta genera dificultades debido, principalmente, a la omisión legislativa sobre el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por lo mismo, hay casos en donde se ha querido eludir la determinación definitiva que generaría la cosa juzgada en un proceso constitucional y se ha identificado una especie de “no acuerdo”<sup>45</sup>. Con ello, pareciera querer

---

<sup>44</sup> STC 1852.

<sup>45</sup> STC 1723, sobre inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. Esta des-

escapar de los efectos negativos de la cosa juzgada, esto es, del impedimento de volver a ver el asunto, particularmente, cuando el propio TC de oficio abrió una causa de revisión de la constitucionalidad de un precepto legal. En tal sentido, es interesante en derecho comparado el caso alemán que, por intermedio del artículo 31 de la Ley Orgánica del TC de Alemania define la fuerza vinculante de las sentencias en tres: cosa juzgada, vinculatoriedad o fuerza de ley. La cosa juzgada es la propia de toda sentencia y genera efectos positivos y negativos respecto de las partes en un proceso constitucional. Los vinculados por las sentencias son los terceros o interesados que no intervinieron en el proceso pero a los cuales se extiende sus resultados y la fuerza de ley es el efecto de determinadas sentencias con un efecto *erga omnes*, de alcance general. Por tanto, la cosa juzgada tiene una vinculatoriedad indefinida que dura hasta que el propio Tribunal Constitucional determine un cambio de doctrina fundado. Estas perspectivas son aún inciertas en el desarrollo jurisprudencial chileno del Tribunal Constitucional. En esa línea, la distinción entre sentencias estimatorias y desestimatorias de constitucionalidad es un camino que limitaría los efectos de la cosa juzgada en este último caso.

### 3.5.2. EFECTOS EN CUANTO A LOS SUJETOS OBLIGADOS: ERGA OMNES E INTER PARTES

En un proceso constitucional se puede ser parte, interesado o tercero ajeno al proceso. La sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo tiene efecto inter partes. En cambio, en todos los demás casos, especialmente en la declaración de inconstitucionalidad, los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional son generales o *erga omnes*, incluyendo a todos los sujetos procesales de un caso constitucional así como a los terceros ajenos al proceso. “En tanto las primeras tienen efectos relativos, de modo que el precepto legal tachado se debe inaplicar sólo en la gestión judicial pendiente de que tratan dichas sentencias, las segundas se proyectan con efecto generales, de forma que las normas en ellas objetadas no pueden tener cabida ni recibir aplicación en ninguna situación pendiente a la fecha de su publicación”<sup>46</sup>.

---

cripción de un “no acuerdo” importaría la preocupación en torno al impedimento de volver a plantear la supuesta inconstitucionalidad del artículo impugnado. Estoy esencialmente de acuerdo con la disidencia de los Ministros José Antonio Viera Gallo y Carlos Carmona que “el procedimiento para declarar inconstitucional una ley debe terminar en una sentencia definitiva, tanto si se acoge como si se rechaza el requerimiento, independientemente si éste se inició de oficio o por acción popular. Está en juego el principio conclusivo de todo procedimiento. Es decir, que éste debe cerrarse y terminar por una resolución que le ponga término, la que en este caso es una sentencia definitiva”.

<sup>46</sup> STC 1552.

### 3.5.3. EFECTOS TEMPORALES (*EX NUNC Y EX TUNC*)

Los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional dependen de la materia objeto de control de constitucionalidad. Por regla general, el alcance de la declaración de inconstitucionalidad tiene sólo efectos pro futuro, constitutivos o *ex nunc*. En el caso de los decretos supremos, su declaración de inconstitucionalidad hace que quede “sin efecto de pleno derecho con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo” (artículo 94, inciso tercero, de la Constitución). En el caso de los auto acordados, los decretos con fuerza de ley y las leyes que se declaren inconstitucionales “el precepto declarado inconstitucional (...) se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo” (artículo 94, inciso tercero, de la Constitución). Con ello, se descartan los efectos *ex tunc*, declarativos o retroactivos. No obstante, la vinculación constitucional entre los efectos de las sentencias y la institución de la derogación ha derivado en explicaciones adicionales<sup>47</sup>.

### 3.5.4. EFECTO DEROGATORIO

Sólo como contraste se vincula este término con la derogación de ley puesto que el efecto derogatorio, por una decisión del Tribunal Constitucional, es el reconocimiento de un vicio constitucional que impide que subsista la norma dentro del ordenamiento jurídico. La expulsión es derogación y en nada se vincula con la derogación de ley. Según ha fallado el Tribunal, “[L]a declaración de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional difiere –en cuanto a sus motivos, contenidos y alcance– de la derogación practicada por el legislador. Así, mientras aquel acto de juicio invalidatorio importa la constatación de un vicio de constitucionalidad, este acto de voluntad revocatoria se basa en una apreciación sobreviniente de mérito político”<sup>48</sup>. Por tanto, la derogación constitucional es resultado de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad eliminando el alcance de un precepto legal.

### 3.5.5. EFECTO DEL PRECEDENTE

Nuestra Constitución no contempla el valor del precedente con un efecto general sobre todo el ordenamiento más allá de la aplicación de la igualdad ante la ley. Sin embargo, cabe hacer presente algunas situaciones. Primero, si una norma ha sido declarada constitucional durante una

---

<sup>47</sup> Ver efecto derogatorio.

<sup>48</sup> STC 1552.

cuestión de constitucionalidad promovida contra un proyecto de ley, no cabe controlar la misma norma, posteriormente, por efecto del control preventivo<sup>49</sup>. Segundo, tratándose de controles preventivos de constitucionalidad, la declaración de conformidad con la Constitución de un determinado precepto legal no impide que éste pueda ser declarado inaplicable con posterioridad. “Sin perjuicio de su mérito intrínseco y de los efectos generales que provoca en el ordenamiento jurídico, la declaración sobre conformidad constitucional expedida en el control previo de una norma, no produce cosa juzgada en un proceso de inaplicabilidad, porque tienen un objeto distinto, y los institutos en juego –compulsiva obligatoria de constitucionalidad e inaplicabilidad en gestión ante un tribunal ordinario o especial– responden a finalidades distintas”<sup>50</sup>. Tercero, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional contempla diversas hipótesis legales de precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional. La regla básica está en el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: “Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política (...) no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”. Normas similares las encontramos respecto de los auto acordados (artículo 54.2 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional) o de la inaplicabilidad de leyes (artículo 84.2 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

#### **4. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD**

“El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Trátese, por ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución

---

<sup>49</sup> STC 10.

<sup>50</sup> STC 541.

se limita a qué disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y el espíritu de la Carta Fundamental”<sup>51</sup>. Esta acción fue incorporada como competencia del Tribunal Constitucional en las reformas constitucionales del año 2005. Con anterioridad, el control de constitucionalidad de las leyes fue atribuido a la Corte Suprema, mediante el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. El artículo 86 de la Constitución de 1925 dispuso que “la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Ese recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”. La Constitución de 1980 mantuvo este recurso en los siguientes términos: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”. Para que prosperara el recurso era necesario: “a) la existencia de un vicio de fondo y no de forma de la ley que se pretende declarar inaplicable; b) la existencia de una gestión pendiente que se siga ante otro tribunal o ante la propia Corte Suprema; c) que el precepto legal que se pretende aplicar sea contrario a la Constitución; d) que el precepto legal cuya constitucionalidad se impugna haya entrado en vigencia con posterioridad al texto constitucional”<sup>52</sup>. Su limitada interpretación referido sólo a vicios de fondo, sus efectos vinculantes inter partes y no generales, y una jurisprudencia excesivamente deferente con el legislador devinieron en su traslado al Tribunal Constitucional, transformando radicalmente esta acción<sup>53</sup>. A continuación

<sup>51</sup> STC 1390.

<sup>52</sup> Nogueira, Humberto (1992), *El sistema constitucional chileno*, en García Belaúnde, Fernández Segado y Hernández Valle (coordinadores), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* (Madrid, Dykinson), p. 321.

<sup>53</sup> Podría existir un cierto debate acerca de la continuidad histórica del viejo Recurso de Inaplicabilidad devenido en nueva acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pero en sede diferente. Sin embargo, las diferencias son más fuertes que las semejanzas y ello se ha traducido en un impacto institucional cualitativa y cuantitativamente distinto. Un buen reflejo de esa diferencia la advierte el propio Tribunal Constitucional en la STC 1295. “(...) de la simple comparación del texto del actual artículo 93, N° 6º, con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa -y más bien abstracta- entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora -en cambio- se está en

se revisan sus principales caracteres, tras la reforma constitucional del 2005.

#### 4.1. ÓRGANOS O PERSONAS LEGITIMADOS

Existen dos tipos de requerimiento: el particular y el judicial. Sólo las partes en una gestión judicial pendiente pueden presentar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entendidos como todos aquellos respecto de los cuales hay un juicio o gestión pendiente ante cualquier tribunal ordinario o especial de la República. Y como órgano legitimado, el juez de la causa ante la cual exista una gestión pendiente en que deba aplicarse un precepto legal impugnado de inconstitucional (artículo 93, N° 6, de la Constitución). La determinación de impulsar el requerimiento judicial es resorte exclusivo del juez de la causa.

#### 4.2. ADMISIÓN A TRÁMITE

Es una etapa procesal preliminar en donde se examina, en línea de principio, los elementos formales del requerimiento. Sin embargo, del análisis de los requisitos sí existen aspectos sustanciales que pueden derivar en el rechazo del requerimiento. Es así como el escrito: a) Debe “contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional” (artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional); b) Tratándose de un escrito de una parte “se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus

---

*presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, todo lo cual –ciertamente–, como se ha indicado, relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior (...) las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, como se ha precisado por esta Judicatura Constitucional, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por producir un efecto inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración (entre otros, roles N° 596/2006, 741/2007 y 755/2007)” (considerandos 16 y 17 de la STC 1295).*

apoderados” (artículo 79, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional); y c) En el caso de un requerimiento judicial, éste “deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados” (artículo 79, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). El cumplir las exigencias de los artículos 79 y 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional deriva en su admisión a trámite y si no se tendrá por no presentado, sin perjuicio del derecho de subsanar defectos formales u omisión de antecedentes, dentro de tercero día de la resolución de una de las salas del Tribunal Constitucional.

Hay casos en donde el Tribunal Constitucional ha precisado que “el requerimiento adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción”<sup>54</sup>.

### 4.3. ADMISIBILIDAD

Es el trámite procesal más significativo que adopta la sala del Tribunal Constitucional. Admitido a trámite un requerimiento, la sala del Tribunal Constitucional tiene un plazo de cinco días para pronunciarse sobre la admisibilidad, una vez realizadas las respectivas notificaciones a las partes de la gestión judicial o al juez para que deje constancia en el proceso de la admisión a trámite. Las causales para que la sala declare la inadmisibilidad del requerimiento son las siguientes:

“1. Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;

2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3. Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4. Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueva la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

---

<sup>54</sup> Por la vía ejemplar, STC 1727, 1749, 1753, 1883, 1890 ó 1935.

6. Cuando carezca de fundamento plausible” (artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Declarado admisible el requerimiento el Tribunal notificará a las partes o al juez y conferirá un plazo de veinte días para formular observaciones y presentar antecedentes. Excepcionalmente, este trámite se da en un marco de bilateralidad de la audiencia cuando una de las partes solicita alegatos para la admisibilidad del requerimiento. Asimismo, se notificará a los órganos constitucionales interesados a objeto de que estimen si se hacen parte o no en un proceso constitucional de inaplicabilidad. Realizadas estas gestiones y vencidos los plazos legales, el Presidente del Tribunal Constitucional incluirá el asunto en la tabla de pleno para su decisión.

Existe una profusa jurisprudencia para verificar casos en donde no se cumplen los requisitos de admisibilidad. En tal sentido, es fundamental verificar qué se entiende por “gestión judicial”, siendo aquella que “está referida al negocio jurisdiccional a que da origen una controversia jurídica entre partes (dos o más personas con intereses contrapuestos), sometida al conocimiento y decisión de un tribunal”<sup>55</sup>. Así, a título meramente ejemplar, se ha declarado inadmisibles requerimientos por ser improcedente respecto de actuaciones administrativas<sup>56</sup>, por no ser un medio idóneo para impugnar resoluciones judiciales<sup>57</sup>, tampoco es la vía para aclarar el sentido interpretativo de un precepto legal<sup>58</sup>, que debe dirigirse contra precepto legal determinado y no contra un cuerpo normativo general<sup>59</sup> o que el requerimiento esté fundado razonablemente, esto es, que satisfaga los criterios de razonabilidad básicos. Finalmente, cabe entender que el escrito debe impugnar un precepto legal entendido como una unidad de lenguaje que se baste a sí mismo<sup>60</sup>.

#### **4.4. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

El debido proceso contempla el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Un proceso constitucional debe contemplar, por los bienes jurídicos involucrados, una tutela cautelar que asegure provisionalmente los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva así como neutralizar los perjuicios irreparables que podría ocasionar la duración del proce-

---

<sup>55</sup> STC 1963.

<sup>56</sup> STC 514 ó 1477.

<sup>57</sup> STC 777 ó 817.

<sup>58</sup> STC 1172.

<sup>59</sup> STC 1512.

<sup>60</sup> STC 1254.

so, especialmente, si lo invocado son efectos contrarios a la Constitución resultantes de la aplicación de una ley. Para aquello la Constitución dispone que “a esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” (artículo 93, N° 6, de la Constitución). Se solicita por la parte en el requerimiento o con posterioridad a la Sala o ésta puede declararla de oficio. “Una vez decretada, se mantendrá hasta que el Tribunal dicte la sentencia y la comunique al juez ordinario o especial que conoce de la gestión pendiente. Pero la sala respectiva, por resolución fundada, podrá dejarla sin efecto en cualquier estado del proceso” (artículo 85 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

#### **4.5. *IURA NOVIT CURIA* O DERECHO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A SUPLIR INSUFICIENCIAS DEL REQUERIMIENTO**

Una de las grandes diferencias de un proceso legal común y un proceso constitucional es la presencia de esta institución excepcional. En los primeros, las alegaciones identifican el horizonte de la causa; en cambio, en el proceso constitucional son tan relevantes los bienes jurídicos en juego, que el propio Tribunal Constitucional puede identificar nuevos fundamentos. La *iura novit curia* es el derecho a calificar correctamente el requerimiento presentado invocando la o las normas constitucionales que pueden estimarse infringidas. Se trata de una convocatoria excepcional a las partes para que se pronuncien sobre una nueva apreciación jurídica de otros posibles vicios de inconstitucionalidad. “Excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver” (artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

#### **4.6. EFECTO DE INAPLICABILIDAD**

La sentencia estimatoria de inaplicabilidad es aquella que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad acogida por la mayoría simple de los miembros del Tribunal Constitucional que concurrieron a la vista de la causa. Sus efectos son *inter partes*, generan cosa juzgada respecto del

vicio resuelto y no impiden, del todo, que pueda presentarse un nuevo requerimiento en una misma gestión judicial pero por vicios necesariamente diferentes. Finalmente, hay un efecto externo de una sentencia de inaplicabilidad puesto que al pronunciarse se cumple con el presupuesto procesal necesario para invocar una cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable. Esta alternativa es válida en todos los casos salvo que se trate de un tratado internacional, respecto del cual está vedado declarar su inconstitucionalidad<sup>61</sup>.

## 5. CONFLICTOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES

Son distintos procesos políticos-constitucionales en donde el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de actos políticos, calificar hechos que generan consecuencias políticas o determinar la asignación correcta de competencias normativas en disputa. A diferencia de lo que este texto ha identificado como control de constitucionalidad, aquí no hay una contraposición normativa, una dimensión puramente interpretativa de reglas jurídicas o efectos que deriven en un cuerpo legal con determinadas disposiciones o entendidos. En este acápite sólo hay conflictos con un énfasis político fundamental, con calificación de hechos más que de normas y con la verificación del encuadramiento de determinadas conductas en un padrón de constitucionalidad o inconstitucionalidad en donde la apreciación jurisdiccional de los Ministros del Tribunal Constitucional es más libre. En el derecho comparado, los tribunales o cortes constitucionales tienen competencias variadas en conflictos político-constitucionales, siendo la más relevante aquellas referidas a la constitucionalidad de la distribución territorial del poder, más conocidos como contiendas de competencias entre órganos nacionales versus locales o aquellas cuestiones de naturaleza electoral, sea de procesos electorarios, cuentas de campaña como control de declaraciones de autoridades. Todos ellos se inscriben dentro de lo que denominaremos conflictos político-constitucionales bajo la atribución del Tribunal Constitucional.

### *5.1. ACTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y MOVIMIENTOS QUE DERIVAN EN LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ÉSTOS*

La dinámica política en una sociedad democrática se da dentro de un marco de alternativas, objetivos y medios disponibles constitucionalmen-

---

<sup>61</sup> STC 1288.

te. Los partidos, movimientos o cualquier forma de organización en la vida pública están sometidos al cumplimiento de un mínimo de lealtad constitucional<sup>62</sup>, con el objeto que las reglas comunes de convivencia sigan sirviendo a todos sin excepción. Antes, debió superarse la tesis del pluralismo ideológico limitado del antiguo artículo 8° de la Constitución de 1980<sup>63</sup>. Éste proscribía determinadas ideologías y la profesión de ideas y conductas, específicamente el marxismo, en el cual se fundamentaba o sostiene buena parte de la izquierda chilena, no sin antes, llevarse a cabo la única causa contra Clodomiro Almeyda, dirigente socialista, promovido por la Junta de Gobierno en 1987 y donde el TC declaró que éste infringió el artículo 8°<sup>64</sup>. Esta disposición constitucional fue derogada en la gran reforma de 1989 y regulada por el artículo 19, N° 15, incisos sexto a octavo. En éste se reconoce el principio del pluralismo político dentro de un sistema democrático.

La regla constitucional a ser controlada dispone que “la Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario,

<sup>62</sup> Ver Defensa de la Constitución.

<sup>63</sup> El texto original del artículo 8° de la Constitución de 1980 indicaba lo siguiente: “Artículo 8°.- Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

*Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.*

*Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular; por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.*

*Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.*

*Las personas sancionadas en virtud de este precepto, no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.*

*La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia.”*

<sup>64</sup> STC 46.

como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad” (artículo 19, numeral 15, inciso sexto, de la Constitución)

En correspondencia con esta norma, el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de “las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad (...). Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio” (artículo 93, N° 10, de la Constitución).

En estos casos, existe acción pública en contra de las personas, organizaciones y partidos políticos que hubieren infringido el precepto constitucional. Sin embargo, en el caso del Presidente de la República o el Presidente electo, los órganos legitimados son la Cámara de Diputados o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Una sala declara la admisibilidad del requerimiento y el Tribunal Constitucional puede apreciar los hechos en conciencia.

El requerimiento “deberá contener: 1) La individualización del requirente; 2) La individualización del partido político, organización, movimiento, y de su representante legal, cuando corresponda, o persona afectada; 3) La relación de objetivos, actos o conductas que se consideren inconstitucionales de acuerdo a lo previsto en los incisos sexto y séptimo del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución Política, que se imputen a los partidos políticos, organizaciones, movimientos o personas afectadas, y 4) La indicación de las diligencias probatorias con que se pretende acreditar los hechos que se invocan” (artículo 130 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Sólo existe una causa promovida contra diferentes nominaciones del Movimiento Patria Nueva Sociedad que identifica a grupos neonazis chilenos que fue desestimada por el Tribunal Constitucional<sup>65</sup> porque ésta es una medida de *ultima ratio* que debe contemplarse en los casos más graves frente a amenazas o riesgos reales de peligro para el ordenamiento democrático y constitucional.

---

<sup>65</sup> STC 567.

## **5.2. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES, INCAPACIDADES Y CAUSALES DE CESACIÓN EN EL CARGO DE PARLAMENTARIO**

Existe un conjunto muy amplio de inhabilidades, incompatibilidades, incapacidades y causales de cesación en el cargo de parlamentario que se analizan en el apartado específico de las reglas relativas al estatuto personal del parlamentario. El Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre ellas incluida la renuncia del parlamentario “cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional” (inciso final del artículo 60 de la Constitución).

Bajo la Constitución de 1925, se trataba de una materia de competencia de las propias Cámaras del Congreso Nacional. Por supuesto, que ello implicaba un conjunto amplio de conflictos que exacerba más allá de una dinámica política común los dilemas sobre la pertenencia legítima al Congreso y si se había incurrido o no en una causal de inhabilidad. Atribuirlo como competencia al Tribunal Constitucional fue una fórmula para sustraerlo de una dinámica política negativa.

Los órganos legitimados para interponer el requerimiento son limitados al Presidente de la República o a diez parlamentarios en ejercicio, no importando que sean de la misma Cámara a la que pertenece el presunto infractor de la Constitución.

La tramitación legal de estos requerimiento se regula en el párrafo 12 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en un procedimiento común al de las inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado y que veremos a continuación.

## **5.3. INHABILIDADES DE MINISTRO DE ESTADO**

El Tribunal Constitucional debe “resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones” (artículo 93, N° 13, de la Constitución). Estas inhabilidades son previas, coetáneas o posteriores al nombramiento. Por ende, pueden ser siempre invocadas en caso de incumplimiento. Las inhabilidades constitucionales están identificadas con los requisitos para asumir el cargo de Ministro (artículo 34 de la Constitución) y las expresas incompatibilidades y prohibiciones que fueron agregadas por reforma constitucional, Ley N° 20.414 del 2010 y que aproximan estas normas con el estatuto parlamentario (artículo 37 bis de la Constitu-

ción). Junto a ellas están las inhabilidades propiamente legales y que se derivan del requisito para ser nombrado Ministro y que implica “reunir los requisitos generales de la Administración Pública” (artículo 34 de la Constitución en relación con los artículos 12 y 13 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo).

En cuanto al procedimiento, existe acción pública para requerir al Tribunal Constitucional. Una sala define la admisibilidad del requerimiento y los hechos los apreciará el Tribunal en conciencia.

El requerimiento “deberá contener: 1) La individualización de quien deduzca la acción, si se trata de las personas a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior (que ejercen la acción pública); 2) El nombre del Ministro de Estado o parlamentario a quien afecte el requerimiento, con indicación precisa de la causal de inhabilidad, incompatibilidad o cesación en el cargo que se invoca y de la norma constitucional o legal que la establece; 3) La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; 4) La enunciación precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal, y 5) La indicación de todas las diligencias probatorias con que se pretenda acreditar los hechos que se invocan, bajo sanción de no admitirse dichas diligencias si así no se hiciere” (artículo 119 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

#### **5.4. INHABILIDAD Y DIMISIÓN PRESIDENCIAL**

Se trata del ejercicio de una función consultiva del Tribunal Constitucional en donde éste cumple con la tarea de emitir un informe previo al Senado. La materia del informe corresponde a la apreciación en conciencia acerca de los casos de declaraciones de inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo, cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones o si los motivos que originan su dimisión en el cargo son fundados o no. En cualquier caso siempre corresponde al Senado declarar la inhabilidad o aceptar o rechazar la renuncia (artículo 53, N° 7, en relación con el artículo 93, N° 11, de la Constitución).

#### **5.5. CONTIENDAS DE COMPETENCIA**

Las contiendas de competencia son “los conflictos de competencias o atribuciones que se producen cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones,

afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes confieren a otros”<sup>66</sup>.

La Constitución define tres modalidades diferentes de contiendas que podríamos denominar: contiendas superiores de competencia correspondientes al Senado (artículos 53, N° 3, de la Constitución); contiendas inferiores de competencia atribuidas al Tribunal Constitucional (artículo 93, N° 12); y las cuestiones de competencia territorial (artículo 126) que definirá la ley. Las contiendas correspondientes al Tribunal Constitucional se definen negativamente como aquellas que no corresponden al Senado, por tanto, debe “resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales (no superiores) de justicia”. Corresponderá deducir el requerimiento a las propias autoridades o tribunales que promueven el conflicto. Los tribunales superiores de justicia son, específicamente, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, la Corte Naval y la Corte Marcial, siendo todos los demás, tribunales de justicia aquellos que no son superiores propiamente tales, siendo susceptibles de promover contiendas que podrán ser conocidas por el Tribunal Constitucional.

## 5.6. PLEBISCITO

Le corresponderá al Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones” (artículo 93, N° 5, de la Constitución).

Es materia del Tribunal Calificador de Elecciones el conocer de los plebiscitos, calificarlos, proclamar el resultado del plebiscito y comunicar el resultado del plebiscito nacional al Presidente de la República y del plebiscito comunal al alcalde respectivo (artículo 95 de la Constitución en relación con el artículo 9, literal c), de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones). Por tanto, la competencia del Tribunal Constitucional está estrictamente referida a la etapa previa de la convocatoria. Específicamente, “el requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas” (artículo 63 y 78,

---

<sup>66</sup> Eto Cruz, Gerardo (2011), *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano* (Lima, Injeduc, Editorial ADRUS, Tribunal Constitucional de Perú, 4ª Edición), p. 613.

inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Acentuando la dimensión formal “el requerimiento deberá indicar, además, si la cuestión se refiere a la procedencia de la consulta plebiscitaria, a su oportunidad o a los términos de la misma, precisando los aspectos específicos de la impugnación y su fundamento” (artículo 78, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Este requerimiento sólo puede promoverlo el Senado o la Cámara de Diputados y el “Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente” (artículo 93, N° 5, de la Constitución). Nunca se ha promovido un requerimiento respecto de un plebiscito.

----- & -----

En síntesis, el Tribunal Constitucional contiene un conjunto vasto de facultades que lo convierten en uno de los órganos de justicia constitucional más fuertes en el mundo. Esencialmente eso se produce por la intervención consecutiva en distintas fases del proceso de desarrollo de la ley, desde su génesis anterior a su configuración como tal hasta el control *a posteriori*, sea en sede de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad. Asimismo, sus competencias se extienden al control de actos jurídicos que no suelen ser objeto de examen constitucional como es el caso de los tratados internacionales o los auto acordados de los tribunales superiores de justicia. Por el lado, de su déficit de control hay una materia que está presente en muchas magistraturas constitucionales y que su inexistencia en Chile obedece a un débil esquema del poder regional y local. Me refiero a las atribuciones normativas de los gobiernos regionales y municipales. La doctrina ha advertido otras insuficiencias de control como el tema de los reglamentos parlamentarios. No obstante, muchas de sus atribuciones parecen hibernadas o administradas con una prudencia mayor para no acentuar el enorme peso de sus competencias. Desde este punto de vista, su activismo judicial se sitúa en una tendencia menor o básica, muy por debajo de otros ordenamientos constitucionales de la región latinoamericana o del mundo europeo asociado al control concentrado. En tal sentido, no existe una crisis de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que represente una explosión de causas. Más bien todo lo contrario, cuando pareció que se iba a producir un efecto mayor en la dimensión cuantitativa, como fueron los procesos vinculados a la determinación de los precios de los contratos de los planes privados de salud, la decisión de declaración de inconstitucionalidad de la STC 1710 más la reiteración uniforme de jurisprudencia

por un tiempo cercano a los nueve meses, terminó por reconducir los déficit de constitucionalidad de las modificaciones de los planes de la salud de las Isapres a donde se debe definir: la justicia ordinaria. Más allá del volumen anual de causas que parece significativo, medido en el fondo de los asuntos, las sentencias de significación constitucional se encuentran en una tasa inferior a las magistraturas constitucionales de relevancia.



## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA HONRA E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

---

### 6. CONSIDERACIONES INICIALES

El pluralismo se funda en el libre intercambio de ideas y opiniones de manera de propiciar debates públicos y vigorizados. Pero las democracias están muy lejos de una estructura de deliberación ideal. La política tiene muchas otras actividades que el mero intercambio de las ideas de dirección de una sociedad no logra eclipsar. De la misma manera, en la economía se está lejos de la búsqueda de la estructura de decisiones de un ser económicamente racional de la cual predicen los teóricos que quieren ver la acción del mercado como un ejercicio científico de libertades. Para ser claros puede que la dimensión menos presente sea la deliberación política o económica. La circulación de las opiniones se ha potenciado con el desarrollo de nuevas tecnologías y sus reglas informales de uso tienden a disminuir la reflexión articulada, elaborada y metódicamente expresada. Los instrumentos alientan la frase ligera, la cuña y la representación de ideas mínimas. La densidad conceptual puede alcanzarse en una síntesis, pero la experiencia de millones de personas cotidianamente demuestra que el denuesto y el insulto es un ejercicio en donde se combina la síntesis, la lucha verbal y el triunfo ligero en una competencia de demolición. Las técnicas intrusivas sobre la vida privada son tan accesibles que nunca en la historia ésta había estado tan expuesta sin saberlo. Tenemos por resultado, un conjunto de personas que diariamente puede sufrir en carne propia las humillaciones verbales por sus actos, sus dichos o simplemente por su manera de ser. Y es ahí donde el honor y la honra golpean sistemáticamente la puerta del derecho para reivindicar una dignidad humana mancillada. ¿Puede colegirse de este

proceso que la restauración de la honra tenga un contenido monetario? ¿Qué es lo que vive una persona expuesta a ataques que estima injuriosos y que lo llevan a actuar? Y si hay verdad completa o a medias detrás de esas expresiones, ¿hasta dónde debe protegerlas el derecho? Es lo mismo que sufrió Christoph Daum, entrenador de la selección alemana de fútbol a que “durante días negó todo consumo de drogas y rechazó la idea de someterse a cualquier tipo de prueba. Sin embargo, súbitamente y sin que mediara influencia externa, anunció que se había sometido a un análisis capilar que demostraría su inocencia. Eso marcaría el final de su carrera como técnico de la selección de fútbol alemana antes de haber comenzado”<sup>67</sup>. Hay ciertas búsquedas de personas que están enfrentados a presiones externas que afectan su honor a intentar un camino de reivindicación, de salir adelante mediante un acto de liberación. Un triunfo judicial que desmienta la acusación, una indemnización que pare la sangría y que restituya las condiciones previas. Todo parece una estrategia en medio de un túnel. Pero esa honra, ¿cuán expuesta estuvo? ¿existe una esfera de daño real que lo acredite? Existe plena convicción que un ataque al honor dependerá del lado desde dónde se mire. Los periodistas sostienen que es de muy poca importancia el efecto de una nota en particular. Pero para la persona que es objeto de la misma, asume que su alcance es devastador y que ha perdido el control de su imagen. Daum fue objeto de múltiples publicaciones y su honorabilidad estaba en entredicho por una amplia “campana” en su contra. ¿Tendrá relevancia la cantidad de supuestos ataques, del volumen de las afirmaciones injuriosas y del efecto público de las mismas? Y si sobreprotegemos el honor, ¿quién paga la cuenta de afectación de las libertades informativas? Detrás de estas preguntas, debe haber respuestas que permitan desarrollar una síntesis razonable de los bienes jurídicos en juego de tal manera que las indemnizaciones debidas obedezcan a una rigurosa cadena de reflexiones. Algo de esto es aquello de lo que trata esta discusión jurídica.

### **6.1. LA DIVERSA NATURALEZA DEL JUICIO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD**

El Tribunal Constitucional ha declarado inaplicable por inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil, entre otros casos, en los casos Roles 1185, 1419, 1463, 1679 y 1741.

<sup>67</sup> Kepplinger, Hans Mathias (2005), *Un escándalo es un escándalo, cuando lo que queda en el camino es el honor*. En *Diálogo político* (Argentina, Ciudadanos, medios y política, 1, Fundación Konrad Adenauer), p. 101.

Este artículo señala lo siguiente: **“Art. 2331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”**.

El juicio de inaplicabilidad es sustancialmente diferente con el juicio de inconstitucionalidad de la ley, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal.

No es del caso reiterar el conjunto amplio de razones por las cuales el propio Tribunal Constitucional ha entendido que debe ponderar de manera diferente el juicio de inaplicabilidad respecto del de constitucionalidad. Entre otras cuestiones están en juego los principios de separación de poderes; de deferencia al legislador; de autonomía del legislador; de presunción de constitucionalidad de la ley; de interpretación conforme a la Constitución; de expulsión del ordenamiento jurídico como última razón del ordenamiento constitucional para la defensa de la supremacía de la Ley Fundamental; de efectos jurídicos menos perniciosos que la permanencia de la norma cuestionada en el ordenamiento jurídico. En síntesis, se le reconoce el pleno valor que la jurisdicción constitucional tiene en el Estado Constitucional de Derecho y en el Régimen Democrático.

## **6.2. INEXISTENCIA DE AUTÉNTICAS COLISIONES PREVIAS ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA HONRA**

Que todas las razones concurrentes en un juicio de inaplicabilidad, máxime si son referidas a la estimación del honor de personas concretas en circunstancias determinadas de afectación de sus derechos fundamentales, no llevan necesariamente a la definición de la inconstitucionalidad de la norma aludida. Particular importancia tiene el hecho que los casos de inaplicabilidad no han estado en lo esencial, referidos a una particular afectación del derecho a la honra por actos propios de periodistas en el ejercicio de la libertad de información.

Por lo tanto, si bien se cumple procesalmente con la idea de que sí existen declaraciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad previas, no existe ningún caso en que ello se realice en una auténtica colisión de derechos entre la libertad de información y el derecho a la honra.

Muchos de los casos planteados constituyen auténticos conflictos entre privados y donde el medio periodístico no ha sido el eje fundamental

del problema al punto que el examen de inaplicabilidad, en la práctica, no realizó una auténtica ponderación concreta de derechos fundamentales y sí una interpretación abstracta.

Esto último es más complejo puesto si bien hemos mencionado las diferencias entre ambos tipos de juicios, resulta evidente que algún tipo de examen abstracto de la norma se ha hecho por parte del Excmo. Tribunal Constitucional, en donde no ha habido una real determinación de los alcances del artículo 2331 del Código Civil en el ámbito o contenido protegido por la libertad de información.

### **6.3. EL NÚCLEO DEL ALEGATO PRO CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL**

Por lo tanto, sostendremos que los efectos de declarar la inconstitucionalidad del artículo 2331 sí puede tener efectos mucho más complejos para el ordenamiento jurídico puesto que puede limitar severamente uno de los pilares del régimen democrático cual es la libertad de expresión.

Este planteamiento se hace desde la experiencia de la investigación periodística en profundidad y no desde la abstracta consideración del derecho al honor y a la imagen de las personas. Declarar la inconstitucionalidad de esta norma genera incentivos a favor de la “industria de las indemnizaciones”. Es levantar el dique que permite alguna contención de la presión e influencia inhibitoria del poder económico en una sociedad como la chilena.

Si hay inconstitucionalidad se produciría una desproporción en la determinación del derecho fundamental a la honra que puede terminar por debilitar los fundamentos del pluralismo democrático, según explicaremos, y dejar el debate libre de las ideas al amparo de los “factores reales de poder” –como diría Ferdinand Lasalle<sup>68</sup>. Lo anterior, se traduciría en el reconocimiento del poder disuasivo que tiene la herramienta de las altas indemnizaciones por el voluble e indeterminado concepto del “daño moral”. Su autorización haría dócil la prensa frente a los poderosos, dañaría el sentido profundo de la teoría de los derechos fundamentales como la “ley del más débil” en la famosa expresión

<sup>68</sup> “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”. Lasalle, Ferdinand (1978), *¿Qué es una constitución?* (Barcelona, Ediciones Júcar), pp. 35-36.

de Luigi Ferrajoli<sup>69</sup> y permitiría que los centros independientes de investigación no pudiesen llegar al núcleo de la libertad de información cuál es la búsqueda de la verdad, comprobada, verificable y solventada en un conjunto amplio de procedimientos que le permiten defender su corrección en su determinación. En último término, esta norma protege el contenido esencial de la libertad de información cual es la búsqueda de la verdad y su ausencia infringiría un daño a la libertad de información puesto que ni aún la verdad podría ser un impedimento al cobro de indemnizaciones por daño moral.

Esto último es clave. Es muy diferente verificar que, en un caso concreto, ceda el contenido de verdad circunstancialmente a favor de la protección de la honra de una persona determinada, a sostener que no existe el contenido de la verdad o veracidad en la esencia o núcleo de la libertad de información reconocida por el ordenamiento constitucional en el artículo 19, N° 12, de la Constitución. A nuestro juicio es indudable la exigencia del deber de veracidad, asunto que ha sido reforzada por el derecho de rectificación, entendida justamente como “el ejercicio de la facultad de de difusión para esclarecer la verdad”<sup>70</sup>.

Por supuesto que lo anterior, no importa desconocer el valor de la honra en el ejercicio de las libertades públicas. Todo lo contrario, este es un derecho rodeado de un conjunto de garantías dentro de las cuales se inserta esta reducción del contenido pero que no es tan rotunda ni afecta el contenido esencial como parecen referir los primeros fallos del Tribunal Constitucional en la materia.

Por lo mismo, sugeriremos una interpretación del artículo 2331 del Código Civil conforme a la Constitución y, por tanto, acotada a sus supuestos normativos relativos al derecho a la honra y no abarcable a otros ámbitos del derecho al respeto a la vida privada. Esta aproximación salvaguarda amplias hipótesis de protección de aspectos de la vida privada susceptibles de todo tipo de indemnizaciones y deja a salvo la libertad de información como derecho preferente en una democracia.

A continuación profundizaremos los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales de nuestra argumentación.

---

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi (1999), *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Trotta).

<sup>70</sup> Cremades, Javier (1995), *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español* (Madrid, La Ley), p. 256.

## 7. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

### 7.1. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

El artículo 19, N° 26, de la Constitución, asegura a todas las personas 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”.

Este numeral, cuyos orígenes se remontan al artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn alemana y el artículo 53 de la Constitución española de 1978<sup>71</sup>, consagra la institución de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, elemento nuclear en la teoría de los límites a los mismos.

Esta norma fija la relación entre la Constitución y el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, y cómo, el legislador democrático, no obstante ejercer la soberanía de conformidad al artículo 5º no puede vulnerar el contenido constitucional de los derechos. De esta forma hay diferenciación jerárquica sustancial y formal entre la norma constitucional y legal.

La garantía del contenido esencial es expresión y tutela del límite a la soberanía. El artículo 5º de la Constitución Política de la República dispone que el ejercicio de la soberanía “reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, de manera que la facultad de autodeterminación no puede afectar la garantía normativa de la consagración de los derechos en la Constitución Política de la República, y la existencia de una esencialidad de éstos.

La norma constitucional establece que los derechos tienen determinados mínimos sustanciales e identificatorios (fijado por el enunciado normativo y la labor hermenéutica de la justicia constitucional) y, a partir de este núcleo esencial, el legislador goza de una amplia libertad configuradora de los derechos<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (2002), *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición), p. 327.

<sup>72</sup> Sobre la materia ver García Pino, Gonzalo (2000), *La garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales en el derecho constitucional comparado: los casos de Alemania, Portugal, España y Chile*. En *Persona y Sociedad* (Santiago, Volumen XIV, N° 3, Universidad Alberto Hurtado).

## 7.2. EL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales en un sentido amplio abarcan, tanto el contenido constitucional como el desarrollo o regulación legislativa, de modo que un derecho puede ser ampliamente regulado por la norma legal. Esto es clave en el caso en comento, ya que se deberá escudriñar si la regulación civil (regulación de los derechos fundamentales en definitiva) se indispone al contenido constitucional de los derechos.

La norma del numeral 26 del artículo 19 establece que los derechos pueden ser: a) regulados; b) complementados; o c) limitados. Se dispuso de una triple posibilidad expansiva (concurrentes conjunta o separadamente) de relación entre la ley y los derechos fundamentales, pero disponiendo que en cualquier de estas tres posibilidades, el legislador no puede vulnerar la esencia del derecho, ni imponer “condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Ello da pie a cuatro posibles reservas legales, dependiendo el grado de la intervención sobre el derecho fundamental: regulatorias, complementarias, limitativas o prohibitivas<sup>73</sup>.

Se parte reconociendo la no privación de los derechos fundamentales, y disponiendo únicamente que su ejercicio no puede ser “impedido”, es decir, la titularidad universal e inalienable es propia de la garantía del contenido esencial, y su ordenación se refiere a aquellas acciones legislativas que regular o normas su ejercicio, las cuales no pueden dejar sin ejecución concreta un derecho.

## 7.3. EL LÍMITE DE LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se establece una diferenciación entre limitar e impedir, cuestión central en el debate constitucional objeto del requerimiento, pues lo que la garantía normativa del contenido esencial veda es que la regulación legal imposibilite o reprima la acción de un derecho, no que éste sea regulado, normado e incluso restringido, pero, en este último caso, no más allá de su ordenación constitucional mínima e infranqueable.

La regulación se refiere al desarrollo de los derechos y su ordenación hacia una esfera o materia específica, así, por ejemplo, el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de su derecho se regula en detalle en los códigos procesales civil y particularmente el penal.

---

<sup>73</sup> García Pino, Gonzalo (2004), *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 5), pp. 172 y siguientes.

La complementariedad se relaciona con la posibilidad que el legislador democrático adicione el contenido constitucional, caso típico, el código civil con relación al estatuto de propiedad constitucional. Finalmente, la Constitución Política de la República permite que el legislador “limite” o restrinja los derechos fundamentales por medio de la ley. Esta última hipótesis es la más compleja en razón que el alcance de la limitación puede conllevar una regulación vulneradora de la naturaleza jurídica del derecho o simplemente una vulneración por la vía de establecer limitaciones, requisitos o condiciones al ejercicio de los derechos. Hay casos complejos donde hay una línea gris entre regulación legal y la veda del ejercicio, que tienen más de despojo de derechos que de restricción.

Es decir, la Constitución Política de la República dispone de una regla que permite que el legislador se sitúe en una serie de hipótesis en el desarrollo o complemento de los derechos y que conlleven una restricción al contenido de éstos, las cuales pueden concurrir conjunta o separadamente.

Ahora bien, lo buscado por la Constitución es que las restricciones que el legislador pueda establecer a los derechos (clásico ejemplo de las restricciones a la libertad de locomoción por las normas de tránsito), no afecte el contenido esencial de los derechos.

La Constitución no explicita qué debe entenderse o cómo se configura constitucionalmente esta garantía de indisponibilidad legislativa, sino que únicamente establece aquella como impedimento al legislador.

La normación de los derechos por vía legal (regular, complementar o limitar) reconoce el contenido abierto e indeterminados de las normas constitucionales, y en particular de derechos fundamentales, y la necesidad de fijar un contenido de orden constitucional a cada uno de esos enunciados abiertos a la judicatura, ello, por cuanto, la consagración constitucional de los derechos se instituye como la principal garantía normativa frente al ejercicio de autodeterminación del poder legislativo.

#### **7.4. LA DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS**

Se reconoce que los derechos tienen una esencia, pero no estableció el contenido de esa esencia o elementos definitorios del derecho, por lo que la CPR se allana a que debe ser un tercero ajeno al constituyente y al legislador el que deba establecer el contenido de esos derechos. Es así, como la justicia constitucional es la que va construyendo para cada derecho el núcleo mínimo definitorio.

La garantía del contenido esencial les confiere a los derechos una preexistencia al legislador, pues, ésta existe aún en ausencia de intervención del órgano legislativo. Al constituir los derechos fundamentales en Constitución material, son anteriores a la ley, y por ende ésta debe someterse a los parámetros formales y sustanciales de la Constitución Política de la República (artículo 6, inciso primero, Constitución Política de la República).

El Tribunal Constitucional Español ha definido lo que debe entenderse por el contenido esencial de los derechos fundamentales. La STC 11/1981, en un asunto relativo al derecho a huelga, indicó que para la determinación del contenido esencial de un derecho existen dos vías.

La primera, que busca el contenido esencial en la naturaleza jurídica o en el modo de concebir cada derecho. Se debe efectuar relaciones entre los enunciados normativos que describe la constitución con las “ideas generalizadas y convicciones generalmente aceptadas entre los juristas, jueces y, en general, los especialistas del derecho”. La conceptualización abstracta del derecho precede a su concreción legislativa, pudiendo reconocerse ese tipo abstracto en una normativa legal concreta, constituyendo el contenido esencial del derecho **“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”**.

El segundo camino para la definición de este límite al legislador, es recurriendo al “interés jurídicamente protegido, como núcleo o medula de los derechos subjetivos”, siendo el contenido esencial de un derecho **“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”**<sup>74</sup>.

A partir de esta sentencia que fija una metodología abstracta para la determinación del contenido concreto, el TC español ha prescrito el contenido esencial de los derechos en cada caso particular bajo el amparo de tales conceptualizaciones, adoptando un “método híbrido” de determinación.

El Tribunal Constitucional chileno, tempranamente dispuso en su Sentencia 43/1987, Considerando 21º, siguiendo la primera vía española: “la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea

---

<sup>74</sup> STC español 11/1981, fundamento jurídico 8º.

entendido por todos y no solo por los estudiosos de la ciencia jurídica. **Desde esta perspectiva, debemos entender 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 entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.**

Así, el contenido esencial de los derechos se instituye como un límite absoluto, una última barrera de protección del derecho frente a su regulación legal, fijando un contenido resistente a toda restricción del legislador y no relativizable<sup>75</sup>.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por contenido esencial de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar complementarios, de modo que pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que, por una u otra vía, puede llegarse.

Con estas dos tesis identificadas para verificar la afectación del contenido esencial, la de la naturaleza jurídica de los derechos y la de los intereses jurídicamente protegidos, descubriremos cómo en este caso se afecta la esencia de los derechos fundamentales.

El contenido esencial lo podemos determinar a juicio jurisprudencial de la siguiente manera: a) primeramente mediante el examen de enunciado normativo; b) la construcción en abstracto del contenido de los derechos, lo cual se obtiene por: b.1) la determinación de la idea de derecho de juristas y jueces; b.2) la determinación de las aptitudes del derecho que lo hagan reconocible (si falta alguna de ella se desnaturaliza); y b.3) la determinación de la parte del contenido del derecho que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos resulten tutelados.

En otros términos, se busca proteger y resguardar una esfera de autonomía la cual no sea impedida en su “libre ejercicio” y que sea “reconocida en cuanto tal”. Existe una medida fija que tiene un carácter constitutivo en el sentido que **cada derecho fundamental contiene un mínimo, estable e inafectable, “con la consecuencia de que, en caso de ser infringido dicho mínimo por una decisión legislativa de desarrollo normativo, se produce una declaración de inconstitucionalidad de dicha decisión.** Este núcleo está constituido por los elementos típicos

<sup>75</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos (1994), *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

que configuran el derecho fundamental, lo cual implica concurrir a argumentaciones extracontextuales para su determinación. **El contenido es afectado cuando perjudicada alguna de sus propiedades esenciales a través de una ley**<sup>76</sup>.

### 7.5. LA LEY COMO LÍMITE EXTERNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La ley se instituye en materia de derechos fundamentales desde una doble perspectiva: a) como una garantía, b) como un límite externo. Como una garantía, en razón que será el legislador democrático y producto de la deliberación pública el que determinará la regulación, complemento y límite a los derechos.

El debate y las posiciones mayoritarias con respecto a las minorías son las que fijarán la extensión infra constitucional de éstos. Además, que sea el legislador democrático, dispone que una norma de la más alta jerarquía la que regula en concreto y extensivamente el contenido de los derechos fundamentales. El ordenamiento jurídico asegura a las personas que sus derechos sólo podrán ser regulados, complementados o limitados por la norma inmediatamente inferior a la Constitución Política de la República.

Esto conlleva la irrenunciabilidad de la regulación legal por parte del legislador, de modo que cualquier habilitación de la ley a un órgano del Estado para regular en concreto un derecho, conllevará una vulneración a los derechos.

Los derechos fundamentales pueden ser regulados sin que por ello pierdan su fundamentalidad, es decir, su indisponibilidad para el legislador. La regulación infra constitucional no puede ser tan intensa o extensa como para poner en juicio la existencia del derecho en el ordenamiento, de manera que “la intervención de un tercero en el ámbito del derecho fundamental siempre sea conforme al contenido abstracto con el que la Constitución le ha dotado”<sup>77</sup>.

La indisponibilidad de los derechos conlleva también lo que el Tribunal Constitucional español a denominado “derecho al rango”, es decir, la imposición que las intervenciones legislativas a los derechos fundamentales deben respetar el rango (tipo de ley) y el procedimiento de elaboración de normas que la Constitución establece<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 270.

<sup>77</sup> Bastida Freijedo, Francisco *et al.* (2004), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid, Editorial Tecnos), p. 151.

<sup>78</sup> STC español 140/1986 fundamento jurídico 6°.

Esta normativa del Código Civil, en donde puede haber afectación del contenido esencial de los derechos, se ha de precisar en la práctica si el derecho verdaderamente amagado no sería el de la honra como se ha presentado sino que la libertad de información, según veremos al final de este capítulo.

## 8. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 8.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN.

#### LA DOBLE VERTIENTE SUBJETIVA Y OBJETIVA DE ESTAS LIBERTADES

Probablemente la libertad de expresión encuentra su mejor fundamento no en la dimensión individual sino que en su expresión social. No sólo porque se trata de un derecho de comunicación y, por ende, eminentemente social, sino porque aborda mejor que nadie la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Y en eso están de acuerdo autores desde la perspectiva liberal como Jean Rivero<sup>79</sup>, la perspectiva comunitarista como Peter Haberle<sup>80</sup> o la perspectiva desde la teoría democrática como Owen Fiss<sup>81</sup>. O dicho de otra manera, juristas franceses, alemanes y estadounidenses concurren desde diversas filosofías al amplio reconocimiento de la libertad de información como manifestación de la libertad de expresión.

Por lo demás, esta tesis viene de antiguo en orden a reconocer que “los derechos subjetivos privados pueden, al mismo tiempo, ser medios para cumplir funciones sociales”<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Rivero destaca la complejidad de la libertad de prensa por la multiplicidad de actividades que la prensa moviliza. Ello lleva a preguntarse por el objeto preciso de esa libertad, la diversidad de las personas concernidas, el problema de la titularidad de la libertad de prensa así como la evolución tecnológica de las amenazas sobre la libertad que viene a cuestionar los modos de protección de esta libertad. Por lo mismo, la dimensión individual resulta ampliamente superada. Rivero, Jean (1977), *Les libertés publiques*, (Thémis, Presses universitaires de France), p. 215.

<sup>80</sup> “Una libertad de opinión que no estuviera protegida por leyes penales aptas para prevenir ofensas u otros abusos, perdería su carácter constitutivo”. Haberle, Peter (1997), *La libertad fundamental en el Estado constitucional* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú), p. 67.

<sup>81</sup> “El propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva”. Fiss, Owen (1997), *Libertad de expresión y estructura social* (Traducción de Jorge Malem, Fontamara, México D.F.), p. 23.

<sup>82</sup> Gierke en Haberle, Peter (1997), *La libertad fundamental en el Estado constitucional* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú), p. 61.

La función social que cumple la libertad de expresión es consustancial a la teoría de los derechos fundamentales porque la libertad de expresión tiene relaciones de recíproco condicionamiento con otras libertades o derechos. Así, aún antes que la libertad de expresión está la libertad de conciencia que permite configurar con libertad las opiniones. Y éstas a su vez, están en la base de la participación, la asociación, la libertad religiosa, la reunión y el compromiso ciudadano mediante opiniones fundadas y libremente adquiridas.

Si existiera una versión que pusiera énfasis sólo en la dimensión individual de la libertad de expresión, la vida en sociedad perdería valor y la conjunción del debate público hacia la obtención de metas colectivas o del bien común se dañaría. Por lo mismo, la dimensión libertaria es una teoría que “es incapaz de explicar por qué los intereses de quienes se expresan deben tener prioridad sobre los intereses de los individuos acerca de los cuales se discute, o los intereses de quienes escuchan, cuando aquéllos entran en conflicto con éstos”<sup>83</sup>.

## 8.2. EL NÚCLEO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La construcción constitucional de la libertad de expresión está ordenada en el numeral 12 del artículo 19. Éste se estructura desde dos niveles. Primeramente, uno de carácter general, consagrando la libertad de opinión e información, para luego disponer una tratativa particularizada con relación a los medios de comunicación social. De igual manera, y para un correcto examen de este derecho-libertad, sólo es posible vislumbrarlo correctamente con su ligazón directa e inalienable con el principio democrático del artículo 4º de la Constitución, siendo la libertad nuclear de este régimen político.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta relación directa entre libertad de expresión y democracia y ha reflejado los alcances de esta libertad en la Sentencia Nº 567/2010.

## 8.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PILAR DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

El modelo constitucional chileno consagró en su artículo 4º el régimen democrático (“Chile es una república democrática”). No estableció, a diferencia de la Constitución de 1925, expresamente el régimen democrático representativo como modelo constitucional, pero a lo largo de sus

---

<sup>83</sup> Fiss, Owen (1999), *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona, Gedisa, 1ª Edición), p. 13.

preceptos normativos, podemos afirmar la consagración primaria del modelo democrático representativo.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta relación directa entre libertad de expresión y democracia. En la Sentencia N° 567/2010 en su considerando jurídico 32 expresó:

“Que la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el **debate de ideas**, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada;”

Lo anterior es clave por cuanto la democracia, libertad de expresión se vinculan a un valor clave en los Estados constitucionales moderno: el valor del pluralismo, el cual permite la libre circulación de todas las ideas, aunque éstas sean antagónicas entre sí e incluso con la institucionalidad constitucional.

La aceptación de una sociedad diversa conlleva que la consagración y la tutela de tales puntos de vista diversos, correspondiendo al Estado garantizar tales derechos. Es así que el inciso 2° del artículo 5 dispone que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (derechos esenciales), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. La sociedad libre y democrática exige al Estado un rol de garante de la libre concurrencia de ideas y de las formas o vías por las cuales éstas se expresan, de manera que la libertad de expresión como derecho de libertad no sólo exige la inhibición del Estado sino su concurrencia en todo aquello que sea necesario para la realización de tal libertad, y con ello profundizar el régimen democrático.

El modelo democrático chileno es esencialmente representativo (la democracia directa es residual). Nos basamos en el modelo propuesto por el politólogo Robert Dahl denominado poliarquía, seguida por el propio TC:

“Se da forma así al concepto de poliarquía que según Robert Dahl (Democracy and its critics, 1989) apunta a un sistema en que el poder se encuentra distribuido entre varias instituciones y grupos. Es una materialización del pluralismo”

La estructura dahliana<sup>84</sup> se vincula directamente con la libertad de expresión. En su propuesta establece como instituciones básicas del gobierno democrático representativo las siguientes:

---

<sup>84</sup> Dahl, Robert (1998), *La democracia* (Editorial Taurus), pp. 97-115.

1. Cargos públicos electos.
2. Elecciones libres, imparciales y frecuentes.
3. **Libertad de expresión.**
4. **Acceso a fuentes alternativas de información.**
5. Derecho y libertad de asociación (autonomía de las asociaciones).
6. El derecho a competir por los cargos públicos.
7. Ciudadanía inclusiva (sufragio universal).

De esta manera, no es posible concebir o hablar de una sociedad democrática, sino con la libertad de expresión en su doble esfera mínima: la libertad de expresión (en Chile de opinión e información) y el derecho de acceso a la información (como parte del derecho a la información), imponiéndole al Estado el imperativo de promoción y tutela.

#### 8.4. DEMOCRACIA EN EL MARCO DEL PLURALISMO

La democracia y libertad de expresión están vinculadas por el valor del pluralismo. Éste no es sólo político, como lo dispone el artículo 19, Nº 15, inciso sexto (“La Constitución garantiza el pluralismo político”), sino de toda índole (ideológico, religioso, social etc...). De esta forma, la democracia, pluralismo y libertad de expresión están íntimamente vinculados, por cuanto es un elemento nuclear en las sociedades democráticas, donde todos los actores sociales en razón de la procedencia pluralista, pueden expresar todo tipo de opiniones o dar a conocer todo tipo de informaciones, teniendo como límite la comisión de delitos o el abuso del ejercicio del derecho (inciso primero del artículo 19, Nº 12).

Expresa el TC en la STC 567/2010, cons. 22:

**“Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia.** El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. **Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica.** En este sentido, es posible afirmar que **“la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen,** por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento”.

De esta manera, el asunto sometido al Tribunal debe ser examinado teniendo presente la relación e interconexión entre principio democrático y libertad de expresión, quedando vedada cualquier acción estatal que tenga por finalidad directa o derivada la inhibición del pluralismo.

Es evidente que el derecho a la información está estructurado como un derecho “en cualquier forma y por cualquier medio”. Y dentro de los medios de comunicación social el de mayor alcance y significación que la Constitución le ha otorgado es, por lejos, a la televisión.

La regulación de este medio está sometida a tal densidad normativa porque su vínculo a libertades esenciales es una cuestión que puede afectar estructuralmente el edificio democrático, la sensibilidad religiosa, la opinión de la calle o el pluralismo de la representación política. Una asignación administrativa de canales de televisión es una cuestión que ha prohibido el ordenamiento porque supondría dejar en manos del Estado la asignación de cuotas de pluralismo, de sobrerrepresentación de voces más fuertes que otras y la construcción de minorías, medianías o mayorías silenciadas. El ordenamiento constitucional frente a la posibilidad de este riesgo supone un ejercicio activo que enerve este peligro.

La dimensión objetiva más destacable de la libertad de expresión reside en ser esencial para la construcción del sistema democrático y republicano. “La expresión de opiniones adquiere un valor tan importante en la Constitución, no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva. La democracia permite a la gente el modo de vida que desea llevar y presupone que esta elección se hace en el contexto de un debate público que es, por usar la ya famosa fórmula del Juez Brennan, desinhibido, vigoroso y abierto”<sup>85</sup>.

La democracia y la libertad de expresión son los dos extremos de un mismo movimiento de derechos fundamentales. Uno es la precondition del otro. No es posible solventar una democracia con contenidos deliberativos, con participación ciudadana, con convicción respecto de la definición de un horizonte de dirección política, social y económica sin garantizar categóricamente la libertad de expresión.

La democracia y libertad de expresión están vinculadas por el valor del pluralismo. Éste no es sólo político, como lo dispone el artículo 19, Nº 15, inciso sexto (“La Constitución garantiza el pluralismo político”), sino de toda índole (ideológico, religioso, social etc...). De esta forma, la democracia, pluralismo y libertad de expresión están íntimamente

---

<sup>85</sup> Fiss, Owen, Op. Cit., pp. 13-14.

vinculados, por cuanto es un elemento nuclear en las sociedades democráticas, donde todos los actores sociales en razón de la procedencia pluralista, pueden expresar todo tipo de opiniones o dar a conocer todo tipo de informaciones, teniendo como límite la comisión de delitos o el abuso del ejercicio del derecho (inciso primero del artículo 19, N<sup>o</sup> 12).

De esta manera, el asunto sometido al Tribunal debe ser examinado teniendo presente la relación e interconexión entre principio democrático y libertad de expresión, quedando vedada cualquier acción estatal que tenga por finalidad directa o derivada la inhibición del pluralismo.

### **8.5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO DE PREFERENCIA CONDICIONADA**

La autodeterminación colectiva tiene consecuencias políticas, pero, en este caso, básicamente jurídicas, puesto que induce a la reconstrucción de los equilibrios en donde se asienta el edificio constitucional otorgándole una prioridad específica a esta libertad.

Esta prioridad no es definitiva es sólo tendencial. En el punto de partida se ha de preferir prioritariamente aquella interpretación que maximice el desarrollo de la libertad de expresión frente a restricciones que la limiten. Sin embargo, tal prioridad está lejos de ser definitiva. En la dimensión concreta de un caso se puede revertir esta tendencia, porque no nos situamos frente a una jerarquía preestablecida de derechos fundamentales. Tampoco se presupone una interpretación funcional de los derechos fundamentales que termina por anular la dimensión subjetiva de la libertad de expresión. Todo lo contrario, el desafío interpretativo es el reconocimiento de ambos derechos pero en donde la libertad de información tiene un valor prevalente. Por lo demás, esta fórmula interpretativa viene a recoger evoluciones históricas que otros ordenamientos han tenido en conflictos similares. A modo de ejemplo, en España tenemos tres épocas marcadas por la prevalencia del derecho al honor que vino a ser interrumpida por una sentencia del Tribunal Constitucional que estableció la dimensión institucional de los derechos de libre comunicación (STC español 104/86). Finalmente, se ha asentado la posición preferente de las libertades de expresión y de información frente a los derechos de personalidad, en la medida que el ejercicio de estas libertades sea legítimo y se desenvuelva dentro de su contenido constitucionalmente protegido<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Ver esta evolución en Fernández Esteban, María Luisa (1998), *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales* (Mc Graw Hill, Madrid), pp. 122-124.

Sin embargo, aquí es donde hay que hacer una distinción en el sentido, que la libertad de expresión o como dice nuestro texto constitucional, la libertad de opinión tiene una dimensión menos prevalente que la que proviene de la libertad de información. Lo anterior, porque ésta está revestida de un papel y una función que no es sólo un derecho ciudadano sino que una responsabilidad social de los medios de comunicación. El diferente estatuto de la opinión respecto de la información corrige hacia un punto de equilibrio imperfecto el posible conflicto con el honor o el respeto a la vida privada. La mayor densidad de una información orientada por la veracidad y la trascendencia pública fortalecen la prevalencia en su favor. En cambio, la opinión, estimada como un juicio más ligero y con un fundamento variable, posibilita que esta tendencia protectora de la libertad de expresión se mantenga pero disminuida en su alcance proyectivo.

**8.6. CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA PREVALENCIA:  
INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
Y RESTRICTIVA DE SUS LIMITACIONES.**

La prevalencia de un derecho tiene por consecuencia un modo de entender la aplicación del derecho a la honra como un límite de las libertades de opinión y de información.

Lo anterior, no excluye los contenidos propios del derecho a la honra sino que simplemente extiende la proyección de sus contenidos *prima facie* hasta donde regularmente constituirá un límite y éste, usualmente, serán las libertades aludidas.

Por lo demás, esa es la experiencia que se deriva del Derecho Comparado situado en perspectivas similares. En un caso sobre el cual volveremos más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Lingens señaló que “estos principios son especialmente importantes para la prensa. No debe ésta pasar los límites establecidos singularmente para la protección de la fama ajena; le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene derecho de recibirlas”<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> Sentencia Lingens, apartado 46, del TEDH en Ortega Gutiérrez, David (1999), *Derecho a la información versus derecho al honor* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), p. 90.

## 8.7. FUNDAMENTOS DE HISTORIA CONSTITUCIONAL Y CIVIL CHILENA PARA LA PREVALENCIA DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. ¿EXISTE ESA PREVALENCIA EN EL DERECHO CHILENO?

Lo primero que vamos a revisar, por un asunto evidente no es la historia de la ley del desarrollo del artículo 2331 del Código Civil sino que, más bien, el contexto en el cual se estableció ese artículo.

Nuestra legislación provenía de España en un ambiente de densa regulación de la libertad de imprenta y de expresión. Entre ellas, estaban tipificadas un conjunto amplio de modalidades de injurias. Así por ejemplo, quién dijere de otro podrido de cabeza sin serlo; tiñoso o gotoso; quién dijere de otro bizco, toposo o desollado no siéndolo; el que llamare a otro circunciso o señalado y no lo fuere, etc.<sup>88</sup>.

Muchas de estas expresiones se redujeron pero mantuvieron esencialmente en las figuras de injurias y calumnias en el Código Penal de 1875.

Pero antes de ello, se promulga el Código Civil en el contexto de la Constitución de 1833. Esta Constitución “reconoció la libertad de prensa, prohibió la censura previa y estableció que los abusos que se cometieran en el ejercicio de esta libertad serían juzgados por el sistema de jurados. (...) La organización del Jurado de Imprenta de Chile se rigió por una ley de 17 de Septiembre de 1872. Esta ley que rigió hasta 1925 dio muy malos resultados, pudiendo decirse que dejó impunes durante toda su vigencia la calumnia y la difamación que se ejercía por la prensa”<sup>89</sup>.

Sobre este punto no hay dudas, Alejandro Silva Bascuñán sostiene que “la Constitución de 1833 sólo permitía la sanción de los abusos que se cometieran en el ejercicio de la libertad, y las leyes dictadas durante su imperio castigaban tales abusos con multas insignificantes que vinieron a consagrar el más irrestricto y licencioso sistema”<sup>90</sup>. Agrega que adicionalmente la primera ley sobre el sistema de jurados para la libertad de imprenta era de 1842.

No obstante, el Constituyente de 1833 y Andrés Bello en el Código Civil plasmaron una defensa de la libertad de expresión que no podía ser de otra manera viniendo de un lingüista, literato, periodista y jurista.

<sup>88</sup> Ruiz-Tagle, Pablo (2002), *Derecho, justicia y libertad* (México, D.F., Fontamara, 1ª Edición), p. 140.

<sup>89</sup> Amunátegui, Gabriel (1943), *Derecho constitucional* (Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, 2ª Edición, Galcón), p. 105.

<sup>90</sup> Silva Bascuñán, Alejandro (1963), *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II, p. 237.

Era evidente que se plasmó un derecho preferente en el marco de una sociedad cada vez más liberal.

Pero existía en el mundo liberal un clima ambiguo, de fuertes ciclos de transición entre un período histórico que concluía y otro que nacía. No podemos sino recordar que la eliminación de la censura fue compensada por la creación de los delitos de ultraje a la moral pública, la religión y las buenas maneras<sup>91</sup>.

Por lo anterior, Bello escribió el Código Civil en un contexto donde su cultura le permitía apreciar, conocer y estudiar las querellas vividas por Flaubert o Baudelaire, por la persecución política, ética y estética que vivieron por haber escrito *Madame Bovary* y *Las Flores del Mal*, respectivamente. Como el propio Flaubert le escribió a Guy de Maupassant: “los Gobiernos van y vienen: monarquía, imperio, República, ninguna importancia. Pero la estética oficial no cambia jamás. En virtud de sus funciones los hombres de Gobierno y los hombres de justicia tienen el monopolio del buen gusto. Ellos saben cómo se debe escribir, su retórica es infalible y poseen los medios vuestros en abundancia”<sup>92</sup>.

En un ambiente en donde mutaba la sociedad del honor hacia el reconocimiento de la dignidad humana, en ese tránsito pocas dudas hay que Bello se inclinó por la construcción de derechos prevalentes a favor de la libertad de expresión. Por lo demás, el propio maestro venezolano fue víctima de expresiones injuriosas que lo persiguieron por más de 17 años y que lo asociaban a una conspiración contra Simón Bolívar en los albores de la independencia en América del Sur. Tal evento fue sucesivamente recordado en la prensa local chilena y respecto del cual Bello guardó silencio hasta que optó por una defensa de la situación sin recurrir jamás a vía jurisdiccional alguna<sup>93</sup>.

## **8.8. PREVALENCIA ACTUAL DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980**

En el plan original de la Constitución de 1980 existió una fuerte alteración del papel que jugaban las libertades públicas y, específicamente, la libertad de información en el entramado institucional. Junto con consagrarse por vez primera como tal el derecho al respeto a la vida privada y a la honra

<sup>91</sup> Wachsmann, Patrick (1998), *Libertés publiques* (París, 2° Édition, Dalloz), p. 405.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Jaksic, Iván (2003), “*La República del orden: Simón Bolívar, Andrés Bello y las transformaciones del pensamiento político de la independencia*” en *Historia*, (Volumen 36, Instituto de Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 191-201.

de las personas y la familia, se establecieron un conjunto amplio de limitaciones a la libertad de opinión e información. Lo anterior, nos lleva a sostener con rotundidad que el diseño original de la Constitución planteaba un abierto derecho preferente o prevalente de la vida privada respecto de otros derechos y, especialmente, de la libertad de información y opinión.

No obstante, sucesivas reformas constitucionales han ido cambiando el eje en el cual se situaba esta correlación estática y abstracta entre ambas libertades. Como diría Manuel Medina Guerrero, ha cambiado esta dimensión *prima facie* del contenido constitucionalmente protegido, el cual podría definirse como “el conjunto de facultades y poderes directamente relacionado con el interés individual que da vida a cada derecho fundamental, en el cual únicamente es dable –de ahí que sea un contenido sólo protegido *prima facie*- aquella ingerencia estatal que satisfaga las condiciones constitucionalmente establecidas”<sup>94</sup>.

Ha cambiado porque el constituyente ha desplazado el patrón original en cinco oportunidades. La primera, fue el hecho que repuso en 1989 el principio histórico del constitucionalismo chileno en orden a respetar el pluralismo democrático aboliendo los criterios de pluralismo limitado por razones ideológicas. (Ley de reforma constitucional N° 18.825). Posteriormente, a mediados del 2001 se eliminó la censura cinematográfica expulsando del ordenamiento jurídico toda fórmula de control administrativo previo al desarrollo de la libertad de expresión y se establece la libertad para crear y difundir las artes, usual dimensión de conflicto de derechos en este ámbito (Ley de reforma constitucional N° 19.742). Y, finalmente, en las reformas del año 2005 de la Ley de reforma constitucional N° 20.050 incorporó tres grandes innovaciones. Primero, eliminó el ineficaz e incumplido mandato de legislar sobre la difamación como figura penal respecto de hechos o actos que causaren daño o descrédito sobre la honra de una persona<sup>95</sup>. La importancia de esta derogación es fundamental para este caso puesto que importa una

<sup>94</sup> Medina Guerrero, Manuel (1996), *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid, MC GrawHill), p. 11.

<sup>95</sup> Se deroga la disposición que establecía que la infracción al derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de su persona y su familia, hecha a través de medios de comunicación social: (a) sería constitutivo de delito y tendrá la sanción que determine la ley cuando consistiere en la imputación de un hecho o acto falso o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia –se preveía también que el medio de comunicación social podía excepcionarse probando la verdad de la imputación ante el tribunal a menos que constituya por sí misma el delito de injuria a particulares- y (b) la responsabilidad civil solidaria de los propietarios, editores, directores, y administradores del medio de comunicación de las indemnizaciones que procedieran.

ampliación sustantiva de la libertad del legislador para conformar este derecho. En segundo lugar, eliminó una ambigua y casuística figura definida en el Consejo de Estado sobre la defensa de la “vida pública” en un estatus similar al de la “vida privada”. Esta noción alejada de los cánones del derecho comparado pretendía proteger de la acción informativa los comportamientos individuales complejos de actores de la vida pública. Tal circunstancia fue eliminada de la Ley Fundamental. Y, por último, se agregó el considerado por la doctrina como derecho fundamental al acceso a la información pública.

Con este reconocimiento terminó por consagrarse un régimen de amplio protección de la libertad de expresión y una sustitución de la matriz original de la Constitución de 1980. Lo anterior, más que constituir un debilitamiento del respeto a la vida privada ha implicado un retorno de las libertades públicas a su sitio natural como base esencial del régimen democrático. Por lo demás, tal ha sido el eje lineal de las más de veinte reformas constitucionales. Por lo tanto, sostener que existe un derecho prevalente es una definición de sólida argumentación jurídica.

## 9. EL DERECHO A LA HONRA

### 9.1. LA AMPLIA LIBERTAD DEL LEGISLADOR EN LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO A LA HONRA

El derecho a la honra se rige bajo esta premisa. No obstante el artículo 19, N° 4, no establezca expresamente el desarrollo legislativo del derecho, por aplicación de la regla general del artículo 63, N° 20, su regulación es legal. El mencionado numeral expresa que es materia de ley “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, concurriendo plenamente la regulación de los derechos fundamentales.

La regulación legislativa nos ubica en la relación compleja entre lo constitucional y lo legal. En la dicotomía del actual del legislador democrático y el control de constitucionalidad de ellas. Frente a la colisión aparente entre la normativa constitucional y legal existen dos criterios rectores que rigen la situación. Primero, el legislador debe sujetarse al principio de supremacía constitucional fijado en el artículo 6, inciso primero (“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”), por lo que, en el proceso legislativo (de producción normativa), debe tener como parámetro referencial las normas de orden constitucional. Por su parte, el Tribunal Constitucional al conocer de un asunto debe partir reconociendo la so-

beranía del poder legislativo y su legitimidad democrática, por lo que sus decisiones deben tener la máxima consideración al origen democrático (mayoritario) del creador de las normas legales (en términos del profesor Patricio Zapata, la “deferencia razonada”)<sup>96</sup>.

Como decíamos, los derechos preexisten al legislador, por lo que a partir de la existencia de derechos puede comparecer la regulación legal de éstos. Una vez que existen, el legislador está llamado a regular el detalle más o menos extenso (reserva de ley amplia o restringida) los derechos. Como los derechos tienen un contenido mínimo, es necesario para ir configurando un desarrollo legislativo cada vez más acorde a la Constitución un desarrollo jurisprudencial-constitucional más denso y profuso, de manera de contar con jurisprudencia que permita ir densificando el parámetro constitucional de comparación de la ley.

## 9.2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA HONRA

Es importante determinar las aptitudes o contenido mínimo del derecho a la honra, de manera que una vez determinado, podremos examinar el desarrollo legislativo en cuestión (artículo 2331 del Código Civil), y visualizar si éste contraviene el contenido esencial del derecho a la honra, o por el contrario, si ordena como una restricción permitida de acuerdo al contenido del 19, N° 26, pues no obstante regular, complementar o limitar, no impide su ejercicio.

El examen constitucional tiene la siguiente ordenación: a) establecimiento del contenido esencial del derecho a la honra; b) examen del desarrollo legislativo; c) comparación entre el contenido legal y el contenido constitucional del derecho.

El artículo 19, N° 4, dispone: “El respeto y protección a la vida privada y a la **honra de la persona y su familia**”.

El Tribunal Constitucional chileno ha señalado en diversas sentencias que se entiende por honra. Las STC 943, considerando 25º, y la STC 1185, considerando 7º, expresan el contenido mínimo que puede aludir a la honra, basadas más bien en una nomenclatura de significación lingüística, más que en la institución de un contenido sustancial del derecho. Señalan que el derecho a la honra “**alude a la “reputación”, al “prestigio” o el “buen nombre” de todas las personas**, como ordinariamente se entienden estos términos, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos.

<sup>96</sup> Zapata, Patricio (1994), *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Corporación Tiempo 200, Santiago), pp. 6-8.

Por su naturaleza es, así, un derecho que **emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana**, un derecho personalísimo que **forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido** por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana;”.

Agrega el considerando jurídico 7º de la STC 1185 su ligazón con el artículo 19, Nº 1, incorporando al contenido esencial de la honra, el contenido esencial de la integridad física y síquica: “En suma, se concluyó que se trata de un derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en el artículo 1º de la Constitución, que **se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el Nº1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar**, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), **la generalidad de las veces acarrea más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente**, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero, tratándose, en definitiva, de un bien espiritual, no obstante tener en ocasiones también un valor económico;”.

Por su parte, la STC 1463 la dispone en una dimensión relacional-social, estableciendo un nexo con la comunidad, de manera que el contenido de la honra sólo puede ser apreciado en la relación con otros, y en la apreciación que los otros tienen de las personas, pues es en este contexto donde se construye la reputación. Expresa el TC en su considerando jurídico 14º: “(...) En consecuencia, si bien el derecho a la honra suele ser entendido como manifestación de la dignidad de la persona y, por tanto, de marcado carácter individual, **no puede desconocerse su dimensión social, pues es en el contexto comunitario en el que se juzga la conducta de los individuos y se forja su reputación**”.

La doctrina se aproxima al debate en un sentido similar. El profesor Cea Egaña ha expresado que la honra es “**la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social**, es decir, ante el prójimo o los terceros en general. Como se comprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica. Por eso es acertado también calificarla de un elemento del patrimonio moral del sujeto, de un derecho suyo de índole personalísima”<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Cea Egaña, José Luis (2004), *Derecho constitucional chileno, derechos, deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II, p. 180.

El profesor Nogueira Alcalá expresa que “el núcleo esencial del derecho a la honra consiste en el **derecho que tiene toda persona a ser respetable ante sí mismo y ante los demás**, sin perjuicio de las limitaciones legales que lo delimitan y regulan”<sup>98</sup>.

Así, el derecho a la honra es un derecho que reúne una serie de elementos componentes que constituyen la esencialidad de éste.

Primeramente, es un **derecho** (un interés jurídicamente protegido) que tiene como sujeto titular a la persona natural.

Segundo, es un **derecho de libertad** que exige de otros (sujeto pasivos –el Estado y los terceros) el respeto del contenido constitucional del derecho.

Tercero, es un derecho que **emana de la dignidad** de la personas consagrada en el artículo 1º que dispone que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo cual es relevantes, pues toda persona tiene honra, y por ende toda persona tiene derecho a proteger y exigir de otros el respeto y tutela de este derecho.

Cuarto, la honra se refiere al derecho que tiene toda persona a **su buen nombre, buena fama, prestigio, reputación**. Acá observamos que es un derecho que se ordena bajo una dimensión externa, es decir, que su determinación se obtiene cuando el sujeto se vincula con otros y los otros se relaciona con él.

Quinto, y derivado de lo anterior, es **relacional y dialógico**, pues se ordena el nuestro sistema jurídico en la relación que tienen las personas con otras personas. No hay derecho a la honra en la esfera netamente interna (como así ocurre en la libertad de conciencia), sino que sólo podemos hablar de honra de una persona al situar a la persona junto con otras. Es desde esta perspectiva un derecho cuya dimensión se significa en el diálogo, que se instituye sobre la base de la intercomunicación e interacción permanente entre las diversas personas, y a partir de esas interacciones nuestra persona va adquiriendo cierto buen nombre, prestigio o fama. Ahora bien, no es un derecho de los famosos o prestigiosos, sino que parte de la premisa que toda persona es digna y, por ende, tiene un buen nombre (dignidad como pleno respeto a su persona por el solo hecho de serlo)<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2002), *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites* (Santiago, Editorial Lexis Nexis), p. 130.

<sup>99</sup> No obstante, es diferente caracterizar la honra como necesariamente dialógica y relacional que el derecho a la honra propiamente tal. Es plausible que la construcción de la honra se independice de aquellos que construyeron una heteroestima y, por tanto, el derecho debe tener un contenido constitucionalmente protegido que se caracteriza autónomamente al diálogo previo.

Sexto, es **objetivo**, en el sentido que el contenido del derecho es la buena fama o buen nombre de la personas, pero de manera independiente del sujeto evaluador, ya sea este la propia persona o cualquier otra. Es clave la determinación jurisprudencial en el caso concreto sobre la vulneración de la honra de una persona, pues esta apreciación debe ser un examen que considere a lo menos la posición social de la persona, y los efectos en su persona de las acciones u omisiones contrarias a la honra.

Séptimo, **de apreciación concreta en un marco de geometría variable**. La objetividad conlleva la necesidad de una apreciación en concreto de la potencial vulneración del derecho a la honra, pues, será de acuerdo a las particulares características y posición social de las personas donde el contenido de la honra variará o tendrá distintas intensidades (diferente el parámetro si es una persona pública o desconocida). Así, podemos distinguir entre la vulneración de la honra de una persona de reconocida socialmente de una de escaso reconocimiento pero que estima que su honra ha sido vulnerada. Es el juez civil –en una demanda de indemnización de perjuicios– o el penal –en una acción penal privada– el que determina el contenido de la honra en concreto. Excepcionalmente, podrá hacerlo el juez constitucional el que deberá examinar la objetividad de las posiciones factuales de los sujetos y de qué manera el contenido del derecho se ve infraccionado en sede de inaplicabilidad.

### 9.3. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS EN EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL

En este juicio de inconstitucionalidad hay que precisar los supuestos de los derechos afectados.

En materia de conflictos entre libertad de expresión y respeto a la intimidad lo habitual es la confusión por varias razones jurídicas.

Primero, por las nociones en extremo variables acerca de los contenidos de los derechos fundamentales a la “vida privada” y de la “honra” en relación con la distinción de “honor”. El contenido variable de este derecho termina por apelar al metalenguaje entendido como las ideas generalizadas y convicciones admitidas por la comunidad jurídica particular de un país. Por tanto, estas dificultades originadas por la polisemia lingüística de algunos términos, por su interpretación jurídica y, en definitiva, por la teoría de los límites a los derechos fundamentales que se tenga en uso a la hora de resolver un conflicto de esta naturaleza. Segundo, porque los medios de intromisión sobre estos

derechos no distinguen estos ámbitos jurídicos y la vulneración está sostenida por hechos. Tercero, porque hay legislaciones que tienden a confundir los planos.

#### 9.4. EL CASO ESPAÑOL DE LA LEY ORGÁNICA N° 1/82 DE PROTECCIÓN DEL HONOR

En este punto es muy relevante traer a colación el ejemplo de la legislación española de Ley Orgánica N° 1/82 sobre Protección al Honor por la vía civil.

En este ejemplo, puede retratarse una de las fórmulas que permita sostener la aparente inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. En España, la reparación de los daños por cualquier circunstancia está regulada por el Código Civil y justamente, la ausencia de una indemnización por daño moral es la que fundamentó la necesidad de contar con una legislación específica.

“La novedad más trascendente que aporta la Ley 1/82 es la reflejada en el artículo 9.3 que dice: “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Hasta esta formulación legal, la responsabilidad civil (artículo 1902 del Código Civil Español) se fundamentaba en la existencia del daño efectivo y comprobable como presupuesto de cualquier reclamación de perjuicios causados: si se comprobaba el daño, se presumía que el agresor era el culpable. Si no había daño, no había conducta ilegítima y, en consecuencia, tampoco motivo de reclamación. (...) La prueba de la falta de daño, a pesar de no estar prohibida, será muy difícil o quizás imposible en la mayoría de los casos, dado que normalmente el agraviado alegará daños morales, concepto eminentemente subjetivo que normalmente no tendrá ningún aspecto objetivo. La autoestima herida de una persona, la depresión como consecuencia del agravio, si se alega, ¿cómo puede probarse que no ha existido?”<sup>100</sup>.

Por lo mismo, había conciencia respecto de que este paso jurídico de inversión de la carga de la prueba en materia de perjuicios iba a ser fundamental para proteger el derecho al honor.

Pero, ¿qué iba a entender la ley por intromisiones a este derecho y cuál era el alcance de la protección del derecho al honor?

---

<sup>100</sup> De Carreras Serra, Lluís (1996), *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación* (Barcelona, Ariel, Primera Edición), pp. 107-108. Énfasis agregado del autor.

“El motivo de la escasez de referencias específicas al honor no es otro que la confusión reinante en la Ley Orgánica 1/1982 sobre los tres derechos que se pretenden proteger. Tan solo se realizan tres (referencias). La más clara de ellas encuentra acomodo en el último injusto del artículo 7º: “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”. Del tenor literal del párrafo puede desprenderse que el atentado al honor puede cometerse tanto por la comunicación de hechos como de ideas. Una nueva alusión al honor se establece en el tercer supuesto del artículo 7, que califica como intromisión: “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre”. Se observa, sin embargo, una desafortunada confusión entre la intromisión en la vida privada y el ataque al honor. Una impropiedad semejante se comete en el artículo 7.5 que, al referirse al derecho a la propia imagen, también lo hace, aunque indirectamente, al honor”<sup>101</sup>.

Estas críticas al interior del ordenamiento español nos debería llevar a la conclusión que la asimilación de este ejemplo al derecho interno chileno no puede ser ni automático ni irreflexivo. Pero en principio, la esencial conclusión es la muy diferente naturaleza de los derechos involucrados. Es absolutamente pertinente y necesario que la regulación del artículo 2331 del Código Civil sólo se limite a los contenidos normativos que le dieron origen. Por tanto, no es posible extraer conclusiones que impidan, por ejemplo, el resarcimiento de daños morales por vulneraciones a la vida privada diferentes de la protección a la honra. Estas regulaciones se entendían en el contexto de un debate que tenía aspectos complejos.

### 9.5. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO AL HONOR VERSUS LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Tomamos el ejemplo de la legislación española porque la evolución es similar a la que podría existir en este caso. La primera aproximación jurisprudencial fue otorgarle una fuerte primacía al honor, posición que fue sustentada en Sentencias del Tribunal Constitucional español, donde se resolvía que “cualquier intromisión en el derecho al honor convierte en ilegítimo el ejercicio de las libertades de expresión e información”<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Cremades, Javier, Op. Cit., p. 191.

<sup>102</sup> Llamazares Calzadilla, María Cruz (1999), *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático* (Madrid, Civitas, Universidad Carlos III de Madrid, 1ª Edición), p. 276.

Ahora bien, llegaba a esta solución por una vía procesal y sin debatir sobre el contenido de los derechos de los artículos 18.1 y 20.1, sino que el Tribunal Constitucional entendía que “en virtud del artículo 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no debe entrar a conocer del fondo del asunto. Así se limita a analizar si la actuación de los órganos judiciales ha sido correcta, y cuando lo entiende así, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto”<sup>103</sup>. Sin embargo, se ha interpretado esta solución procesal como una extensión de la jurisprudencia preconstitucional que reforzaba el derecho al honor frente a una libertad de expresión carente o desprovista de garantías significativas de reafirmación de sus contenidos fundamentales. No obstante, al no ser una primacía resultado de una argumentación directa de la misma carece de relevancia para nuestros efectos.

En cambio, la jurisprudencia sobre la libertad de expresión apunta a establecer la prioridad explícita de ésta. Las razones para ello son múltiples y han sido agrupadas por Salvador Coderch en cuatro categorías:

1. “El argumento epistemológico, según el cual la búsqueda de la verdad es máximamente fecunda si se lleva a cabo mediante un debate libre y desinhibido”.
2. “El argumento político, según el cual el autogobierno postula un discurso político protegido de las interferencias del poder (no sólo) público”.
3. “El argumento humanista, conforme al cual la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía y autorrealización individual precisan del respeto de todos a las expresiones de cada cual.”
4. “El argumento escéptico (acerca de la condición humana), de acuerdo con el cual la libertad de hablar (mal) de los gobernantes es un medio indispensable de control de una actividad que es tan interesada y egoísta como la de cualquier otro agente social”<sup>104</sup>.

Este tipo de argumentaciones ha llevado a constituirlos en “un instrumental ad hoc, útil para atacar o defender prácticamente cualquier conducta expresiva imaginable”<sup>105</sup>. Por tanto, la afirmación de la primacía ha de precisarse plenamente, no bastando con aludir a ésta como

---

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> Salvador Coderch, Pablo (1993), *El derecho de la libertad* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), p. 40.

<sup>105</sup> *Ibíd*, p. 43.

un hecho de la causa o una circunstancia natural dada la entidad de la libertad protegida.

Pero incluso el tema no radica únicamente en las razones que motivan la supremacía sino que en sus efectos jurídicos. Si de esa primacía debatida se extrae la conclusión de que hay derechos que siempre están en una posición jerárquica sobre otros, el problema es aún más agudo. Si las libertades de expresión e información se superponen sobre el derecho al honor, ya no nos encontraremos frente a una tesis de preponderancia, sino de delimitación jerárquica. Bastará apelar a las reglas de un correcto ejercicio de estas libertades, examinadas y juzgadas al interior de las mismas conductas, para resolver el problema jurídico con la apelación al principio jerárquico.

Hay variadas objeciones al argumento jerárquico. La primera es de índole normativa. Un buen argumento contra la jerarquización de derechos fundamentales se encuentra en la ausencia de una base normativa que funde tal jerarquía. En otras palabras, las Constituciones establecen a los derechos en normas que tienen la misma jerarquía normativa y no hay norma alguna que señale que un derecho tiene mayor jerarquía sobre otro. Una cosa es interpretar que ciertos bienes jurídicos o valores trasuntan un mayor alcance pero otra diferente es que existan normas constitucionales que autoricen la construcción permanente de una primacía de un derecho sobre otro.

Otros argumentos para rechazar esta primacía están referidos a procedimientos de reforma, a las situaciones excepcionales y a las garantías. Uno de ellos es el quórum para reformar la constitución. Así, por ejemplo, los derechos de ciudadanía del Capítulo II de la Constitución tendrían “menor jerarquía” porque exigen menor quórum para su reforma constitucional. Esta posición geográfica que predetermina la importancia de las normas por sus quóruns de aprobación o derogación en una reforma constitucional importaría una grave desestructuración del principio de unidad de la Constitución.

Otra vía de impugnación radica en la suspensión de derechos en estados de excepción constitucional, siendo un razonamiento que proviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algunos señalan que la jerarquía se establece entre aquellos derechos que pueden ser suspendidos –o son derogables– en situaciones de emergencia frente a aquellos que gozan de protección reforzada. Por de pronto, una tesis de esta naturaleza vulneraría reglas expresas de las propias Convenciones o Tratados que impiden restringir, suspender o limitar derechos más allá de lo que las normas internacionales autorizan.

Finalmente, contra este tipo de reflexión estaría la insospechada incerteza jurídica que significaría introducir la noción de jerarquía entre derechos constitucionales de similar rango. Incluso más, la diferencia entre derechos sobre la base de diversas garantías que le otorgan mayor o menor resistencia o tutela no legitima hacer esta división. Y mucho menos será posible realizarla entre derechos de un mismo nivel de protección, como resulta ser el caso de las libertades y el derecho aludido.

Ahora la pregunta resulta lógica, en un conflicto entre derechos: ¿cuál es la interpretación más favorable?, ¿en favor de quién se interpreta el principio de *favor libertatis*?, ¿será en favor de las libertades de expresión e información y no el derecho al honor, por el solo hecho de ser proyecciones de libertad?

Este principio es una especificación del principio de fuerza normativa de la Constitución y se concreta en dos criterios: lo primero, es “interpretar los derechos fundamentales otorgándoles la máxima efectividad; y, por otro, a interpretar todo el ordenamiento jurídico otorgando a los derechos fundamentales la máxima efectividad”<sup>106</sup>. Desde el primer mandato, se exige que el derecho al honor y las libertades de expresión e información tengan una efectividad y una eficacia que no anule ningún derecho sino que los sitúe a ambos en el máximo nivel de irradiación plena de sus potencialidades de desarrollo. Y, en segundo lugar, lo que se pretende ya no es que los derechos tengan plena eficacia en sí mismos, sino que tengan capacidad de preservar su eficacia cuando interpretan todo el ordenamiento jurídico.

Ezquiaga Ganuzas señala que en nombre de este principio de efectividad de los derechos “cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto por aplicación del principio, que llevaría a otorgar a ambos la máxima efectividad, uno de ellos (o ambos) debe ser restringido al llegar al punto en el que el otro deja de ser eficaz”<sup>107</sup>. Sin embargo, frente a esta aparente discrecionalidad e intensidad de la manera de hacer efectivo el caso de mayor efectividad renuncia a establecer criterios y simplemente indica que “la respuesta no será nunca general y dependerá en cada caso del sistema axiológico del intérprete”<sup>108</sup>.

No obstante, en gran medida la respuesta estaba oculta detrás de los dos primeros criterios. El derecho al honor y las libertades de expre-

<sup>106</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española* (HAAE/IVAP, Oñati), p. 302.

<sup>107</sup> *Ibíd*, p. 305.

<sup>108</sup> *Ídem*.

sión e información son paritarios en cuanto ambos exigen el desarrollo efectivo de sus propios derechos. Sin embargo, al saltar la fase siguiente, esto es, de que estos derechos le den efectividad al ordenamiento jurídico en su conjunto es indudable que el alcance de la efectividad de las libertades de expresión e información es muy fundamental para el ordenamiento. Por tanto, ya no tendrá mayor valor por su argumentación epistemológica, política, humanista o escéptica. Simplemente la tendrá porque los derechos fundamentales tienen efectos institucionales significativos y unos más que otros. Solo algunos derechos se proyectan con mayor eficacia sobre el ordenamiento jurídico como un todo, y cuando el ordenamiento jurídico es democrático, su sustentación en régimen de libertad de expresión lo vuelve consustancial.

Esta es la única manera de entender que puede existir una preponderancia como preferencia, esto es conectando, la libertad de información con una dimensión institucional al interior del propio ordenamiento jurídico que justifique la existencia de un interés público superior a la defensa de un derecho específico. Ahora esta preponderancia, por ende, exige un ejercicio de “ponderación como contrapeso” no menor puesto que se ha de buscar una solución que permita el equilibrio teórico de los derechos en colisión y la solución concreta en favor de uno u otro. Aquello ya lo sostenía Carrillo de la siguiente manera: “este presupuesto básico (el carácter no absoluto de los derechos) obliga a un análisis desde la perspectiva del conflicto de intereses protegidos jurídicamente, es decir desde la colisión de derechos que ha de resolverse mediante la búsqueda del necesario equilibrio”<sup>109</sup>.

Ahora veremos cómo se produce el equilibrio en la legislación del Código Civil y donde la expectativa de la declaración de inconstitucionalidad de esa norma constituiría un desequilibrio a favor de una tesis de jerarquía fija a favor del derecho a la honra afectando el contenido esencial de la libertad de información.

## **9.6. EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL ES UNA REGULACIÓN LEGAL QUE NO VULNERA EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA HONRA**

El artículo 2331 del Código Civil se encuentra inmerso en un estatuto legal de normas reguladoras del denominado daño moral con relación a la

<sup>109</sup> Carrillo, Marc (1987), *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978* (Barcelona, PPU), pp. 63-64.

libertad de expresión. La particular restricción que dispone con relación a su posibilidad indemnizatoria, debe ser considerada únicamente como una de las esferas del derecho a honra y, en este área (la de la responsabilidad extracontractual), el legislador la excluyó de tal indemnización.

La pregunta que cabe hacerse en abstracto es si la restricción a la indemnización del daño moral es una vulneración del contenido esencial, infranqueable e indisponible para el legislador. Es decir, si más allá de los casos concretos concurrentes<sup>110</sup> donde se declaró su inaplicabilidad en una gestión pendiente y concreta, la norma sujeta a examen se sitúa en una posición de contrariedad con la norma fundamental, en particular con el derecho a la honra y su relación con la libertad de opinión e información.

Estimamos que no, que la norma legal no contraviene la esencia de este derecho, por cuanto la ausencia de facultad indemnizatoria no afecta de definición mínima que el propio Tribunal Constitucional ha configurado para el derecho. El derecho a la honra de una persona sigue existiendo en sus elementos nucleares con o sin indemnización por daño moral en el caso de persecución de responsabilidad extracontractual, pues este tipo de responsabilidad es únicamente un tipo de responsabilidades patrimoniales de las personas, y en pro de una conciliación constitucional con la libertad de expresión el legislador excluyó este tipo de resarcimiento pecuniario por daño moral.

Lo que se debe distinguir es entre el contenido esencial del derecho y los efectos concurrentes, externo y facultativos de la honra. Esta indemnización está dispuesta en el estatuto de regulación legal pero no en el constitucional, por cuanto se instituye como un elemento externo al derecho, no de su esencia. El derecho al buen nombre, a la reputación constituye el elemento basal para poder distinguir este derecho de otros, pero no la indemnización por daño moral. El error del TC se basa en considerar como premisa general que toda vulneración de un derecho fundamental da derecho a una indemnización, lo cual no es correcto, pues acá se está confundiendo el contenido constitucional del derecho con los efectos pecuniarios posibles de su vulneración. ¿Puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales una indemnización? Si, y sólo si el legislador, en la regulación concreta de los derechos, la dispone. De lo contrario, la afirmación del TC sería válida únicamente cuando consideremos que es constitutivo de los elementos definitorios de un derecho la indemnización. Por ejemplo, la diferencia entre el límite y la privación de la propiedad (artículo 19, N° 24). Para el constituyente los

---

<sup>110</sup> STC 943 y 1185.

límites a la propiedad no dan derechos a indemnización, en cambio las privación sólo se puede llevar a cabo por medio de la expropiación y ésta da lugar a indemnización. ¿Qué nos refleja lo anterior? En el derecho de propiedad la indemnización no es nuclear al derecho, por cuanto esta puede o no concurrir según lo disponga el propio derecho, pero los elementos sustanciales de la propiedad se mantienen incólumes (uso, goce y disposición). La misma lógica constitucional debería ser extensible al derecho a la honra y su contenido esencial, desligado del elemento accidental de la indemnización.

### **9.7. EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL COMO PROTECCIÓN DEL DEBER DE VERACIDAD DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN**

La Constitución no establece directamente para la libertad de información la exigencia de veracidad pero no es posible entender este derecho sin ese componente.

Por de pronto, existe un derecho fundamental directamente establecido y que es una consecuencia de la libertad de información. Este es el derecho de rectificación o réplica. “El derecho de rectificación consiste en la facultad otorgada a toda persona natural o jurídica de rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarles perjuicio”<sup>111</sup>.

Con esta definición, no se hace sino explicar el artículo 19, N° 12, inciso tercero, que lo precisa en los siguientes términos: “Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tienen derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida”.

Lo anterior, ratifica que en el núcleo de la libertad de información el elemento de la veracidad es consustancial y no puede sustraerse ese contenido sin afectar a su esencia.

La doctrina nacional ratifica este criterio. “Considerando que la honra debe tener su propio ámbito de respeto y que se constituye como un lógico límite a la información, en la cual opera la *exceptio veritatis* en tratamiento, parece ser que no puede existir en sentido estricto un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la honra más que por motivos de inadecuación. Lo que puede darse es un conflicto entre la

<sup>111</sup> Cremades, Javier, Op. Cit., p. 257.

seudoinformación y el derecho a la honra, o un abuso en la concepción del derecho a la honra que pretenda obstaculizar el ejercicio del derecho a la información”<sup>112</sup>.

Por lo tanto, la protección aludida en el ejercicio de la libertad de información es aquella que respeta sus límites intrínsecos de ser veraz y relevante. No se trata de darla una sobreprotección a toda emisión de opiniones que no respete este criterio guía.

En esa línea, “la información tiene como límite inherente a su función de formadora de una opinión pública libre en una sociedad democrática la veracidad de la narración, lo que exige un nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados o en la contrastación debida y diligentemente de las fuentes de información. La información que se aparta de la veracidad se constituye en desinformación y afecta antijurídicamente el derecho a la información. Sólo la información veraz es merecedora de protección constitucional”<sup>113</sup>.

De esta manera, el hecho que el artículo 2331 del Código Civil establezca como garantía el recurrir a la excepción de verdad como fórmula de exención de responsabilidad no es sino una manifestación del ejercicio correcto de un derecho respetando el deber de veracidad de la libertad de información.

### **9.8. EL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LA VERACIDAD COMO LÍMITE INFRANQUEABLE EN LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN**

Hay múltiples mecanismos de afectación de la libertad de información. Y el factor económico es un elemento esencial a considerar en este ejercicio.

No es natural la conciliación entre la libertad de prensa o de información con el ejercicio del poder político, económico, religioso o social. La amenaza de los poderosos y la insatisfacción con la difusión pública es un elemento siempre latente.

Tal factor se ha agudizado con la más amplia variedad de mecanismos tecnológicos que permiten dar transparencia y claridad donde antes había opacidad y reserva.

Lo anterior, no impide el ejercicio de presiones. Y los mecanismos van desde la pauta oculta, la propaganda pagada, la autocensura hasta

---

<sup>112</sup> Vivanco, Ángela (1992), *Las libertades de opinión y de información* (Santiago, Editorial Andrés Bello), p. 223.

<sup>113</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2008), *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Cechoch, Librotecnia), Tomo II, p. 120.

la sanción económica. Por lo mismo, no podemos sino alertar de las consecuencias de entender algunos de los alcances de esta causa.

Hay que recordar que uno de los mecanismos inhibitorios de la libertad de información es la autocensura y en ello ha puesto particular énfasis José Luis Cea como una práctica que amenaza con estas sensibles libertades. “Uno de los problemas más serios se vincula a la autocensura. Así es, porque no resulta fácil determinar hasta qué punto aquél fenómeno es una conducta que proviene de quien emite la opinión o información, o si por el contrario, ella arranca del temor a la reacción de la autoridad, o a la pauta oculta que se la ha hecho llegar, o es la secuela de una imposición sutil o manifiesta, o la abstención ante el riesgo de ser obligado a pagar indemnizaciones cuantiosas”<sup>114</sup>. La pregunta es si nos encontramos frente a una práctica contra la cual hay que luchar o, más bien, es un incentivo que la norma legal generaría si se autoriza un ejercicio amplio de las indemnizaciones. En tal sentido, ya no nos encontraríamos solamente ante una autocensura sino que ante lo que la doctrina americana llama “efecto silenciador”<sup>115</sup>.

Si bien la conclusión del punto anterior es evidente hay que volver a reiterar que si se define la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil estaríamos invadiendo el contenido esencial de la libertad de información puesto que excluimos del núcleo el ejercicio de la veracidad como último mecanismo de protección.

¿Decir la verdad, en el ejercicio del periodismo, de la libertad de información y de la opinión responsable, es conciliable con recibir una sanción por daño moral por las imputaciones realizadas?

¿Qué hace más daño en la cesión de ciertos contenidos o ámbitos protegidos de un derecho fundamental? No tengo duda que la afectación del contenido esencial de la libertad de información con la compuerta de las indemnizaciones por daño moral puede constituir un atentado a la verdad o veracidad.

En un contexto de diálogo público, las democracias son un terreno fértil de lucha de las élites por obtener la conducción, la influencia o el gobierno de las cuestiones políticas y económicas. Ese entramado de intereses se desarrolla en un marco normalmente lícito pero muchas actividades se ejercen en una especie de *agere licere* desregulado, por ejemplo, las acciones de lobby. La necesidad de contar con todos los medios de comunicación social, en el marco de un vigoroso pluralismo, no siempre es una garantía en sí misma. La medida de la extensión de la libertad de

<sup>114</sup> Cea Egaña, José Luis, Op. Cit., p. 359.

<sup>115</sup> Ver “*chilling effect*” en Fiss, Owen, Op. Cit., p. 40

expresión debe encontrar siempre un cuadro normativo que deje abierta la investigación periodística independiente. Que el dinero modele las reglas de las finanzas es una expectativa razonable pero que no deja de ser compleja para el proceso democrático. Pero si el poder de una indemnización inhibe el ejercicio de libertades públicas, el deber de ser veraces se diluirá con grave riesgo para el propio desarrollo democrático.

## 10. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS INDEMNIZACIONES

### 10.1. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS INDEMNIZACIONES.

La indemnización únicamente está dispuesta para algunos derechos fundamentales, de manera que, *a priori*, no toda vulneración de derecho fundamental da lugar a indemnización, al menos del nivel constitucional puesto que no existe un derecho fundamental a la indemnización. Además, dentro de los derechos fundamentales que contemplan la indemnización, no todo acto contra diversos contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos, da lugar a ella.

#### LA INDEMNIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 19, N<sup>o</sup> 7, letra i), sobre libertad personal y seguridad individual expresa: “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare Injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá **derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido**. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

El artículo 19, N<sup>o</sup> 24, al normar la expropiación señala que: “El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y **tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado**, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado”.

En el mismo numeral 24 se dispone el derecho a indemnización en el caso de término de las concesiones mineras administrativas sobre las sustancias no susceptibles de concesión. Expresa el inciso noveno: “El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin ex-

presión de causa y **con la indemnización que corresponda**, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional”.

#### LA INDEMNIZACIÓN EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

En el caso que se requisen bienes y las limitaciones al derecho de propiedad. La Constitución Política de la República dispone en el artículo 45: **“Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad** cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”.

#### LA INDEMNIZACIÓN POR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL GENERAL DEL ESTADO

El artículo 38, inciso segundo, dispone la regla general de la indemnización por responsabilidad extra-contractual del Estado. Señala este inciso: **“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos** por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, **podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley**, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

#### LA INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA ACUSADA CONSTITUCIONALMENTE

La Constitución Política de la República establece la responsabilidad por daños causados al Estado y a los particulares por parte del funcionario declarado culpable en el juicio político por el Senado. El artículo 53, N° 1, inciso final, fija: **“El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares”.**

Ahora bien, si la Constitución Política de la República no dispone de una regla de indemnización por daños, ¿cómo se tutela el derecho a al honra a nivel constitucional?

Para el constituyente, únicamente determinadas acciones vulneradoras de derechos dan derecho a indemnización, es decir, el estatuto constitucional del daño es excepcional, estricto y regulado expresamente. Será en aquellos casos en que se deberán probar el hecho que da lugar a la indemnización o el estatuto jurídico de imputación de responsabilidad según corresponda.

La Constitución Política de la República dispuso una regla general y esta es la tutela del derecho a la honra por vía del recurso de protección, de manera que ante una acción u omisión ilegal o arbitraria serán las Cortes de Apelaciones respectivas las que determinen velarán por la tutela de este derecho y reestablecer el imperio del derecho según corresponda.

## **10.2. EL ESTATUTO LEGAL INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL.**

### **LA APARENTE COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA HONRA Y LA LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN**

En este apartado debemos referirnos expresamente al estatuto de responsabilidad dispuesto tanto en el artículo 2331 del Código Civil como al artículo 40 de la Ley N° 19.733 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Ambas normas son concurrentes en este requerimiento por cuanto dan lugar a indemnización por la concurrencia de injurias, ya sea de carácter delictivo penal y la necesidad de prueba de éste, ya sea por responsabilidad extracontractual debiendo probar civilmente el daño emergente y lucro cesante.

El artículo 2331 señala: **“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”**

Por su parte, el artículo 40 de la ley N° 19.733 sostiene que: **“La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales. La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral”**.

Estamos en presencia de los estatutos jurídicos de orden legal complementarios y concurrentes. El artículo 2331 que se aplica a todo el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, de modo que toda atribución de una injuria a una persona dará lugar a indemnización por daño emergente y lucro cesante cuando este se pruebe, excluyendo, al menos en la hipótesis general, al daño moral.

La norma de la Ley 19.733 es una regla aplicable en el ejercicio de la libertad de opinión e información y el ejercicio del periodismo, referida a los delitos de injurias y calumnias cometidos a través de un medio de comunicación social, los cuales, una vez acreditados darán

derecho a indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Los dos estatutos regulan ámbitos concurrentes pero diferenciados, de manera que la norma del artículo 2331 del Código Civil debemos examinarla desde esta perspectiva.

Ambas normas buscan fortalecer el ejercicio de la libertad de expresión, una desde la mirada de la comisión de un delito penal, y la otra desde un delito o cuasidelito civil. Lo anterior es importante, pues lo buscado por el legislador es garantizar el ejercicio de la libertad de opinión e información, disponiendo incentivos para su concurrencia, y al revés, disponiendo desincentivos a las limitaciones a ésta.

En el artículo 40 de la Ley N<sup>o</sup> 19.733 el legislador expresó que sólo se dará lugar la indemnización por daño moral si se prueba el delito de injuria y calumnia, al expresar que la “comisión del delito” dará lugar a la indemnización. Lo que se busca acá es que la persona afectada pruebe la injuria o la calumnia y no el medio de comunicación social, de manera de abrir el campo de la libertad de expresión, dejando los límites *ex post* (la persecución penal) radicada en una esfera probatoria de la persona aparentemente afectada por lo expresado por el medio.

En el caso del artículo 2331 la lógica del legislador es similar, pero referida a acciones dañosas. Dispuso que debe probarse el daño emergente y lucro cesante para acceder a esta indemnización y excluyó el daño moral en *pro* de la libertad de expresión, al menos, y sólo en el ámbito civil.

Ante una imputación injuriosa que causa daño tenemos dos miradas, la del sujeto injuriador y la de la persona injuriada. La norma civil establece una regla de conciliación entre la honra y la libertad de expresión, pero desequilibrando la relación en *pro* de esta última. La persona injuriada debe probar que se le produjo un daño para acceder a la indemnización, es decir, una indemnización bajo parámetros objetivos de perjuicio económico. Por otro lado, la hipótesis legal excluyó expresamente la posibilidad de la indemnización por daño moral en razón de que este está radicada su apreciación en los parámetros del juez que conoce la causa de responsabilidad extracontractual, por lo que indemnizar este daño se transforma, siguiendo a Owen Fiss, en un “efecto silenciador de la libertad de expresión”<sup>116</sup>.

Lo anterior, por cuanto si aceptáramos una tesis hipotética de que debe concurrir la indemnización por el daño moral en el artículo 2331 y

---

<sup>116</sup> *Ibíd*, p. 45.

por ende su ausencia es contraria a la Constitución Política de la República, estamos generando un efecto inhibitorio de la libertad de expresión afectando el núcleo indisponible del artículo 19, N° 12, pero comparándolo con un elemento (la indemnización pro daño moral) que no pertenece al núcleo indisponible del derecho a la honra. El sujeto enfrentado a la disyuntiva de opinar e informar se encuentra ante dos elementos concurrentes, el amparo que le otorga la libertad de expresión del 19, N° 12, y la norma del artículo 2331. Así las cosas, la democracia y la libertad tiene un sistema normativo coherente a favor de la libertad de opinión es información. En consecuencia, la no concurrencia de indemnización por daño moral es un incentivo al ejercicio de la libertad del artículo 19, N° 12.

A la persona afectada por una injuria y calumnia le instituyó un estatuto legal de indemnización compuesto por el artículo 40 de la Ley N° 19.733 y el artículo 2331. Más que una restricción, se dispone de un estatuto legal de posibilidades, que la persona podrá ejercer conjunta o separadamente. El sujeto potencialmente ofendido podrá, ante la imputación injuriosa, recurrir a la vía que le señala el artículo 40 de la ley N° 19.733 o la indemnización del artículo 2331.

Ambas normas constituyen un estatuto coherente, pues la invocación de uno u otro está determinado por los objetivos buscados por el sujeto afectado. Si inicia la acción penal y prueba el hecho antijurídico, el ordenamiento le abre la posibilidad anexa de la indemnización civil moral. Si únicamente inicia la acción civil, el ordenamiento la restringe a la indemnización por daño emergente y lucro cesante, en razón de la primacía a favor de la libertad de expresión.

¿Por qué la diferencia? Porque la propia Constitución, en el artículo 19, N° 12, fija como elemento referencial interno del derecho la comisión de un ilícito penal (exclusión de ilícito penal de la libertad de expresión). Expresa este numeral: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”. De esta manera es la propia norma fundamental, la que dispone que la libertad de expresión no ampara (*ex post*) la comisión de un delito (referido particularmente a la injuria y calumnia). Por lo que, al regular legalmente este tipo de ilícitos penales, es del todo procedente que fije una indemnización mayor por estas vulneraciones. La Constitución Política de la República exige un especial cuidado en el binomio libertad de expresión/delitos, de modo que el legislador, al regular esta libertad, lo tipificó dando derecho a ambas modalidades de indemnizaciones, ello con miras a conciliar la norma legal con el imperativo constitucional.

En cambio, que la norma constitucional no se refiere en su inciso 1º a los delitos o cuasi-delitos civiles, por lo que el ámbito de regulación al legislador es más flexible y, por ende, limitable en *pro* de la libertad de opinión e información<sup>117</sup>. La norma constitucional no se impone directamente sobre la norma civil, y como no se impone, deja al legislador civil con un margen más amplio en su actividad regulatoria.

En consecuencia, es razonable la regulación que hace el legislador sobre las imputaciones injuriosas en los ilícitos civil, pues no está restringido por el contenido constitucional de la libertad de opinión e información.

### **10.3. ACTOS PROPIOS Y DESHONOR: IMPOSIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN**

Hay una consecuencia en materia de indemnizaciones, cual es el hecho que no es posible asignar un valor económico a un disvalor personal. Dicho de otra manera, no es un componente de la indemnización de un daño moral la publicidad o información sobre aspectos objetivamente deshonorosos en donde su conocimiento constituye una manifestación de un problema previo.

El asunto previo reside en la propia conducta de la persona que ha originado la hipotética acción indemnizable.

Como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la STC 50/1983, de 14 de Junio, “el derecho al honor no puede erigirse en un obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud. El

<sup>117</sup> Esto es cierto en la literalidad de la Constitución, pero alguien podría decir que la palabra “abusos” sirve para dar pie a la responsabilidad extracontractual. No obstante, hay que recordar que en la fecha de origen de tal legislación existía la Ley de Abusos con Publicidad que eran propiamente delitos y no cuasidelitos y era la regla a la cual se refería la Constitución. “La ley reguladora de las libertades de opinión e información vigente a la fecha de dictación de la Constitución de 1980, era la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad. Se trataba, en consecuencia, de una ley dictada en 1967 y cuya adecuación constitucional fue solucionada con la disposición transitoria quinta. Dicha ley, como hemos expresado, fue derogada por la actualmente vigente Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión y de informar y ejercicio del periodismo, que fue aprobada por la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, por su carácter de ley de quórum calificado. Algunas de las figuras delictivas derogadas por su ambigüedad penal era el sensacionalismo o las imputaciones maliciosas a sabiendas cuya publicación genere daños a bienes jurídicos extendidos como la seguridad, la salud pública o la economía, entre otros”. Anguita, Pedro (2005), *El derecho a la información en Chile* (Lexis Nexis, Santiago) pp. 12-13 y 60.

daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta”<sup>118</sup>.

No obstante, aquí estamos hablando de supuestas afectaciones a la honra basadas en actos propios objetivamente deshonorosos. Sin embargo, lo anterior, no puede ser óbice para mirar el acto jurídico que afectó hipotéticamente esa honra. Ya que debe cumplir, a su vez, con las exigencias materiales del deber de veracidad propio de un hecho de interés informativo, veraz y relevante.

Por lo mismo, concordamos con Ángela Vivanco cuando sostiene que “es precisamente en este tema en donde surge una tan notoria diferencia entre la idea de honra y la de vida privada. Se puede excepcionar alguno con la verdad, cuando ha imputado hechos claros y precisos que afectan la honra de alguien, siempre que éstos sean verdaderos. Sin embargo, por muy ciertos que sean los hechos, no cabe excepcionarse con la verdad cuando se ha violado con su difusión la vida privada de una persona”<sup>119</sup>.

Por tanto, hay algo más que un matiz entre derecho a la honra y derecho al respeto a la vida privada que impone la necesaria consecuencia de mirar el régimen indemnizatorio respetando sus diferencias.

#### 10.4. EXCLUSIÓN PARCIAL DEL DAÑO MORAL A LA HONRA

El marco diferenciado de derechos y la amplia libertad del legislador para conformar y concretizar el derecho al respeto a la vida privada del artículo 19, N° 4, de la Constitución Política de la República obligan a examinar el artículo 2331 del Código Civil con mayor atención.

El contenido de este artículo, sea por el período histórico en que se gestó en la década de 1850 como por el reconocimiento constitucional tardío del derecho genérico al respeto a la vida privada en 1980, nos llevan a la conclusión que no es admisible una interpretación que amplíe la aplicación del artículo 2331 del Código Civil.

Sólo el derecho a la honra es el contenido regulado por este artículo y, por tanto, es totalmente admisible la vía reparatoria de la indemnización del daño moral por actos o hechos que vulneren la vida privada no constitutivos del derecho a la honra.

Hay que recordar que es muy habitual no hacer esta separación y confundir los medios de intromisión sobre la vida privada con afectaciones de la honra.

---

<sup>118</sup> Cremades, Javier, Op Cit., p. 185.

<sup>119</sup> Vivanco, Ángela, Op. Cit., pp. 224-225.

Asimismo, dependerá también el actor que emita el juicio injurioso o realice la imputación o sobre quién se realice implicará un cambio de los mecanismos de protección del derecho constitucional. Así, por ejemplo, en el caso *Lingens v. Austria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos definió una doctrina en orden a que “los límites a la libertad de crítica se reducen, y por tanto, se amplían los derecho a la intimidad y al honor, cuando no se trata de particulares, sino de personas públicas, como es el caso de los políticos. Estos a diferencia de los primeros están continuamente expuestos, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos”<sup>120</sup>.

Por tanto, en este alegato no estamos por excluir las debidas responsabilidades sino que precisar las debidas imputaciones y salvaguardar el ejercicio del periodismo responsable, en el marco de un estricto apego a la libertad de información y al código deóntico de la profesión.

### **10.5. DETERMINACIÓN DE DAÑOS INCLUIDOS EN LA INDEMNIZACIÓN**

El artículo 2331 del Código Civil no excluye la perspectiva de resarcir o reparar daños mediante la indemnización. Sin embargo, reduce los contenidos potenciales de la indemnización sólo a dos modalidades: el lucro cesante y el daño emergente.

Efectivamente se quieren verificar daños materiales reales, verificables y medibles. Sin embargo, frente a estos daños no necesariamente concurrirá la indemnización puesto que si existe la comprobación de la veracidad de las afirmaciones, imputaciones o hechos no existirá ninguna indemnización posible.

Esta hipótesis normativa va en un sentido diferente a la naturaleza de los conflictos enunciados entre la libertad de expresión y el derecho a la honra en términos generales. Lo anterior, porque nos encontramos *prima facie* frente a derechos de la personalidad y no frente a derechos patrimoniales con lo cual normalmente no existirá un daño en el patrimonio de una persona o su familia.

Por ende, la regulación prototípica debería ser la más cercana a la hipótesis y esta se referiría a los daños morales. Sin embargo, “a un daño moral [le] correspondería una responsabilidad moral por parte del ofensor, y la lógica nos llevaría a una sanción de tipo moral. El Estado, no obstante, no es una institución que pueda exigir responsabilidades de

---

<sup>120</sup> Cremades, Javier, Op. Cit., p. 197.

tipo moral, porque las responsabilidades así concebidas afectarían a la dignidad de la persona, que es fundamento del orden constitucional”<sup>121</sup>.

Ahora bien, por lo mismo la Constitución no agota los mecanismos de protección de la honra en la conversión a dinero de las sanciones morales. La naturaleza del bien jurídico se revela mejor protegida cuando, por ejemplo, se obtiene una rectificación, cuando hay derecho a réplica para volver a situar las cosas en su lugar, cuando dentro de las providencias que se juzguen necesarias existan los reconocimientos simbólicos a la dignidad dañada. Estos son los mecanismos naturales de la protección.

Lo anterior, nos deja en pie la razón de la exclusión del daño moral sólo aplicable a una de las dimensiones del respeto de la vida privada, cuál es la honra de la persona. Y aquí quiero constatar un análisis sobre la irresarcibilidad del daño moral causado por las injurias. “El daño que estas ocasionan afecta el patrimonio moral de la persona. Esta, sin embargo, obtiene [en el caso español] una restitución en su patrimonio material. ¿Es posible tasar, poner precio al deshonor? No. Boix Roig afirma que la evaluación de perjuicios morales es de difícil concreción. [...] Sin dejar de defender la necesidad del establecimiento de consecuencias patrimoniales por motivo de los ataques contra el honor, el uso social del precepto mencionado juega con el riesgo de llegar a establecer un auténtico mercado del honor. [...] Muchos demandantes, desnaturalizando el artículo 18.1 de la Constitución Española y el instrumento jurídico arbitrado en la Ley Orgánica 1/1982 han venido a ver en determinadas afirmaciones afiladas que suponen o rayan la injuria, exclusivamente una fuente de ingresos suculentos. De esta forma, se produce una venta indirecta del bien jurídico honor que, en ocasiones, tiene como intermediario e incluso como notario al mismo órgano judicial. Es necesario establecer mecanismos jurídicos contra este deshonesto ánimo de lucro que supone una traba más al ejercicio fundamental del derecho a la información”<sup>122</sup>. Justamente este es el papel que cumple el artículo 2331 del Código Civil.

## 10.6. LA VÍA PENAL Y LA PSEUDO VÍA CIVIL DE LA INDEMNIZACIÓN.

Se podría sostener que la propuesta de este texto contiene matices imposibles de aplicar en plenitud. ¿Cómo podrían obtenerse reparaciones del daño moral por atentados contra el respeto a la vida privada?

<sup>121</sup> de Carreras Serra, Lluís, Op. Cit., p. 119.

<sup>122</sup> Cremades, Javier, Op. Cit., p.180.

Justamente, ya vimos como el mecanismo penal es una fórmula para precaver contra la industria de las indemnizaciones.

Sin embargo, primero no habría que ser tan generosos con la evaluación que se haga del mecanismo español respecto de constituir una vía civil en forma. Es así como se sostiene que “más que la exigencia de una responsabilidad moral, lo que hace la Ley es dar a esta responsabilidad un carácter de sanción pecuniaria. La exigencia de la responsabilidad se transforma en una impropia sanción económica”<sup>123</sup>.

Lo anterior, debe llevar a examinar que existen otros mecanismos de protección del respeto a la vida privada por la vía penal con su consecuente pago de la indemnización moral respectiva.

Del estudio del Código Procesal Penal se coligen fórmulas que se aplican cotidianamente y que permitirían otorgar un parcial margen de satisfacción a estas expectativas frente a un daño moral<sup>124</sup>.

Por ejemplo, desde el inicio del procedimiento el artículo 78, letra c), obliga a los fiscales a informar a las víctimas sobre la indemnización como derecho eventual.

El artículo 240 nos recuerda el principio general de la no extinción de las acciones civiles de la víctima o de terceros pudiendo incluso imputarse plenamente.

Pero las más significativas son dos etapas procesales definitivas.

Una en la suspensión condicional del procedimiento. Justamente, el artículo 238, letra e), permite que uno de los mecanismo para acceder a esta suspensión condicional sea el “pagar una suma determinada a título de indemnización de perjuicios.” Por supuesto que en ella son avaluables todos los perjuicios incluidos los provenientes del daño moral. Por el tipo de atentados y desvalores en juego así como por el marco penal de los delitos será esta etapa procesal el mecanismo de mejor satisfacción frente a atentados delictivos contra el respeto a la vida privada.

La segunda etapa, por razones evidentes es la sentencia definitiva en donde el artículo 342, letra e), dispone que se puede obtener la “indemnización a que hubiera a lugar”.

Por tanto, existen mecanismos legales complementarios que no dejan a la protección del respeto a la vida privada sin algún mecanismo de protección.

<sup>123</sup> de Carreras Serra, Lluís, Op. Cit., p. 119.

<sup>124</sup> Hay que recordar que buena parte de estos casos se da en el marco de delitos de acción privada en donde las perspectivas reparatorias existen pero con alternativas procesales más reducidas y que no cabe desarrollar en este texto.

Asimismo, en la vía general del Recurso de Protección pero también en los mecanismos de la tutela de derechos fundamentales del trabajador hay amplias fórmulas que permiten una satisfacción pecuniaria del daño moral sin pasar por la vía penal.

### **10.7. LA NO VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA HONRA**

Ahora cabe preguntarse, ¿cómo se instituye entonces la norma del artículo 2331 en conciliación con el artículo 19, N° 4? Se ordena como una regulación o limitación al derecho, pero que no afecta la esencia de éste.

Como hemos afirmado anteriormente, el contenido esencial del derecho a la honra no involucra el derecho a una indemnización, y la Constitución no dispone para este derecho la concurrencia de ésta, sino que el derecho a ser indemnizado está consagrado para casos particulares en la Constitución Política de la República.

De igual manera, el legislador de los derechos fundamentales tiene un amplio margen regulatorio, siempre y cuando no afecte el núcleo indisponible, y tenga a la vista las exigencias dispuestas especialmente en el artículo 19, N° 12, sobre libertad de opinión e información en lo concerniente a la esfera penal de dicha libertad.

Bajo esta afirmación es donde se debe hacer la comparación entre el contenido constitucional (parámetro) y la norma legal. ¿Si el derecho a la honra no contempla el derecho a la indemnización, por qué razón una norma que regula limitadamente ésta sería contraria a Constitución Política de la República? Al menos a nuestro juicio no hay razones para ello, es decir, al no ser parte del contenido esencial del derecho, la regulación legislativa se ajusta a la norma constitucional, pues el derecho a la honra sigue siendo reconocible.

Si no se tiene derecho a una indemnización, ¿qué parte del derecho es afectado en su esencia? Pensamos que esa es la pregunta clave que se debe contestar. Si la persona no puede demandar judicialmente el daño moral, la honra de esta sigue existiendo, sólo que no es resarcible pecuniariamente el pesar o dolor ocasionado en caso de una imputación injuriosa. El derecho a una indemnización es un elemento externo al derecho, que puede concurrir o no según lo determine el legislador.

Las previsiones para enfrentar medios indirectos de afectación a la honra pueden generar un efecto superlativo en la inhibición de la libertad de expresión. Una sociedad democrática y pluralista requiere

que una protección de las opiniones que redunde en un ejercicio libre del periodismo. Hay un precio a pagar y no siempre en dinero.

### III. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA TELEVISIÓN CHILENA

---

“Nosotros hacemos televisión con dos objetivos centrales (...) Uno es tener algún grado de relevancia social, es decir, que no dé lo mismo que nuestro canal exista o no exista. Y segundo, manejar una empresa que obtenga utilidades que son las que dan garantías de nuestra propia independencia editorial actual y la capacidad de mirar hacia el futuro. Honestamente me da lo mismo ser primero, segundo o tercero, siempre que ninguna de estas cosas se pierda. (...) La inspiración fundamental que deberíamos tener en la construcción del nuevo marco legal regulatorio de la TV chilena debiera ser la de las libertades. Las libertades definitivamente son menos riesgosas que las restricciones. *Pregunta: ¿Cuáles son las restricciones que te preocupan?* Las que se te ocurran. Ojalá estuviéramos más cerca de la televisión autorregulada. Sé que el Consejo Nacional de Televisión tiene un rol, de que se cumpla una manera de televisión en la que se proteja a las minorías, que se preocupe de los más débiles, que tenga alguna reglamentación específica, etc. En lo personal, creo que para eso están los tribunales”<sup>125</sup>.

¿Por qué el director ejecutivo de uno de los canales más exitosos y que opera con la concesión televisiva otorgada a la Universidad de Chile aspira a la autorregulación y al libre emprendimiento sin las ataduras de la intervención estatal? Si el régimen de libertades a las cuales convoca nace de un exclusivo acto estatal originario sin el cual no podría hablarse de libre empresa, ¿por qué el Estado no podrá establecer regulaciones para proteger la concesión que le otorgó o imponerle obligaciones que justifiquen su existencia excluyente de otras titularidades?

---

<sup>125</sup> Declaraciones a El Mercurio de Jaime de Aguirre, director ejecutivo del canal cuya concesión pertenece a la Universidad de Chile, 1 de Julio de 2012.

Estas inquietudes justifican plenamente el examinar la naturaleza del estatuto constitucional y legal de la televisión chilena que se encuentra en una etapa histórica de cambios. Ninguna de sus normativas parece estar libre de cuestionamientos. El desarrollo tecnológico deja al descubierto la inexistencia legal de la televisión digital en Chile. El pluralismo cultural y sociológico desafía la manera de entender la función social de la televisión y los modos en que se expresan las cargas públicas que impone el régimen democrático. La reformulación legal de las concesiones determina la titularidad, naturaleza y extensión de las futuras nuevas concesiones. Cada nombramiento en el Consejo Nacional de Televisión o en el directorio de Televisión Nacional obliga al Senado a preguntarse sistemáticamente el sentido de la televisión pública. Y el mercado se pregunta por las reglas de funcionamiento de la televisión por cable y sus estrategias de adhesión a la televisión abierta. Mientras la gente o audiencias –según denominan los canales- llega tarde tras tarde a buscar en la televisión un conjunto indeterminado de intereses que lo llevan estar por horas frente a su televisión. Estos dilemas nos obligan a volver la mirada sobre su estructura normativa. La televisión es una industria en la cual los criterios propios del libre emprendimiento son los que rigen a este sector económico pero con diferencias sustanciales. La televisión chilena no se desarrolla a partir del principio de la “autonomía de los cuerpos intermedios” sino que a partir de un conjunto más denso de derechos fundamentales configurando una empresa altamente regulada con normativas constitucionales y legales.

## **11. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA TELEVISIÓN CHILENA**

La sociedad actual es básicamente una sociedad de la comunicación. Los medios de comunicación social son múltiples y muchos de ellos están hoy al alcance de cualquier usuario sea como receptor o productor de información. La democratización de la información puede ser una realidad potencial en la medida que se fomente un particular vínculo con los medios.

Sin embargo, hay ciertos medios que, por su importancia y alcance, se sustraen de la libre disponibilidad ciudadana. Estamos hablando, básicamente, de la televisión.

Las normas constitucionales del artículo 19, N° 12, incisos quinto y sexto, de la Constitución que directamente establecen contenidos relativos a la televisión señalan lo siguiente:

“El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo”.

Este medio de comunicación social se rige bajo criterios normativos de soporte constitucional y son los que siguen:

### 11.1. LA TELEVISIÓN, LA PROPIEDAD Y EL MERCADO

La televisión en Chile está basada en un esquema de funcionamiento y financiación bajo criterios de mercado. No tiene referencias constitucionales explícitas a un modo de organización particular y las reglas aplicables a las empresas son concurrentes en su caso con las excepciones que estudiaremos. Por lo tanto, los derechos fundamentales aplicables a la libre iniciativa económica (artículo 19, N° 21, de la Constitución); a los regímenes laborales (artículo 19, N° 16, de la Constitución); y a la dimensión de trato económico no arbitrario (artículo 19, N° 22, de la Constitución) que les debe el Estado a éstas también es un elemento esencial de su Estatuto.

Sin embargo, esta determinación normativa inicial se topa con algunos criterios que la modifican estructuralmente.

Primero, en materia de titularidad activa de este derecho se reduce solamente a las **personas jurídicas**. La Constitución reserva a un conjunto específico de titulares reconocidos a partir de la experiencia histórica (Universidades), el desarrollo nacional (el Estado) y las “personas o entidades que la ley determine”. Si bien el legislador, mediante las leyes N° 18.562 y 18.838 estableció la posibilidad de la televisión privada con titularidad de personas naturales, fue la Ley N° 19.131 la que reservó la condición de concesionario de servicios de televisión exclusivamente a personas jurídicas<sup>126</sup>.

La segunda diferencia tiene que ver con la **titularidad extranjera o nacional**. Aquí la regla general es que los concesionarios deben ser personas jurídicas de derecho público o privado nacionales, “constituidas en Chile y con domicilio en el país” (artículo 18 de la Ley N° 18.838 sobre Consejo Nacional de Televisión).

La tercera regla, es una propiamente constitucional y es la relativa a la prohibición de **monopolio estatal sobre el medio** (artículo 19, N° 12, inciso segundo, de la Constitución Política de la República). Lo anterior,

---

<sup>126</sup> Vivanco, Ángela, Op. Cit., p. 391.

implica que “la ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”. Lo anterior, es particularmente delicado en un medio sostenido sobre un bien nacional de uso público, como el espectro radioeléctrico, que administra el Estado. Sin embargo, esta prohibición se extiende también al monopolio por parte de los medios privados<sup>127</sup>. Es evidente que si el legislador no puede establecer este monopolio con menor razón el Administrador.

La cuarta regla es el diferente estatus según **la propiedad** de la televisión. Es así como la Constitución ha prohibido el monopolio estatal pero ha mantenido canales de Televisión propiamente estatales. Sin embargo, éstos están sometidos a un régimen específico muy complejo dentro de la estructura de mercado que rige la televisión chilena. Televisión Nacional de Chile es un “canal público”, sometido a las reglas del artículo 8° de la Constitución relativas al acceso a la información pública, y con deberes relativos a ciertos controles parlamentarios. Este diferente rol se ha asociado a un estatus que compromete un tipo único de régimen televisivo y que obliga a un papel específico a Televisión Nacional en relación con los canales regionales. Justamente, uno de los elementos esenciales que también se debaten en el Congreso Nacional es el proyecto que reformula la Televisión Nacional (Boletín 6191-01). ¿Cómo puede resolverse la función que jugará Televisión Nacional de Chile para proyectar servicios intermedios para canales regionales sin un marco regulador?

Finalmente, no importa los alcances del tipo de industria televisiva. Aunque se trate de servicios limitados de televisión más conocidos como industria de televisión por cable o de pago (que no ocupa el espectro radioeléctrico) los alcances de las funciones de control también abarcan a estos canales.

Por tanto, si bien hay mercado, la estructura del mismo es doblemente reducida en materia de titularidad, sin personas naturales y sin personas jurídicas extranjeras, con una estructura de multipropiedad y con una obligación a la regulación más compleja del sector.

## **11.2. INDUSTRIA SOMETIDA AL CONTROL DE UN ÓRGANO DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL**

Si ya la Constitución tiene algunas excepcionales regulaciones sobre algunas industrias como las mineras, nuevamente constituye una doble excepción la existencia de un organismo de creación constitucional con

<sup>127</sup> Vivanco, Ángela, Op. Cit., p. 391 y Cea Egaña, José Luis, Op. Cit., p. 374.

el objeto de “velar por el correcto funcionamiento” de la televisión. Es así como la Constitución ordenó crear el Consejo Nacional de Televisión y ratificó esta decisión en el plebiscito de 1989 al eliminarse la noción de control relativa a la “radio”.

Por lo mismo, la estructura institucional del Consejo Nacional de Televisión está integrada por 11 miembros, diez designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y un Presidente del Consejo designado por el Presidente de la República. Son estas personas las que deben interpretar la dirección y tareas de “un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio”. Tiene por función “velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen”. Y que se entiende por “correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.” (artículo 1° de la Ley N° 18.838 sobre el Consejo Nacional de Televisión).

El Consejo Nacional de Televisión tiene como misión central “velar por el correcto funcionamiento” de la televisión. No resulta clara esa atribución. Sin embargo, hay un conjunto de mecanismos represivos y preventivos que permiten inhibir o fomentar algunos contenidos televisivos.

Es así como dentro de la **corrección represiva del funcionamiento de la televisión**, tenemos como uno de los instrumentos preferentes del Consejo Nacional de Televisión para introducir un criterio de “corrección”, el hecho de que su legislación autoriza a dictar normas generales para impedir la transmisión de determinados contenidos en los programas de televisión, a fin de evitar la violencia excesiva, la truculencia o pornografía, entre otras limitaciones.

Por el contrario, dentro de los mecanismos de **intervención positiva en el funcionamiento de la televisión** existen algunos instrumentos interesantes. La dimensión positiva de orientar los contenidos programáticos ha sido más débil en lo normativo pero más eficaz en sus resultados. Es así como se autorizan las subvenciones para permitir el desarrollo televisivo en zonas apartadas del país en donde la televisión comercial no llega o carece de poder de mercado para su producción y difusión. O el otorgamiento de subvenciones para auspiciar programas culturales o infantiles. En estos casos, existe un conjunto amplio de buenos ejem-

plos, como 31 Minutos, Los Ochenta o Los Archivos del Cardenal, entre aquellos que más trascendencia pública han tenido.

Dentro de las **competencias de fomento televisivo del Consejo Nacional de Televisión**, uno de los mecanismos significativos de intervención positiva en la “corrección” del funcionamiento televisivo son las medidas de promoción, subsidio, financiación o fomento de programas de alto nivel cultural o “de interés nacional o regional” (artículo 12, letra b), de la Ley N° 18.838 y sus modificaciones). Esta normativa es fundamental para el desarrollo de la televisión digital en Chile. ¿Quién sustituye el papel de promoción e ingreso tecnológico para el desarrollo regional y cultural de la industria televisiva digital?

Son algunas de estas competencias las esenciales para entender la función que juega el Consejo Nacional de Televisión dentro de nuestra estructura institucional. La idea de marginarlo de las estrategias de desarrollo de la televisión digital es una opción que el Administrador del 2009 no adoptó. Basta para ello, mirar algunas de las propuestas normativas que están recogidas en el Boletín 6190-01 para darse cuenta del enorme papel que debe jugar el Consejo Nacional de Televisión en la transición entre la televisión analógica y la televisión digital.

### **11.3. LA TELEVISIÓN BAJO RÉGIMEN CONCESIONAL Y EN UN MARCO DE LIBRE COMPETENCIA**

La Televisión funciona previo otorgamiento legal y administrativo de derechos de concesión televisiva estables en el tiempo por parte del Estado (artículo 15 de la Ley N° 18.838 y sus modificaciones). Las razones de este régimen concesional se fundan en la naturaleza escasa del bien nacional de uso público del espectro radioeléctrico, según veremos.

Con la Ley N° 18.838 se estableció un régimen concesional de plazos indefinidos. Sin embargo, la Ley N° 19.131, de 1992, estableció un plazo de 25 años para las concesiones futuras estructurándose un régimen mixto de concesiones, según su plazo de otorgamiento.

La Ley 18.838 es exhaustiva en fijar un conjunto amplio de tópicos relativos a la estructura de las concesiones:

- a. Otorgamiento, modificación y caducidad. Por una parte, establece la facultad del Consejo Nacional de Televisión de “otorgar, renovar o modificar las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y declarar el término de estas concesiones” (artículo 6°, letra e). Las causales de término se encuentran en el artículo 21.

- b. Velar por el funcionamiento de la televisión. Los servicios de televisión de libre recepción, sus programas y su difusión están sometidos a la función constitucional otorgada de velar por el correcto funcionamiento de la televisión.
- c. Períodos de la concesión. Ya reflejamos el criterio de los plazos.
- d. Formalidades y procedimiento de la concesión. La naturaleza jurídica de los titulares concesionarios de la televisión de libre recepción los obliga al cumplimiento de una serie de deberes legales. No es del caso explicarlos latamente puesto que se vinculan a reglas procesales y formalidades que permiten un tratamiento equitativo entre las concesionarias.
- e. Transferencias, cesiones o arrendamiento de las concesiones. El artículo 16 regula la autorización previa del Consejo a estos actos jurídicos. De la misma manera, los cambios societales deben ser informados a la misma entidad (artículo 19).
- f. Concursabilidad pública en la obtención de la concesión. Uno de los criterios esenciales para la obtención de nuevos canales concesionados es su obtención mediante concursos públicos y con la licitación respectiva. La concesión será otorgada al que ofrezca las mejores condiciones técnicas para garantizar una óptima transmisión. Ello se regula detalladamente en los artículos 15, 22, 23 y 27 de la citada ley.
- g. Derecho preferente del concesionario vigente. En el concurso respectivo a objeto de renovar una concesión, el concesionario vigente tendrá un derecho preferente en la medida que iguale la mejor oferta técnica presentada.
- h. Régimen de la televisión por cable. En el caso de los permisionarios de servicios limitados de televisión, éstos se rigen por la Ley General de Telecomunicaciones, tendrán una duración indefinida en la medida que no ocupa el espectro radioeléctrico. Sin embargo, en relación con su programación se vinculan al mandato del Consejo Nacional de Televisión relativo a velar por el correcto funcionamiento de la misma.
- h. Sanciones. Adicionalmente, existe todo un tipo de reglas relativas a las sanciones a las cuales son expuestas las concesiones que no cumplan con los criterios formulados por el CNTV.

Estos criterios de una industria altamente regulada se manifiestan nuevamente en las normas relativas a la concentración de mercado y la libre competencia. El artículo 38 de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo establece que “cualquier

hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad de un medio de comunicación social deberá ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, dentro de treinta días de ejecutado (Ley N° 20.361). Con todo, tratándose de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, el hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de la Fiscalía Nacional Económica referido a su efecto sobre la competencia, la que deberá emitirlo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los antecedentes. En caso que el informe sea desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al Tribunal (de Defensa de la Libre Competencia) para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. De no evacuarse el informe dentro del referido plazo, se entenderá que no amerita objeción alguna por parte de la Fiscalía”.

La estructura del régimen concesional crea una relación permanente entre el Estado y el administrado sujeto de la concesión. Eso hace que esta actividad no se limite a tener una relación desregulada sino que todo lo contrario. La actividad económica de esta industria se desarrolla mediante toda la estructura de relaciones normativas desde la Constitución, pasando por la ley, los reglamentos y las normas técnicas de operación de los equipos. Es una industria en la cual no existen perspectivas de autodefiniciones normativas y el riesgo inherente a una regulación puramente administrativa se hace evidente.

Esta afirmación resulta absolutamente coincidente con la legislación comparada. Aquí demostraremos mediante la legislación española un ejemplo de una colaboración reglamentaria amplia pero que tiene sistemáticamente por base legal la concesión. Sin embargo, es posible obtener algunas autorizaciones que nos dan una comparación de hasta dónde podría llegar el Administrador.

En España, “[l]a concesión se presenta como el título general de uso de los operadores de servicios de telecomunicaciones, **si bien el reglamento de adjudicación de usos puede prever su otorgamiento mediante autorización administrativa en cuatro supuestos:**

- a. Que se trate de un **uso especial no privativo**, como el contemplado para los radioaficionados en la disposición adicional 1°.
- b. Que, aún tratándose de uso privativo, la utilización del dominio se lleve a cabo para la prestación de **servicios de telecomunicaciones distintos de los disponibles al público en general** o para la **explotación de redes de telecomunicaciones no públicas**.
- c. Exista información suficiente que permita **constatar que la oferta de dominio público supera a la demanda previsible**.

- d. Dicha información permita determinar que, por **razón del espacio geográfico o el fin a que se destina**, no existan problemas técnicos o económicos para el uso de dicho dominio”<sup>128</sup>.

Las concesiones en todo el mundo tienen una fuerte regulación legal y los espacios administrativos, como los ejemplificados, son una excepción. Es más, a nadie se le ocurriría introducir una tecnología clave como la digital en medio de las sombras de lejanas potestades legales no reguladas con claridad. Valga la redundancia sostener que ninguno de los casos españoles plausiblemente sostenidos tiene algo que ver con la transición entre la televisión analógica a la digital.

#### 11.4. LA INTERDICCIÓN DEL MONOPOLIO ESTATAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El inciso 2º del numeral 12 dispone: “La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.

Acá estamos en presencia de una regla. Es decir, su cumplimiento es imperativo para el sujeto destinatario de su contenido, en este caso, el legislador democrático. No hay lugar para el incumplimiento. Se vincula a la prohibición de disponer que el Estado pueda ser el dueño único y excluyente de los medios de comunicación social.

La perspectiva constitucional busca la concurrencia de la pluralidad de medios, para lo cual dispone, que su propiedad, debe ser plural.

La libre concurrencia de ideas en una sociedad democrática requiere la multiplicidad de concurrencia dominical sobre los medios de comunicación, propiedad a la que pueden concurrir el Estado y los privados de igual manera. La Constitución dispuso una “garantía institucional inversa” a favor de los privados estableciendo la prohibición del monopolio estatal.

Consagra la plena libertad de concurrencia de los privados al proceso de adquisición, dirección y administración de medios de comunicación, vedando al Estado una concurrencia única por exclusión. Como expresa el profesor Evans de la Cuadra “[...] la Constitución asegura que los medios de información social pertenecerán a diversos dueños, incluyendo entre estos a organismos o empresas estatales”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Luis y Ortega Álvarez, Luis (1998), *Manual de Derecho Administrativo* (Barcelona, 5ª Edición, Ariel Derecho) Volumen 2, p. 674.

<sup>129</sup> Evans de la Cuadra, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales* (Santiago, 3ª Edición, Editorial Jurídica), Tomo II, p. 24.

Este derecho de libertad tiene dos dimensiones, una referida a la libertad de los privados para concurrir junto con el Estado a la propiedad de los medios de comunicación social, y por otro lado, se instala como una prohibición de la estatalización de la opinión e información, inhibiendo la posibilidad que el Estado se ordene como único dueño de determinados medios. Señalan Verdugo, Pfeffer y Nogueira “se persigue asegurar la pluralidad en su propiedad, que aquellos pertenezcan a diversos dueños, incluido entre éstos al Estado, sus organismos o empresas; en suma, **evitar por esa vía el control o la dependencia informativa del órgano central**”<sup>130</sup>.

De esta forma hay una vinculación directa entre el inciso 1º y el 2º de numeral 12. La libertad de emitir opiniones e informaciones en una sociedad democrática conlleva que éstas se puedan expresar libremente por cualquier vía que opten los titulares del derecho, y para el constituyente se ordena con especial relevancia los medios de comunicación social de manera que dispuso una titularidad implícita a favor de los particulares por medios de la interdicción del monopolio estatal.

Hay que advertir que para el constituyente los medios de comunicación social son una vía privilegiada de difusión de ideas e información, por lo que su tratativa constitución es especialmente cuidadosa. Sostiene el profesor Nogueira, “[a] través de dichos medios se realiza parte fundamental del proceso de comunicación que lleva a la libre formación de la opinión individual y pública básica en una sociedad democrática, el cual presupone las libertades de opinión e información [...] en nuestros días, la libertad de información es, generalmente, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que la posibilidad de crear y gestionar tales medios de comunicación social conecta y se integra con tal derecho fundamental”<sup>131</sup>.

De esta manera, toda acción del Estado que mire a una potencial vulneración de esta libertad de concurrencia de privados y Estado, es contraria a la norma constitucional.

## 11.5. EL ROL DEL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO

Como indica el inciso segundo, el destinatario de la prohibición es el legislador democrático, quien está llamado constitucionalmente a regular y desarrollar el derecho a la libertad de opinión e información. Es el

<sup>130</sup> Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (2005), *Derecho constitucional. Tomo I* (Segunda reimpresión, Editorial Jurídica de Chile, Santiago), p. 265.

<sup>131</sup> Nogueira, Humberto, Op. Cit., p. 37.

legislador quien está impedido de disponer del monopolio estatal, de manera que de lo anterior podemos extraer dos conclusiones iniciales y mínimas: sólo por ley se puede regular el derecho, y que el legislador tiene prohibido disponer de la concurrencia única del Estado sobre los medios de comunicación.

La regulación legislativa como límite externo tiene como restricción el contenido esencial del numeral 12, de manera que el desarrollo no puede jamás disponer alguna norma que impida la libre concurrencia de privados en la regulación normativa. El constituyente radicó en la ley la forma y contenido de cómo se fundarán, operarán y mantendrán los medios de comunicación social. El legislador tiene ciertos mandatos mínimos: ordenar la regulación técnica de los medios de comunicación social y sobre todo “permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio del derecho fundamental a suministrar información y opiniones en forma libre”<sup>132</sup>.

Es así que se consagra la pluralidad dominical, y el legislador debe disponerla.

Se ha entendido que el mandato no sólo involucra la prohibición del monopolio estatal, sino también la prohibición de la radicación de los medios de comunicación en el monopolio privado<sup>133</sup>.

La titularidad expansiva de la libertad inhibe la exclusividad del dominio en el Estado o en los privados. Esta segunda derivada del inciso segundo es producto de la apertura normativa del numeral 12, en particular del inciso cuarto que señala, “[T]oda persona natural o jurídica tiene el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”. Este inciso ligado al segundo y la libertad para desarrollar actividades económicas dispuestas en el numeral 21 del mismo artículo 19, disponen de una batería normativa de apertura a la pluralidad o multiplicidad dominical, siendo improcedente cualquier interpretación de exclusividad del dominio.

## 11.6. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ECONÓMICO

El artículo 19, N° 22, dispone una regla que constituye una especificación del principio de igualdad existente en el artículo 19, N° 2. Esta mayor profundidad para efectos económicos de esta garantía supone un reforzamiento institucional de un mecanismo de protección frente a arbitrariedades.

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 38.

<sup>133</sup> Cea Egaña, José Luis, *Op. Cit.*, p. 374.

En tal sentido, se garantiza a todas las personas: “la no discriminación arbitraria (sic) en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

La discriminación se manifiesta cuando existe falta de racionalidad o cuando carece de razonabilidad. “La razonabilidad significa un actuar prudente, lógico, coherente, meditado, en contraposición a uno instintivo, fruto del capricho de sin razón”<sup>134</sup>.

Ahora bien, un actuar irracional e imprudente cobra particular relevancia cuando el Estado otorga beneficios, crea derechos, configura nuevas potestades y atribuye un haz de facultades económicas a unos que respecto de otros se silencia, se excepciona o se contrapone.

¿Qué criterio puede guiar tal diferencia? Puede existir una diferencia legítima pero requiere fundamentación y motivación del acto. Por lo mismo, está amparado el “trato económico” que dé el Estado. “Esto coincide, entonces, con el proceder justo o ecuánime de las autoridades o funcionarios competentes. Sinónimos de trato son tratamiento, o método para relacionarse, atender y resolver un asunto, **procedimiento uniforme para asistir y cuidar a peticionarios o requirentes**”<sup>135</sup>.

¿Qué garantías tienen las regiones excluidas bajo este método? Uno de los ejemplos que señala la doctrina para dar cuenta de la presencia de una arbitrariedad es la circunstancia de que se pueda decidir por la administración estatal con auténtica libertad la **oportunidad** de la asignación de un beneficio. Y, ello, en línea de principio no es inconstitucional. “La elección de oportunidades por la Administración equivale al ejercicio de una potestad discrecional y la discrecionalidad, hoy día, **no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto**”<sup>136</sup>.

## 12. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO

Este criterio es más exigente puesto que está referida a la administración de un bien nacional de uso público como es el espectro radioeléctrico. Por tanto, aquí analizaremos en este Capítulo la vulneración del espec-

<sup>134</sup> Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2010), *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)* (Santiago, LOM), Tomo I, p. 391.

<sup>135</sup> Cea Egaña, José Luis, Op. Cit, p. 510.

<sup>136</sup> Ramón Fernández, Tomás (1994), *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid, Civitas, 1ª Edición), p. 67.

tro radioeléctrico como bien nacional de uso público y su afectación del derecho de propiedad, según veremos.

Hemos sostenido que se trata de una intensa regulación porque el soporte de los medios de comunicación de libre recepción televisiva es el espectro radioeléctrico.

### 12.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Físicamente, el espectro radioeléctrico se encuentra en el aire dentro de los márgenes territoriales de cada país. La definición de lo que entendemos por “espectro radioeléctrico” en general se eluden y, más bien, se identifican algunas de sus características. Para Jaime Herrera “el espectro es claramente un bien de carácter internacional, patrimonio de la humanidad y cuyo uso está regulado por convenios internacionales. Se podría decir que es un bien que pertenece a la comunidad internacional”<sup>137</sup>. En una variante jurídica y asociada a la legislación española “se entiende por dominio público radioeléctrico el espacio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas, incluido el uso realizados por redes satelitales y la utilización de los recursos órbita-espacio en el ámbito de la soberanía (nacional) y mediante satélites de comunicaciones”<sup>138</sup>.

### 12.2. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO COMO COSA INAPROPIABLE

El Código Civil diría que es una cosa inapropiable, esto es, aquellas sobre las cuales no se puede constituir dominio. Según el artículo 585 del Código Civil, “las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el alta mar, no son susceptibles de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho a apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional”.

---

<sup>137</sup> Herrera, Jaime (1997), *Estatuto jurídico de la radiodifusión* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición), p. 12.

<sup>138</sup> Ortega, Luis (1998), *Las telecomunicaciones*. En Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Luis y Ortega Álvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, (Barcelona, 5º Edición, Ariel Derecho), Volumen II, p. 673.

### 12.3. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO

“Dentro de cada Estado, las ondas o frecuencias que en el espectro le corresponden se encuentran en situación análoga a los bienes nacionales de uso público. Nadie puede apropiarse por sí mismo de ellas ni son objeto de propiedad privada. Su utilización es materia de concesiones o licencias por la autoridad pública”<sup>139</sup>.

¿Qué es un bien nacional de uso público? Para su explicación sobre su alcance y funcionamiento recurriremos a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1281.

### 12.4. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE ADQUIRIR EL DOMINIO

En este punto es esencial señalar el artículo 19, N° 23, de la CPR en cuya virtud, “la Constitución asegura a todas las personas: 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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”.

El considerando 29° de la STC 1281 expresa “que de acuerdo al artículo 19, N° 23, de la Constitución, entonces, los bienes pueden estar en tres categorías: los comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público y los susceptibles de apropiación<sup>140</sup>. Los primeros no son apropiables, son bienes libres y, salvo excepciones, no tienen regulación. Los segundos, si bien la Constitución no los define, señalando que “deben pertenecer a la Nación toda”, sí lo hace el Código Civil, para el que son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes (artículo 589, Código Civil). Estos bienes conforman “el dominio público”. Los susceptibles de dominio, finalmente, son los que pueden adquirirse por cualquier persona; son la regla general, pues la Constitución asegura “la libertad para adquirir toda clase de bienes”.

En tal sentido, los bienes nacionales de uso público son una excepción. La regla general es la apropiabilidad privada y éste es un severo límite a la constitución de bienes nacionales de uso público. Son bienes

<sup>139</sup> Herrera, Jaime, Op. Cit., p. 13.

<sup>140</sup> Vergara Blanco, Alejandro (2004), *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*. En Revista Ius Publicum; N° 12 (Santiago), pp. 105 y siguientes.

fuera del comercio humano, no susceptible de apropiación ni embargo. Pero estos bienes sí pueden ser entregados en administración.

### **12.5. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO**

“Estos bienes son entregados para administración, es decir, para su tución, conservación y cuidado, a distintas autoridades, según estemos frente al dominio público marítimo, fluvial, terrestre, aéreo. **Pero estas autoridades no pueden disponer de ellos; sólo pueden entregarlos en uso privativo a particulares mediante un título habilitante.** Como consecuencia de su carácter inapropiable, son bienes respecto de los cuales no cabe la prescripción. Esta opera sólo en relación a los bienes que están en el comercio (artículo 2498, Código Civil)”<sup>141</sup>.

### **12.6. EL USO COMÚN DE ESTOS BIENES NACIONALES**

Los bienes nacionales de uso público admiten, como lo dice su nombre, el uso pero no la propiedad. Su uso puede tener dos formas: común o privativo. “El uso común significa que corresponde en general a todos, aunque se haga individualmente. Dicho uso es anónimo, temporal y no requiere título alguno”<sup>142</sup>. Dicho uso se realiza en conformidad a los principios de igualdad, libertad y gratuidad. “El mencionado uso común está sujeto a ciertas limitaciones: se debe respetar el destino del bien, de modo que no se cause daño que impida o menoscabe su uso; además, se debe respetar el uso que las otras personas hagan del bien; también se debe respetar la reglamentación que haga la autoridad. El uso común puede ser general o especial. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con el uso común general, la autoridad puede establecer determinadas restricciones en atención a ciertas consideraciones como la peligrosidad o la intensidad en el uso”<sup>143</sup>.

### **12.7. EL USO PRIVATIVO DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO**

“El uso privativo puede ser normal o anormal, según sea conforme o no con el destino del dominio público al que afecte.” (...) “Las concesiones demaniales propiamente dichas son las que otorgan la utilización priva-

---

<sup>141</sup> STC 1281, considerando 32°.

<sup>142</sup> STC 1281, considerando 33°.

<sup>143</sup> STC 1281, considerando 33°.

tiva del dominio público en su doble vertiente: a) concesiones otorgadas con una serie de cláusulas y plazo determinado: quioscos, edificaciones en vía pública, playas, etc. b) concesiones de servicio público”<sup>144</sup>. Bajo esos criterios. “el uso privativo, por su parte, implica que la autoridad encargada de su administración entrega por actos específicos la ocupación del bien, temporalmente, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso, a un particular, quien puede excluir al resto de las personas que accedan a él. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del bien. Por eso, exige un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión (Aylwin, Patricio; Derecho Administrativo; T. III; Edit. Universitaria; Santiago, 1959; págs. 107 y siguientes; Silva Cimma, Enrique; Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes; Edit. Jurídica; Santiago, 1995; págs. 272 y 273; Montt O., S.; ob. cit.; págs. 264 y siguientes; y Sánchez Morón, Miguel; Los bienes públicos; Edit. Tecnos; Madrid, 1997; pág. 52 y siguientes)”<sup>145</sup>.

### 12.8. LA *PUBLICATIO* O LA RESERVA LEGAL INDISPENSABLE EN LA CONSTITUCIÓN DE UN USO PRIVATIVO

Si la regla general es que los bienes son de dominio privado, si la el carácter excepcional del dominio es el bien nacional de uso público, y si el uso excepcionalísimo es el otorgamiento de usos privativos mediante concesión, resulta evidente que el ejercicio de títulos habilitantes son esenciales. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional ha expresado que para configurarlos “hace que la intervención del legislador sea inevitable. (...) Esta declaración es lo que la doctrina denomina “reserva” o “*publicatio*”. (...) La incorporación de un bien al dominio público, entonces, no se presume, requiere de un acto expreso.” (...) La reserva, enseguida, recae sobre bienes, no sobre personas. (...) La reserva, a continuación, produce una vinculación real y permanente del bien afectado a una finalidad que el legislador define. La *publicatio* modifica el status del bien, sometiénolo a normas de derecho público; los particulares no pueden alcanzar estos bienes conforme a los mecanismos del derecho privado”<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano (1989), *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.), p. 490.

<sup>145</sup> STC 1281, considerando 33°.

<sup>146</sup> STC 1281, considerando 34°.

## 12.9. CONCESIÓN Y PROPIEDAD

El concesionario no tiene un derecho de propiedad “sino un derecho al uso y utilización del bien por un determinado plazo de tiempo. La perpetuidad de la concesión es incompatible con la subsistencia del dominio público, por cuánto éste es inalienable e imprescriptible”<sup>147</sup>. En tal sentido, “el interés público de la reserva implica, entonces, de un lado, salvaguardar el bien; para ello, a pesar de que se entregue el uso privativo del bien, la administración conserva potestades para asegurar la titularidad pública; del otro, implica salvaguardar la función pública expresada en el uso eficiente del bien. Para esto último la legislación vincula los derechos de uso o aprovechamiento a finalidades concretas o a condiciones o requisitos específicos, que no pueden ser modificados por los beneficiarios de los títulos habilitantes”<sup>148</sup>. Los derechos generados para los titulares de bienes concesionados están sometidos a finalidades estrictas que se definen expresamente y que no pueden ser deducidas implícitamente.

## 12.10. DERECHOS DE LOS CONCESIONARIOS DE UN BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO

Reiteramos que la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1281 constituye un fallo muy completo para reproducir la teoría del dominio público de los bienes en Chile y su régimen constitucional y legal. En tal sentido, la última materia de fundamental explicación es la configuración de los derechos del concesionario de un bien nacional de uso público. En tal sentido, la concesión “crea una situación jurídica compleja que viene conformada por un haz de derechos y obligaciones, deberes o cargas perfectamente definidas... Tal delimitación persigue sujetar los aprovechamientos y ocupaciones individuales a las superiores exigencias de aquella función y, en general, de los intereses públicos”<sup>149</sup>. Los derechos subjetivos que emanan de la concesión tienen tres características que es necesario subrayar. En primer lugar, son derechos ex novo, pues antes no existían en favor del particular. En este sentido, la concesión constituye derechos. Segundo, los derechos que recaen sobre el bien, tienen una naturaleza real, pues tienen las características propias de éstos, es decir, recaen sobre una cosa, son oponibles a terceros y a la propia

---

<sup>147</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., p. 491.

<sup>148</sup> STC 1281, considerando 34°.

<sup>149</sup> Menéndez, Pablo, Op. Cit., p. 249.

Administración, aunque ésta puede imponer cierta precariedad por la revocabilidad que le puede otorgar el ordenamiento jurídico. Estos derechos son “derechos reales administrativos”, pues no se rigen por las normas del derecho privado. Estos derechos reconocen que el dominio público está fuera del tráfico jurídico. Por ello, genera un comercio jurídico público. “No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales –los administrativos- sometidos a un régimen especial y que respetan la afectación del dominio público.”<sup>150</sup>. Estos derechos otorgan a su titular un “haz de facultades”, que puede englobarse en las siguientes: derecho de uso sobre el respectivo bien, que permite su utilización u ocupación; un derecho de goce, que permite obtener a su titular todo lo que el bien produce; en algunas ocasiones, otorga el derecho de consumir el bien (por ejemplo, el derecho consuntivo en las aguas, que permite a su titular consumir totalmente el agua en cualquier actividad, sin obligación de restitución); y el de comercio jurídico, que permite al titular incorporar este derecho al tráfico jurídico, bajo ciertas restricciones<sup>151</sup>. La tercera característica, es que estos derechos son patrimoniales. Ello se traduce en que el derecho sobre la concesión está protegido por el derecho de propiedad; y salvo prohibición expresa, legal o de la propia concesión, pueden establecerse respecto de dicho derecho relaciones jurídicas con terceros, sujetas a las condiciones que el derecho imponga”<sup>152</sup>.

### **12.11. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE CONCESIONES TELEVISIVAS SOBRE UN BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO**

Hemos descrito latamente la dimensión y alcance de un bien nacional de uso público. Sobre la base de sus alcances hay que precaver contra dos tipos de fenómenos.

Por una parte, está la dimensión de quebrantamiento de la disposición de uso común que deben tener los usuarios sobre un bien nacional de uso público como es el espectro radioeléctrico.

En síntesis, las particulares condiciones dentro de las cuales se desenvuelven las concesiones sobre el espectro radioeléctrico exigen un conjunto complejo de derechos y obligaciones para el concesionario. Si la

<sup>150</sup> González Pérez, Jesús (1989), *Los derechos reales administrativos* (Madrid, Edit.Civitas), p. 22.

<sup>151</sup> *Ibíd*, pp. 40 y siguientes.

<sup>152</sup> STC 1281, considerando 37°.

concesión está protegida con derechos patrimoniales que pueden imponer una lógica de transferencia, ésta se da dentro del marco de una relación de fuerte sujeción a los criterios de la Administración del Estado. La constitución de esos derechos como derechos reales administrativos impone la obligación de la explicitación de derechos expresos. Estos bienes se conceden, excepcionalísimamente, con usos privativos asociados al cumplimiento de una finalidad. Por lo mismo, no puede entenderse que cumplen siempre y abstractamente con tal finalidad. La concesión se da por períodos definidos no pudiendo el ordenamiento entender que éstas son indefinidas ni meras consecuencias de tener un derecho sobre ellas.

Este asunto no es nuevo en el Derecho y para ello traeré a colación un ejemplo español en el ámbito de la televisión. Es así como la sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 88/1995 relativa a la televisión local por ondas, estableció con rotundidad: “que las limitaciones técnicas que impone la utilización del espacio radioeléctrico por parte de un número en principio ilimitado de usuarios hace indispensable la previa regulación del medio, la cual sólo puede ser llevada a cabo por el legislador”<sup>153</sup>.

Esta ausencia de normativa legal de determinados aspectos del desarrollo de la televisión digital lesionará severamente derechos de propiedad, legítimas expectativas o derechos adquiridos. La omisión legal sólo se resuelve mediante ley y no con remedos transitorios que crean trastornos en la regulación de un sector industrial radicalmente nuevo como será la televisión digital.

Bienvenida la ley y renovada la soberanía parlamentaria, la estructura de un sector cultural, económica, política y socialmente clave retomará el impulso extraviado entre las dimensiones tecnológicas del problema y los impactos económicos que sobrevendrán al sector.

---

<sup>153</sup> Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Luis y Ortega Álvarez, Luis, Op. Cit., p. 675.



## IV. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

---

“Artículo 153. La educación pública es una atención preferente del gobierno. El congreso formará un plan general de educación nacional; y el ministro del despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República.

Artículo 154. Habrá un superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, y su dirección bajo la autoridad del gobierno” (Constitución de 1833).

“Los convencionales comprendieron exactamente la verdadera idea de la República y la actual situación de la civilización en el país. Ellos vieron, como lo vemos hoy día, que el gran obstáculo a la realización de las instituciones republicanas era la ignorancia. Ellos, como nosotros hoy día, le declararon la guerra y excluyeron de la ciudadanía al que no sabía leer y escribir. Nuestros convencionales quisieron preparar el advenimiento de la democracia por la generalización de la instrucción. La oligarquía primitiva que ellos constituyeron debía ensancharse gradualmente, incorporando a su seno nuevos miembros, a medida que la civilización se difundiera. Para incorporarse en la iglesia de la ciudadanía les exigieron un bautismo, la instrucción primaria”<sup>154</sup>.

La función social y cívica de la educación de inicios del siglo XIX, en una lectura republicana, comprendía que ésta otorgaba el derecho a la ciudadanía como una ventaja y un privilegio respecto del cual estaban excluidos los ignorantes. La sociedad progresó en un sentido inclusivo. No había que esperar la superación de las reglas básicas de la educación para

---

<sup>154</sup> Carrasco Albano, Manuel (1858), *Comentarios sobre la Constitución de 1833* (Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso), pp. 233-234.

conferir la condición de ciudadano. Es inherente al propio desarrollo cívico el ejercicio de la ciudadanía sin exclusiones. Es más, un componente de la educación es la más plena inserción cívica. Sin embargo, las ventajas y privilegios siguen estando presentes en la dimensión educativa. Allí es donde se pre-configuran las reglas de la inequidad. En esa línea, acceder a la universidad siempre representó una aspiración mesocrática y un modo de mitigar la brecha de separación intelectual y social. Pero las ventajas y los privilegios mutan. Hoy parece ser que la Universidad no representa un punto inevitable del ascenso social. Las regulaciones constitucionales y legales ¿colaboran o contribuyen a ese propósito? ¿Puede el Estado tener un mayor poder de intervención sobre la dimensión universitaria? Solo algunas de estas cuestiones están parcialmente respondidas en este apartado, con la convicción plena que las deudas relativas a la dimensión igualitaria del fenómeno educativo superan con largueza esta reflexión<sup>155</sup>.

### 13. EL SENTIDO HISTÓRICO DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La determinación del ámbito protegido por el derecho fundamental a la libertad de enseñanza y su aplicación al derecho iusfundamentalmente adscrito a la autonomía universitaria debe concatenarse con la existencia previa de las universidades en el mundo.

La Universidad ha pasado por diversas etapas históricas. Ésta se configuró en un modelo que predominó desde la Baja Edad Media hasta la concepción universitaria en tiempos napoleónicos, como un esquema que pretendía reconstruir la incipiente noción antropocéntrica de la investigación, el arte y la ciencia. Justamente, este modelo se construye en cierta tensión con la cosmovisión religiosa dominante y, por lo mismo, uno de los elementos en donde se apoya su pervivencia es justamente la noción de “autonomía universitaria”.

Por supuesto, que éste no fue el único esquema sobre el cual se estructuraron las Universidades tal cual las conocemos hoy. Estuvo la reforma napoleónica y la influencia francesa que la promovió y, por supuesto, el modelo de las Universidades estadounidenses. Estos procesos de influencia generaron formas muy diferenciadas de las instituciones jurídicas organizadoras de la Universidad. Por ejemplo, en el esquema

<sup>155</sup> Por poner algunos de los ejemplos más en boga están Atria, Fernando (2012), *La mala educación*, (Catalonia, Ciperchile) y Urzúa, Sergio (2012), “*La rentabilidad de la educación superior en Chile: ¿educación superior para todos?*”, Documentos de Trabajo N° 386, (Centro de Estudios Públicos, Santiago).

universitario estadounidense no existe una noción uniforme de autonomía universitaria, básicamente, por la desvinculación que tienen con la Administración Pública Federal o Estatal y por la enorme titularidad privada de sus dueños. Existen universidades públicas y privadas. En las privadas, es la autonomía privada la que protege la autonomía universitaria. En las públicas, depende de la regulación de cada Estado de la Unión. En todo caso, la autonomía de las universidades estatales tiene conexión con la protección vigorosa de la libertad de expresión. Por tanto, se desenvuelven en un marco jurídico sustancialmente diferente.

Por influencia española, la estructura universitaria que heredamos sí contiene por patrón la noción de “autonomía universitaria” entendida con un sentido colectivo como corporaciones autogobernadas por quienes participan de la actividad académica.

Por tanto, la autonomía universitaria se estructura, siguiendo el esquema jurídico germánico, como una garantía institucional que impone la noción de defensa de un instituto existente, real, con contornos claros y una realidad viva que tiene un valor a defender.

#### **14. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA**

La normativa constitucional es de suyo diferente en materia de organización de la libertad de enseñanza.

Un análisis de modelos constitucionales va desde un extremo de posturas en donde va desde Irlanda hasta el de Dinamarca. En el primero, existe un régimen constitucional de libertad de enseñanza y de asignación y respeto del derecho de los padres a escoger el establecimiento y el tipo de educación moral y religiosa que estimen conveniente. Con ello, la estructura educativa irlandesa plantea un régimen de subsidiariedad del Estado, dónde éste participa restrictivamente. “La enseñanza pública, por tanto, sólo se establecerá allí donde la enseñanza privada no cubra las necesidades educativas; en este supuesto, la enseñanza pública respetará las convicciones morales y religiosas de los padres y de los alumnos. Por su parte, la enseñanza privada será subvencionada con fondos públicos sin discriminación entre las diferentes confesiones, por lo que se supone que la enseñanza privada será, en todo caso, confesional”<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> Souto Paz, José Antonio (1999), *Comunidad política y libertad de creencias* (Madrid, Marcial Pons), p. 446.

Por el contrario, en Dinamarca se reguló un esquema diametralmente diferente en donde no hay reconocimiento de la libertad de enseñanza ni menos a la privada. Se reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos bajo los parámetros de la educación estatal.

Además, importantes Constituciones desarrolladas con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial no incorporaron cláusulas explícitas en materia de libertad de enseñanza.

De hecho, en instrumentos internacionales de derechos humanos introdujeron el derecho a la educación y como concatenación la libertad de enseñanza.

En este sentido, nos encontramos frente a un haz de derechos que va desde el reconocimiento al derecho de los padres a educar a sus hijos, el derecho a una enseñanza libre, la libertad de enseñanza, la libertad de crear y abrir centros educativos de nuestra elección, el derecho a definir el ideario del centro educativo, la libertad de cátedra y la autonomía universitaria. También están definidos un conjunto de deberes como la aspiración a una educación universal, el deber del Estado de garantizar educación gratuita en determinadas niveles así como los deberes relativos al patrimonio cultural, artístico y científico con las subvenciones correspondientes.

Este complejo de derechos dificulta una comprensión unívoca de este derecho en el solo nivel constitucional comparado y bajo una determinación puramente abstracta. La libertad de enseñanza es una libertad de amplia conformación legal, en donde la libertad del legislador apenas tiene restricciones constitucionales de contenido.

Sirva esta definición para indicar que las conclusiones relativas a modelos extranjeros tienen límites. No obstante, más significativa resulta ser el relevar la dimensión de las soluciones jurisprudenciales a problemas similares.

No obstante, de este conjunto de regulaciones constitucionales básicas sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza hay un tópico que se desmarca de estas generalidades. Estamos hablando del nivel superior, terciario o simplemente universitario.

La sola idea de universidad en los textos constitucionales escasea y se entiende como uno de los centros educativos amparados bajo el reconocimiento de la libertad de enseñanza.

No obstante, hoy la confusión resulta evidente respecto de qué es lo que exactamente se garantiza detrás de la noción de “escuela pública”, “escuela privada”, “escuela mixta”, “escuela concertada”, etc. Esta am-

bigüedad esencial en la estructura organizativa de un país no está presente en la idea de “universidad”. Sabemos de qué se trata, aún cuando algunas Constituciones no mencionen ni la garantía constitucional de la autonomía universitaria.

¿Por qué esto? Porque la idea de universidad es una noción que identifica transversalmente un conjunto amplísimo de modelos educativos diferentes. Allí donde la financiación pública, los programas educativos, la carrera docente y los controles estatales sobre algunos procesos educativos modifican sensiblemente el espacio normativo de la educación pre-escolar, primaria y secundaria, ello no acontece con la Universidad.

La Universidad manifiesta una “institución”. Es el reflejo de un estadio de evolución hasta constituir propiamente una “institución” y, por lo mismo, a los efectos de proteger su “autonomía universitaria” el Derecho Comparado la califica como dotada de “garantía institucional”. Este aspecto diferencia sustancialmente los ciclos educativos y los derechos fundamentales que se tienen por nivel.

## **15. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La noción de garantía institucional es una elaboración doctrinaria y jurisprudencial a partir de las normas directamente estatuidas por la Constitución.

Esta es esencialmente una teoría alemana que ha sido confusamente expresada y donde sus aplicaciones prácticas no resultan de simple aplicación. Más allá de ser el reflejo manifiesto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales sus contornos confluyen en consolidar una garantía sobre un complejo normativo preexistente y, por lo mismo, tiene una aplicación tan específica a instituciones como la propiedad, el matrimonio y la universidad.

En la fecunda Escuela de Derecho Público alemana uno de los primeros en especificar esta noción es Carl Schmitt señalando que “la garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aún cuando las tareas no estén especializadas

en particular, y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación”<sup>157</sup>.

El objeto de su consagración lo ejemplifica con la universidad. “La garantía constitucional de la libertad de la ciencia y de su enseñanza (artículo 142), llamada por R. Smend derecho fundamental de la Universidad alemana, contiene una garantía institucional. No es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional con la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional”<sup>158</sup>.

Esta definición schmittiana ha sido criticada por dos tipos de razones. Primero, por realizar una distinción radical que separa la garantía institucional de los derechos fundamentales. Y segundo, por la concepción particular de Schmitt, que refleja muy bien en su Teoría de la Constitución al identificar buena parte de las consecuencias de un modelo liberal de derechos, otorgándole un peso superlativo a los derechos de defensa, de inviolabilidad o puramente negativos. Por tanto, la aceptación actual de un papel ambivalente del Estado, como garantía y amenaza al mismo tiempo de los derechos fundamentales, supera esta lectura estricta de garantía institucional. “La comprensión reciente tiende a ver en las normas sobre derechos fundamentales no solamente derechos subjetivos que de ellas se deducen. [...] Al mismo tiempo se produce también una protección institucional mediante la garantía de determinadas instituciones. Los artículos 33.5 y 28.2 LFB garantizan a los favorecidos, junto a la garantía de la institución, derechos accionables ante los tribunales de justicia, de que la institución no se verá afectada en su esfera nuclear”<sup>159</sup>.

La valoración positiva de esta noción es constituir una fuente que evite la supresión de la institución misma y, agregaríamos con Stern, de los elementos que puedan desvirtuarla.

Adicionalmente, resulta claro que no es posible separar la idea de garantía de la de derechos fundamentales. La garantía institucional es una modalidad de protección del derecho fundamental como lo sostuvo Francisco Rubio Llorente en la STC 27/1987 del Tribunal Constitucional de España. “La idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales

<sup>157</sup> Schmitt, Carl (1992), *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza, Primera reimpresión), p. 175.

<sup>158</sup> *Ibid*, p. 177.

<sup>159</sup> Stern, Klaus (1987), *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 274-275.

que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece esta distinción, sino variedades de los derechos fundamentales, como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad, o en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades básicas”<sup>160</sup>.

Esta vinculación entre ambos la había hecho el jurista que ha llevado más lejos la teoría acerca de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. “El carácter instituido de los derechos fundamentales no hay que entenderlo rígidamente, sino de un modo relativamente elástico. Los ajustes son admisibles y eventualmente son obligados. Puesto que los ámbitos vitales de los derechos fundamentales se llenan por medio de la actividad personal y creativa de los titulares de los mismos, puesto que son acuñados por medio de la libertad y puesto que las relaciones efectivas, el sustrato sociológico, están sujetos a transformaciones, el derecho fundamental como instituto no es una medida rígida”<sup>161</sup>.

Teniendo clara la idea de la institución hay que aplicarla a la defensa de la autonomía universitaria.

## 16. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La discusión jurídica española es esencialmente contingente y tributaria de la discusión respecto de la sentencia 26/1987, relativa a la muy importante Ley Orgánica de Reforma Universitaria.

En este fallo el Tribunal Constitucional le otorgó el rango de “derecho fundamental a la autonomía universitaria” establecido como mecanismo de protección en el artículo 27.10 de la Constitución Española.

Hasta antes de este fallo la doctrina se dividía en quiénes querían otorgarle ese estatus o el de garantía institucional que venía inducido desde su vertiente alemana. A partir, del fallo en un reconocimiento de ambas condiciones se han aproximado las tesis respecto de entender que la dimensión objetiva del derecho fundamental a la autonomía universitaria se articula como si fuese una garantía institucional.

---

<sup>160</sup> Baño León, José María (1988), *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española* (REDC, N° 24), p. 158.

<sup>161</sup> Haberle, Peter (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Dykinson), p. 111.

Más allá de estas consideraciones contingentes, en este sentido, la autonomía universitaria como garantía institucional es entendida conceptualmente en los siguientes términos. Con ello, se refuerza el núcleo de lo que es la garantía institucional entendida como la protección, promoción y defensa de “supuestos de hecho normativos cerrados o determinados complejos normativos” (...) y es la “garantía de la Universidad y del autogobierno académico, como una garantía parcial de la libertad de ciencia, investigación y enseñanza”<sup>162</sup>.

Por tanto, se defiende una realidad preexistente, conformada no por una existencia sociológica sino que por una existencia jurídica entendida como “complejo normativo” que muy pocas instituciones tienen previamente a un orden constitucional nuevo. La defensa de la autonomía universitaria reside esencialmente en la defensa de ese conjunto cerrado de normas que, de abrirse al examen externo vulneraría esa autonomía y la haría dependiente de otros. Por supuesto, que el complejo normativo se defiende en el entendido que está dentro del estándar constitucional de un Estado de Derecho democrático, esto es, con pleno respeto a los poderes del Estado y a los derechos fundamentales de las personas.

### **16.1. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA QUE SE DEFIENDE**

Para Luis María Díez-Picazo “la autonomía universitaria significa, en sustancia, que las universidades deben ser corporaciones autogobernadas por quienes participan en la actividad académica, esto es, por los profesores, y, en su caso, los alumnos y el personal administrativo”<sup>163</sup>.

¿Qué importancia tiene para la defensa de la autonomía universitaria la noción de garantía institucional?

El alcance de vincular la garantía institucional a la defensa de la autonomía universitaria tiene un efecto fundamental, cual es de precaver contra la abrogación, limitación o eliminación de esta institución. “Mediante esta técnica de desarrollo infraconstitucional, la institución garantizada pasa a ser uno de los pilares básicos del sistema fundamental de la libertad y con independencia de que den lugar a verdaderos derechos subjetivos o determinen tan sólo regulaciones objetivas, aparecen dotados de una específica eficacia constitucional frente a su eventual elimina-

<sup>162</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo (1994), *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1ª Edición), p. 72.

<sup>163</sup> Díez-Picazo, Luis María (2005), *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid, 2ª Edición, Thomson, Civitas), p. 478.

ción, o modulación por el legislador ordinario. Se trata, en definitiva, de “hacer resistentes” una serie de regulaciones”<sup>164</sup>.

Cuando se garantiza la autonomía universitaria hay que atender a la profundidad de su protección institucional y cuán resistentes van a ser los derechos propios de la Universidad. ¿Eso quiere decir que es resistente a todo tipo de normativa externa? Por supuesto que no.

Y es fundamental verificar el alcance de esta autonomía. Siguiendo con el ejemplo español veamos cuál es su alcance. “La actividad de la Universidad y su autonomía se fundamentan en la libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio. A su vez, comprende, entre otros aspectos, la elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación, la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia; la admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes; la expedición de sus títulos y diplomas; la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones que han de desarrollar sus actividades”<sup>165</sup>.

Por tanto, la organización académica, las estructuras de soporte de la tarea investigativa y docente; el régimen estudiantil y disciplinario; el régimen laboral interno; la dimensión notarial y de titulación, la administración de servicios y las condiciones de ejercicio y funcionamiento de la Universidad son cuestiones que integran el autogobierno universitario.

La autonomía universitaria tiene un contenido esencial o núcleo que debe ser respetado. “El derecho fundamental tiene, no obstante, como contenido esencial, la potestad de autoformación consistente en poder elaborar los propios Estatutos, que sólo pueden ser sometidos a controles de estricta legalidad, la elección de sus órganos de gobierno, la selección de su personal y el desarrollo libre de la actividad académica –de enseñanza, de estudio y de investigación– sin injerencias extrañas (STC 156/1994, de 23 de Mayo con referencias a otras anteriores)”<sup>166</sup>.

Esta autonomía universitaria no sólo es un instrumento que precave contra las injerencias externas que la pongan en cuestión sino también contra los actos internos que la afecten. Justamente allí reside el valor de

<sup>164</sup> Barnes Vázquez, Javier (1984), *La educación en la Constitución de 1978*. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 4, Número 12, Madrid, p. 38.

<sup>165</sup> Souto Paz, José Antonio, Op. Cit, p. 493

<sup>166</sup> Rodríguez-Zapata, Jorge (1996), *Teoría y práctica del Derecho Constitucional* (Madrid, Tecnos, 1ª edición), p. 359.

garantizarla como derecho fundamental o como derivado de la libertad de enseñanza.

## 16.2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Es claro que los actos jurídicos que pretende resguardar el derecho fundamental de la autonomía universitaria residen en los actos externos y en las injerencias indebidas sobre ese núcleo de decisiones autónomas.

Pero, ¿quién es el titular de este derecho?

En ese sentido, Díez Picazo sostuvo que la concepción predominante acerca de la autonomía universitaria “entraña el hecho que la administración de las universidades ha de ser independiente del Estado (aspecto externo) sino también que debe tratarse de una administración autogestionada (aspecto interno); es decir, las personas individuales (profesores, estudiantes, etc.) y las subdivisiones internas (Facultades, departamentos, etc.) también son beneficiarios de la autonomía universitaria frente a la universidad misma y, por consiguiente, el titular del derecho a la autonomía universitaria no puede ser la universidad como persona jurídica global”<sup>167</sup>. Por lo mismo, es que la STC 26/1987 del Tribunal Constitucional español atribuyó dicha personería a la “comunidad universitaria”.

Este aspecto ha sido objeto de duro cuestionamiento por la ambigüedad del concepto de “comunidad universitaria”.

Sin embargo, el criterio de Pérez Royo es específico en orden a atribuir que “este es el único derecho fundamental reconocido en la Constitución cuya titularidad no corresponde a las personas físicas. Corresponde a cada Universidad. Cada Universidad es, por tanto, el individuo titular del derecho (STC 235/1991, FJ 1º)”<sup>168</sup>.

Por tanto, en las conclusiones provisorias que verificaremos en su validez para el caso chileno nos encontramos con el derecho fundamental a la autonomía universitaria, basada en la noción de garantía institucional, con un alcance de su autonomía en la dimensión académica, administrativa, económica y científica, y con una titularidad colectiva residente en la comunidad universitaria, abarcadora de una defensa respecto de la injerencia estatal indebida y también en las relaciones intra-universitarias.

<sup>167</sup> Díez-Picazo, Luis María, Op. Cit, pp. 479-480.

<sup>168</sup> Pérez Royo, Javier (1999), *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid, 6ª Edición, Marcial Pons), p. 523.

Por supuesto, que el modelo español se apoya expresamente en el artículo 27.10 de la Constitución de 1978 para fundamentar esta postura.

### 16.3. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

El desarrollo de normativa constitucional sobre las Universidades ha sido más bien episódico en la historia constitucional chilena. Lo anterior, no quiere decir que no haya estado amparada por derechos fundamentales. Todo lo contrario, desde la reforma constitucional del 13 de Agosto de 1874 se incorporó en la Carta de 1833 el reconocimiento a la “libertad de enseñanza” en el artículo 12, N° 6, inciso sexto<sup>169</sup>.

Esta libertad fue incluida en la Constitución de 1925 en el artículo 10, N° 7, en donde se señala: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República (...) La libertad de enseñanza. La educación pública es una atención preferente del estado. La educación primaria es obligatoria. Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno”<sup>170</sup>.

Hasta esta fecha no existía duda ninguna respecto que la libertad de enseñanza era la garantía que permitía el despliegue del haz de potestades de la Universidades, particularmente, de su autonomía. Este era un derecho que la doctrina y la jurisprudencia habían establecido sus alcances específicos en el contexto, de lo que se denominaría hoy, la *vis expansiva* de un derecho fundamental.

No obstante, fuertes procesos de reforma universitaria en la década del sesenta del siglo XX, en un contexto de cambios políticos y sociales significativos, llevaron al establecimiento del Pacto de Garantías Constitucionales sobre las cuales se construyera un nuevo consenso en aspectos críticos de la sociedad chilena de aquel tiempo.

Es así como la ley de reforma constitucional N° 17.398, de 9 de Enero de 1971, estableció una nueva estructura fundamental para la Universidad en el más alto rango de la jerarquía normativa.

En síntesis, este cambio implicó el siguiente régimen de enseñanza universitaria:

“(i) Organización. Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado, son persona jurídicas dotadas de autonomía administrativa, económica y académica.

---

<sup>169</sup> Valencia Avaria, Luis (1951), *Anales de la República* (Imprenta Universitaria), p. 187.

<sup>170</sup> *Ibíd*, p. 234.

(ii) **Financiamiento.** Se establece la obligación del Estado de promover su financiamiento para que puedan cumplir plenamente sus funciones conforme a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.

(iii) **Ingreso.** Se garantiza que el ingreso a las Universidades se hará exclusivamente en función de la idoneidad de los postulantes, que deberán ser egresados de la enseñanza medio o tener estudios equivalentes que le permitan cumplir con las exigencias objetivas de tipo académico.

(iv) **Carrera académica.** El ingreso y promoción a la carrera académica de profesores e investigadores se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes.

(v) **Libertad de cátedra.** Se establece que el personal académico será libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas cumpliendo con el deber de ofrecer a sus alumnos las informaciones necesarias sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

(vi) **Libertad estudiantil.** Los estudiantes serán libres para la expresión de sus ideas y escoger en cuanto sea posible la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran<sup>171</sup>.

Con esta modificación se incorporaban expresamente la garantía institucional de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra como derecho subjetivo de los académicos, reflejando la dimensión objetiva y subjetiva de la libertad de enseñanza en Chile. Bajo el mandato de la Constitución de 1925 y por el escaso tiempo que duró esta reforma específica, se podría sostener que sí existía un derecho fundamental a la autonomía universitaria con rango constitucional.

## **17. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA CONSTITUCIÓN ACTUAL**

Con estos criterios estamos en condición de explicar la autonomía que la Constitución preserva a las instituciones educativas y, especialmente, a las Universidades.

La autonomía universitaria en la Constitución tiene dos fuentes de directo reconocimiento: una garantía institucional genérica como cuerpo intermedio y una garantía institucional específica como Universidad.

<sup>171</sup> Ministerio Secretaría General de la Presidencia, “Reformas a la Constitución de 1925”, [www.minsegpres.cl](http://www.minsegpres.cl)

Primero, el artículo 1, inciso tercero, de la Constitución dispone como una de las bases de la institucionalidad la norma por la cual “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Alejandro Silva Bascuñán explica que la noción sobre “grupo intermedio” probablemente no resulta afortunada siendo más deseable la expresión “cuerpo intermedio”. No basta la existencia de un grupo para el desarrollo de esta autonomía sino que éste debe satisfacer los criterios de unidad y permanencia necesarios para superar la mera dimensión accidental de una organización. En tal sentido, no duda en calificar a la Universidad como uno de estos cuerpos intermedios. Y en tal sentido, “en relación con los cuerpos intermedios, tres obligaciones impone el constituyente al Estado como son: 1) reconocerlos, 2) ampararlos y 3) garantizar su adecuada autonomía”<sup>172</sup>.

La Universidad es un cuerpo intermedio y la naturaleza estatal de algunas de ellas no le priva de esta condición.

Lo anterior, porque existe la garantía institucional específica que deriva el reconocimiento de la autonomía universitaria como directa deducción del “*derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales*.”(artículo 19, N° 11, inciso primero, de la Constitución).

Esta libertad ha sido entendida en una perspectiva amplia. Es así como Humberto Nogueira concuerda con la opinión de Miguel Ángel Fernández “situados, entonces, en una interpretación *pro homine* del precepto constitucional tiene que reconocerse que la libertad de enseñanza incluye los derechos que expresa el artículo 19, N° 11, incisos primero y cuarto, sin perjuicio de otros que formen parte de su esencia, cuya especificidad puede ser aclarada acudiendo a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, con el objetivo de comprender la cabal extensión de la libertad de enseñanza”<sup>173</sup>.

Por tanto, se deduce claramente la garantía institucional de la autonomía universitaria desde el reconocimiento expreso de la libertad de enseñanza y ello es ratificado por la legislación y la jurisprudencia constitucional.

La Constitución en sus artículos 19, N° 10 y N° 11, dispone por separado el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Por supuesto, que esta separación no es conceptual puesto que están absolutamente imbricados, siendo el primero supuesto del posterior.

<sup>172</sup> Silva Bascuñán, Alejandro (1997), *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición), Tomo IV, p. 48.

<sup>173</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, Op. Cit., p. 39.

Sin embargo, esta separación sí tiene efectos respecto de las garantías que rodean la protección de este derecho, ya que sólo la libertad de enseñanza está cautelado por el Recurso de Protección, en cambio, el derecho a la educación fue visto por la Junta de Gobierno como un derecho social y carente de garantías jurídicas, aún cuando la Comisión Ortúzar lo entendía amplio a todos los derechos constitucionales.

Este retorno a la noción de “libertad de enseñanza” implica que los contenidos insitos y no descritos expresamente, ¿no serán parte del contenido constitucionalmente protegido por el artículo 19, N° 11, de la Constitución?

En este punto, es esencial traer a colación la opinión de Enrique Evans que en la historia constitucional chilena, la regla general era “que el texto constitucional se limita a consagrar la libertad de enseñanza, pero no la define; en otros términos, no la desarrolla. Cree (...) que el precepto, en forma escueta se limita a garantizar la libertad de enseñanza, pero piensa que en el país han sido la doctrina constitucional, los tratadistas, la jurisprudencia los que han ido señalando cuál es el ámbito que en que juega la libertad de enseñanza y el sentido que ella tiene en el texto constitucional. Es así como hoy en día (1975) no hay tratadista de Derecho Constitucional que no acepte que la libertad de enseñanza en Chile implica la verdad y la realidad de tres valores o bienes jurídicos: el derecho esencial de los padres a educar a sus hijos y a elegir el maestro de ellos; el derecho de los particulares para abrir y mantener establecimientos educacionales, y la libertad de cátedra del maestro. Si se abren textos de Derecho Constitucional chileno, se encontrará que todos, en términos más o menos amplios, aceptan que la libertad de enseñanza consagrada en la Constitución implica la vigencia de estos tres bienes jurídicos”.

Más adelante, se pregunta el Comisionado Evans sobre los efectos jurídicos que tendría precisar conceptualmente este derecho fundamental. “Si se define lo que la Constitución entiende por libertad de enseñanza, ¿no se estará restringiendo el campo de garantía que cubre la libertad de enseñanza? Porque, por definir, se puede encontrar el día de mañana con que hay bienes jurídicos que no están incluidos en la definición y que merecen una cautela del legislador, como por ejemplo, mencionando al azar, la libertad de investigación, que le parece que en una primera aproximación no debiera quedar en el texto constitucional, pues podría ser el día de mañana tema de debate o abrirse una controversia frente a dicha materia. Si no está definida, si no está amparada expresamente por el texto constitucional que definió la li-

bertad de enseñanza, puede encontrarse con que habría debate acerca de si la Constitución garantiza o no la libertad de investigación”<sup>174</sup>.

Por tanto, desde los estudios de la Constitución de 1980 que se adoptó la decisión de ampliar expresamente los contenidos del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza en la propia Constitución. Sin embargo, junto con ello, la ausencia de definiciones relativas a la libertad de enseñanza dejan incólume la idea de que nos encontramos frente a una libertad que despliega todos sus contenidos constitucionales en y respecto de los cuales los límites legales y, particularmente, la acción del Estado en la dimensión reguladora deben interpretarse restrictivamente. Aquí opera en plenitud el principio interpretativo *pro homine* o *favor libertatis*. Lo anterior, es absolutamente fundamental debido a la ausencia de referencias expresas en la Constitución acerca de la autonomía universitaria pero sí como deducción de la libertad de enseñanza. En términos dogmáticos, nos encontraríamos frente a un derecho iusfundamentalmente adscrito y expreso. “Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamentalmente correcta”<sup>175</sup>.

¿Cuáles son los contenidos expresos de la libertad de enseñanza?

Calificar estos criterios supone definir qué entendemos por la garantía de la libertad de enseñanza.

Para ello, simplemente reseñaremos algunos textos constitucionales que lo definen.

“La libertad de enseñanza puede ser definida, en su sentido formal, como la facultad de participar en a transmisión metódica de información y conocimientos, de manera gratuita o remunerada, a alumnos o estudiantes del sector público o privado en cualquiera de sus niveles. En su acepción informal, tal enseñanza sigue siendo el proceso de transmisión sistemática de información y conocimiento, en la familia, los medios de comunicación y otras instancias”<sup>176</sup>.

Esta libertad contiene un conjunto amplio de garantías en su núcleo fundamental. Para Humberto Nogueira este derecho a libertad de enseñanza comprende las siguientes facultades: “1.- La facultad de toda persona natural o jurídica de entregar o transmitir a otros individuos los

<sup>174</sup> Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, Sesión 135º, 3 de Julio de 1975, TT.GG., Gendarchile, pp. 10-11.

<sup>175</sup> Alexy, Robert (1997), *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), p. 71.

<sup>176</sup> Cea Egaña, José Luis, Op. Cit., p. 339.

conocimientos que posee de manera formal o informal, determinando sus objetivos y métodos. (...) 2.- La facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza, diferentes de las creadas directamente por el Estado, teniendo ambos tipos de establecimiento plena autonomía. (...) 3.- El derecho de los padres o tutores legales a escoger el establecimiento de enseñanza en el que sus hijos o pupilos desarrollarán el proceso de enseñanza-aprendizaje”<sup>177</sup>.

En una línea similar, aún cuando más amplia que la anterior, está la definición de Biggs Weber en el sentido que “la libertad de enseñanza pretende garantizar cuatro bienes jurídicos. En primer lugar, el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, lo cual importa una independencia económica y una autonomía académica. En segundo lugar, el derecho de los padres de elegir el establecimiento educacional para sus hijos, es decir, sus idearios, sus profesores, su orientación, la manera de enfocar los planes obligatorios, etc. Lo anterior, como manifestación de la facultad esencial que tienen los padres de formar a sus hijos. En tercer lugar, la libertad para escoger el sistema de enseñanza, o sea, la forma en que se imparte la materia para una mejor comprensión del alumno. Finalmente, la libertad de cátedra para definir el contenido y enfoque que cada profesor desee dar a su asignatura. Esta libertad se ejerce plenamente, no obstante, el Estado fije las materias mínimas que deben cumplir cada nivel de enseñanza”<sup>178</sup>.

### 17.1. LOS RANGOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA UNIVERSITARIA

Antes de definir positivamente el contenido autónomo de la dimensión universitaria, resulta clave estimar cuál es el papel del Estado en la libertad de enseñanza porque se puede asumir que se está argumentando una dimensión superlativa y supraconstitucional de la noción de autonomía universitaria en circunstancias que estamos definiendo sus contornos sometidos bajo la Constitución y las leyes.

La dimensión estatal en la educación se da a la par de las exigencias de promover y respetar la libertad de enseñanza. En tal sentido, la “Constitución concibe la enseñanza como un ámbito del que el Estado no puede retirarse, ni los particulares pueden ser expulsados”<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, Op. Cit., pp. 39-45.

<sup>178</sup> Citado por *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, LOM, p. 210.

<sup>179</sup> Díez-Picazo, Luis María, Op. Cit., p. 419.

Esta imbricación es clave para entender el por qué de la confusión de entender qué la tarea educacional ejercida por la Universidad sea asumida como un “servicio público”.

En primer lugar, el Estado cumple de muy diversas maneras su responsabilidad en las tareas educacionales que le exige la Constitución. En un parangón similar, se ha entendido que aquí “el derecho-prestación es un deber para el Estado de cumplimiento inexcusable”<sup>180</sup>.

Lo anterior, significa que este derecho-prestación se manifiesta respecto del Estado en un conjunto amplio de actividades.

Por una parte, existe un Estado-docente que realiza directamente la tarea educativa. Aquí hay que indicar que esta tarea tiene un límite ya que la idea esencial es “entender la libertad de enseñanza como exclusión del monopolio estatal en esta materia y fuente del derecho correlativo de todos los ciudadanos a enseñar sus conocimientos e ideas”<sup>181</sup>. Por tanto, hay un Estado docente no monopólico.

También está el Estado-regulador que define los planes de enseñanza, los contenidos mínimos y obligatorios, los requisitos de admisión, de desarrollo y titulación, etc. Es el Estado que debe definir en la Ley Orgánica Constitucional la libertad de enseñanza en todos los niveles.

Por otro lado, está el Estado-prestador que debe garantizar la educación básica y media con gratuidad imponiéndole el deber de subvencionar estos niveles. En la misma dimensión está la obligación de financiar el segundo nivel de transición de educación pre-escolar o parvularia, sin constituir requisito para el ingreso a la educación básica.

Existe el Estado – promotor que debe contribuir al compromiso de los privados, de la comunidad y de los padres en la prestación de todos los niveles de enseñanza formal, respetando la autonomía de sus decisiones.

También en una dimensión significativa para este derecho fundamental está en lo que denominaríamos el Estado – policía, en el entendido, de aplicar al interior de los sistemas de enseñanza formal las reglas generales relativas a la higiene, la seguridad de alumnos y docentes<sup>182</sup>. Agregaríamos la dimensión del orden público y los derechos fundamentales de los estudiantes y trabajadores.

<sup>180</sup> Pérez Royo, Javier, Op. Cit., p. 521.

<sup>181</sup> Satrústegui, Miguel en López Guerra, Luis *et al* (1997), *Derecho Constitucional* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 3º Edición), p. 356.

<sup>182</sup> *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, Gobierno de Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, LOM, p. 209.

Finalmente, está el Estado – abstencionista, esto es, el Estado que debe asumir que la libertad de enseñanza tiene un contenido propiamente liberal respecto de la cual hay un haz de atribuciones que se defienden con la abstención estatal. Esta abstención es de doble naturaleza. Primero, es una abstención institucional, esto es, que debe respetar la autonomía de las instituciones educativas, en cuanto perteneciente a la autonomía propia de los cuerpos intermedios consagrado en el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución. Y, en segundo lugar, hay una abstención ideológica, esto es un mandato constitucional expreso de que “la enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político-partidista alguna” (artículo 19, N° 11, inciso tercero, de la Constitución).

La diversidad de funciones estatales en la actividad educativa configura posiciones jurídicas diferenciadas en relación con la manera en que se traba el vínculo específico entre el Estado y la Universidad. Todo ello tiene severas implicancias en su efecto sobre la autonomía universitaria.

## **17.2. LA PROFUNDIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL Y LA PUBLIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD EDUCATIVA**

Esta amplia gama de actividades y prohibiciones del Estado en materia educativa hace insustituible su papel en el ejercicio de estos derechos fundamentales pero ello no debe llevar a una confusión conceptual sobre la calificación de esta imbricación.

Como ya hemos sostenido “lo que ahora interesa destacar es que la configuración constitucional de la enseñanza como una actividad libre no obsta a su simultánea configuración como una tarea del Estado. Ambos aspectos deben coexistir: ni el Estado puede arrogarse el monopolio sobre la enseñanza ni los particulares pueden privar al Estado de su cometido tanto regulador como prestacional, en la materia. (...) La actuación pública en materia educativa no sólo ha de respetar la libertad de enseñanza de los particulares, sino que queda también internamente condicionada por otros derechos fundamentales y garantías institucionales, como son la libertad de cátedra, la gestión participativa de los centros de enseñanza o la autonomía universitaria”<sup>183</sup>.

Esta confusión se produce de dos maneras. Primero, por el hecho de que los privados, los cuerpos intermedios y las familias son tan insustituibles en la función educativa que se extrema la argumentación respecto del papel que cumplen asociándola a una noción de servicio público. Y la segunda, porque la intervención educativa estatal es inferior a medida

<sup>183</sup> Díez-Picazo, Luis María, Op. Cit., pp. 471-472.

que crece el nivel de enseñanza. Desarrollaremos los dos criterios con los cuáles se puede construir un formato explicativo que concilie derechos fundamentales institucionales y personales en relación con las potestades regulatorias del Estado en materia de educación en cualquier nivel que ésta se preste.

#### **EDUCACIÓN: ¿SERVICIO PÚBLICO O FUNCIÓN PÚBLICA?**

Se ha entendido que este deber estatal es asimilable a la dimensión del “servicio público”<sup>184</sup>. La pregunta es si toda la actividad estatal en materia educativa tiene un estatus institucional de “servicio público”, en cuanto órgano dependiente de la Administración del Estado en el ejercicio de un cometido público. En este punto, resulta interesante la comparación que hace la doctrina española que califica de “servicio público” la tarea educativa de la misma manera que lo es la tarea de difundir información por un medio de comunicación social por tratarse de una concesión televisiva otorgada por el Estado. “La libertad de enseñanza pone de relieve la dimensión ideológica de las demás libertades constitucionales de este ámbito, pero de su reconocimiento no se desprenden nuevas prerrogativas de los diferentes actores del sistema educativo, ni un determinado modelo organizativo del mismo, que fuera incompatible, por ejemplo, con la configuración de la educación como servicio público ( del mismo modo que la libertad de información no es incoherente tampoco con la consideración de la televisión como servicio público. En último término, el reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza lo que conlleva es la exigencia de que las libertades de los titulares de los centros, de los profesores y de los padres, no sean sacrificadas, en la configuración del sistema educativo, a otros derechos o potestades, o unas a las otras”<sup>185</sup>.

¿Acaso esta asimilación debe implicar que los canales de televisión son un servicio público no importando si son estatales, privados o autonómicos como podría ser el ejemplo español?

Existen múltiples casos, ahora en el caso estadounidense, en donde se plantean hasta dónde pueden llegar las regulaciones estatales y qué impacto tiene sobre la calificación del vínculo entre el Estado y el privado

---

<sup>184</sup> La discusión de base de este apartado se fundamenta en la adscripción plena de la Universidad de Chile a la categoría de servicio público sometida a todas las reglas funcionales de esa dependencia, incluyendo las derivadas de la Contraloría General de la República. No obstante, estas reflexiones abarcan mucho más que el reduccionismo administrativista de esta configuración normativa.

<sup>185</sup> Satrústegui, Miguel, Op. Cit., p. 357.

en la misma función educativa. “La jurisprudencia nos indica de forma prácticamente unánime que la mera regulación estatal de la enseñanza privada, el simple sometimiento de una escuela privada al procedimiento de homologación o la ayuda económica estatal al centro educativo, no constituyen por sí mismos elementos suficientes para considerar la actividad educativa desarrollada como parte de la acción estatal”<sup>186</sup>.

Sirvan estos ejemplos para sostener que es muy probable que la tesis que identifica la tarea de la educación con el servicio público sea una idea que haya que poner en contexto y no asumir una hipótesis literalista.

En esa lógica es correcta la noción de “servicio público” entendida de manera amplia o con mayor precisión se trata de una auténtica “función pública”. Pero su traslado a la noción de “servicio público” como institucionalidad administrativa del Estado es forzar las consecuencias.

#### A MÁS ALTO NIVEL DE ENSEÑANZA MAYOR AUTONOMÍA

El derecho comparado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en materia de libertad de enseñanza ha sido claro en identificar el ámbito de la autonomía según el nivel de enseñanza.

Es interesante traer a colación dos modelos educativos habida cuenta de la multiplicidad de ellos. Por una parte, Estados Unidos con una fuerte reivindicación de la enseñanza privada y con un activismo esencial de las comunidades y los particulares en el desarrollo educativo.

En esta línea, existe múltiple jurisprudencia relativa a casos en donde se ratifica que el Estado sí interviene con mayor amplitud dependiendo el nivel escolar. No hay violación de la autonomía o del ideario del centro con medidas de intervención, por ejemplo, en su dimensión de Estado subvencionador o de Estado – policía. Así por ejemplo, “en *Board of Education of Baltimore County v. Wheat* el Tribunal aceptó la constitucionalidad del transporte escolar público de alumnos de una escuela religiosa, al poner en relación esta práctica tanto con el interés del Estado en que todos los niños reciban una educación como con el derecho de los padres a enviar a sus hijos a escuelas privadas; de la conjunción de ambos factores se dedujo que, con la medida de financiación, el Estado no hacía sino contribuir a la aplicación de la legislación en la materia de enseñanza obligatoria”<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> Polo Sabau, José Ramón (1999), *La libertad de enseñanza en el derecho norteamericano* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones), p. 259.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, p. 213.

Un modelo educacional de fuerte imbricación mixta, estatal y privada, y sin una sólida tradición de educación pública como es el caso español, puede resultar interesante como una aproximación a los dilemas presentes para el caso chileno.

También en el ámbito de la jurisprudencia constitucional se expresa que “en el aspecto positivo, esta libertad significa la determinación autónoma por el profesor del contenido y método de la investigación y de la enseñanza, autonomía que no puede existir, en igual medida, en todos los niveles del sistema educativo. En su grado máximo, esta libertad positiva sólo corresponde a los docentes de los niveles superiores (y más concretamente a los Catedráticos y Profesores Titulares de la Universidad y de la Escuela Universitaria (...) quienes tienen reconocida plena capacidad docente e investigadora. En los niveles inferiores, por el contrario, dice el Tribunal Constitucional, y de modo en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo, puesto que, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor, y de la otra, y sobre todo, este no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones”<sup>188</sup>.

Por lo demás, esta mayor autonomía del rango universitario se corresponde con la plena titularidad de derechos fundamentales de quienes son sujeto de la educación en un contexto de mayoría de edad y con pleno ejercicio de todos sus derechos, partiendo de la libertad de conciencia.

Por tanto, el Estado que asumimos en este texto está lejos de carecer de potestades, todo lo contrario, pero un marco de amplias tareas que a veces pueden anular unas a otras. No es posible desconocer derechos fundamentales de las instituciones educativas sobre la base de imponer una interpretación excesiva sobre sus obligaciones y vínculos con el Estado. Mal que mal se trata de una libertad, la de enseñanza, en donde la regla general es partir desde la amplia configuración de la titularidad, en este caso, de la Universidad.

---

<sup>188</sup> Satrústegui, Miguel, *Op. Cit.*, p. 358.



## V. PALABRAS FINALES: FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS DESAFÍOS DEMOCRÁTICOS

---

A lo largo de libro he repasado capítulos que tienen una fuerte vinculación entre sí. No se trata de realizar un resumen ni mucho menos una integración de textos en estas palabras finales. Además, la prudencia indica que parecería necesario disminuir la adjetivación presente a lo largo de este libro. Sin embargo, hay un sello de transparencia en la precisión sobre cuestiones esenciales al funcionamiento de la democracia. Hay aspectos en los cuales el derecho constitucional no es una ciencia neutra, incluso, es probable que no exista ninguna dimensión que lo sea. Por lo demás, no es más que el resultado de las valoraciones que tiene una sociedad plural y multicultural, como es el tránsito sobre el cual se encarrila el ordenamiento jurídico chileno.

En ese tránsito hay múltiples contradicciones que se vertebran sobre ciertos supuestos más permanentes. “A pesar de nuestra preocupación por la revelación, y más tarde por la revolución, las estructuras de una sociedad –los modos de vida, las relaciones sociales, las normas y los valores– no se trastocan del día a la noche. Las estructuras del poder pueden cambiar rápidamente: llegan nuevos hombres (y mujeres), se abren nuevas rutas para el ascenso social, se crean nuevas bases de mando. Pero tales alteraciones espectaculares son, en gran medida, una circulación de élites”<sup>189</sup>. Estas contradicciones se originan en principios genéticos contrapuestos. La democracia se sustenta en la igualdad, el mercado en la eficiencia y la cultura en la búsqueda de la autorrealización.

---

<sup>189</sup> Bell, Daniel (1994), *Las contradicciones culturales del capitalismo* (traducción de Néstor Miguez, quinta reimpresión, Alianza editorial, Madrid), p. 21.

Las élites contribuyen al proceso de formación de la opinión pública a través de dos instituciones poderosas que analizamos en este libro: las universidades y la televisión. Cuando la tecnología ha puesto en entredicho la dimensión representativa de la democracia y se han trasladados los debates públicos desde el foro republicano del Congreso a una sociedad mediatizada por la comunicación social, nuevos liderazgos afloran en las fuentes de poder. Nuevas élites más instruidas tienen más conciencia de capacidades multiplicadas exponencialmente en todos los planos. Pero también la educación es el instrumento de autoconciencia de aquellos que son objeto de las élites y no sujeto de la democracia. Tienen, también, nuevos instrumentos democráticos para desafiar la conducción directiva y plural de las sociedades abiertas.

Pero las contradicciones permanecen presentes. Si uno toma el fenómeno televisivo y se analiza desde la estructura de las reglas democráticas, se llega a pensar en el desafío de la “teledemocracia” y aspiramos a un ejercicio posible y masivo de la educación cívica mediante la televisión y otros medios de comunicación social. Cuando miramos esas tecnologías, el Estado en ellas ha tenido mucho que decir. El otorgamiento de derechos exclusivos sobre un bien nacional de uso público como es el espectro radioeléctrico potencia la capacidad regulatoria. Y se piensa en nuevas reglas tecnológicas que mejoren la cobertura, calidad y gratuidad de los servicios de telecomunicación de libre recepción. Se piensa que el pueblo democrático tiene en la televisión abierta una fuente principal de vínculo con la sociedad a la que pertenece. Pero un director o un gerente de programación de una señal televisiva concesionada nada le importa la “teledemocracia” y la cultura cívica. Tiene claro que su audiencia necesita un buen pasatiempo para sobre llevar dificultades cotidianas que le impiden su autorrealización. Le hace vivir la vida de los otros y ofrece una perspectiva nueva y sugerente.

Y esos medios tornan sus voces poderosas y sus imágenes implacables como una dura verdad, generando, a veces, daños irremediables sobre la honra de las personas. Y las soluciones democráticas buscan la restauración de la dignidad y el perfilamiento de una veracidad al alcance de una réplica que ponga las cosas en su lugar. Pero la eficiencia del mercado convierte todo en dinero. La honra tiene precio y los cálculos sobre ellos dan para debates que conmueven el sentido más profundo de la justicia<sup>190</sup>. Contradicciones que ponen en juego las palabras y el sentido con el que se interpretan. Pero no debíamos, en el ejercicio de estable-

---

<sup>190</sup> Ver Sandel, Michael (2011), *Justicia*, (Traducción de Juan Campos Gómez, 1ª edición, Debate, Barcelona), pp. 53-61.

cer los límites a las intromisiones, ponderar equivocadamente los beneficios que tiene para la sociedad el intercambio libre de las expresiones.

Expresiones que se forjan en el diálogo informal, en la conversación de la calle, en el circuito del poder y en el desarrollo profesional. Y las universidades que prometen un futuro mejor y en donde la palabra empeñada puede situar a las personas en las puertas de un ascenso social significativo o entregarles una mochila de deudas más pesada que la educación que portan.

Las palabras. De eso se trata un libro de derecho constitucional, de describir los significados de ellas desde una interpretación coherente con el espíritu del constitucionalismo y con los materiales escritos cribados por generaciones de reflexiones sobre los mismos pasos. Un Tribunal Constitucional, con su amplio margen de competencias, da lecturas oficiales a esos términos para que tengan vigencia hasta que una nueva regla o un nuevo modo, poderoso y sugestivo, de interpretarlas altere el camino trazado.

