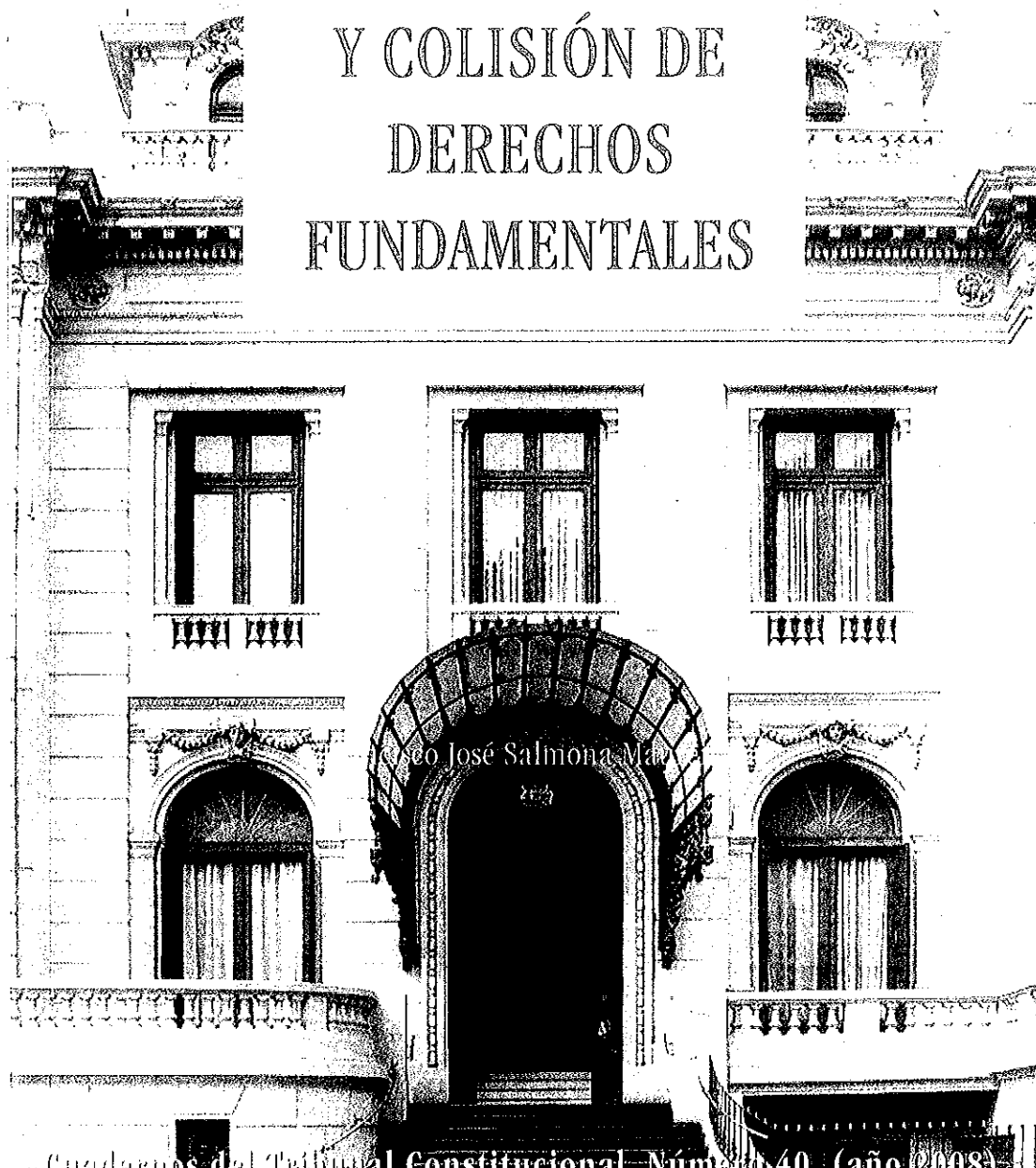


DECISIÓN JUDICIAL
Y COLISIÓN DE
DERECHOS
FUNDAMENTALES



Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho

DECISIÓN JUDICIAL Y COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

ALUMNO:

Francisco José Salmons Maureira

PROFESOR GUÍA:

José Luis Cea Egaña

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono (56-2) 640 1820 640 18 00

Fax (56-2) 633 8354

e-mail: tribunalconstitucional@entelchile.net

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales

Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho

Francisco José Salmons Maureira

Inscripción N° 175.553

Derechos Reservados

Noviembre 2008

Primera Edición

300 ejemplares

Disco

José Miguel Cariaga

Impresor LOM Ediciones



ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	9
1.	Neoconstitucionalismo y teoría de derechos fundamentales	9
2.	Breve vistazo a la jurisprudencia	10
3.	Alcances de este trabajo	14
II.	LA VALIDEZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES	17
1.	El efecto horizontal en la doctrina chilena	17
2.	Construcción del efecto horizontal por la doctrina alemana	19
3.	La crítica de un autor español	22
4.	La revisión del caso chileno	25
III.	LAS ANTINOMIAS DE NORMAS JURÍDICAS Y COLISIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES	29
1.	Las antinomias de normas jurídicas	29
2.	Las antinomias en abstracto y en concreto	32
3.	La distinción entre reglas y principios	39
IV.	FORMAS DE SOLUCIÓN DE LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	47
1.	¿Es la sentencia una copia exacta de la ley?	47
2.	El criterio de la jerarquía	52
3.	El criterio de la ponderación	58
V.	RAZONES CONTRARIAS A LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y A LA PONDERACIÓN	69
1.	Las críticas de una visión conflictivista de los derechos fundamentales	70
2.	La delimitación de los derechos fundamentales	72
3.	Respuesta a los críticos	76

VI. EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	81
1. La consideración del sistema en la teoría del Derecho	82
2. La construcción del subsistema de los derechos fundamentales	84
VII. CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	97

I INTRODUCCIÓN

1. Neoconstitucionalismo y teoría de derechos fundamentales

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo puede ser concebido como una completa forma de replantearse la manera de ver, analizar, entender y comprender la Constitución. Una parte de todo dicho replanteamiento repercutirá en la forma de concebir la teoría de los Derechos Fundamentales y, sobre todo, planteará un nuevo enfoque metodológico tendiente a explicar características normativas de dicho modelo que, en cierta medida, tienden a separarse de los esfuerzos dogmáticos propios del positivismo teórico en orden a concebir la Constitución.

Pues bien, uno de los tópicos que más relevancia ha alcanzado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales es el denominado “colisión de derechos fundamentales”. Y no podría ser de otra forma, ya que la Constitución Política, norma fundamental de un Estado, está presente en toda clase de conflictos jurídicos.

Pero es más. Muchas veces una norma de derecho fundamental puede plantearse en ciertos casos en contradicción aparente con otra norma de derecho fundamental, si bien, no considerada abstractamente, sino que en el momento de su aplicación, al ser utilizada para una determinada pretensión protegida constitucionalmente frente a una contrapretensión también protegida constitucionalmente. Y ello por las propias características de las norma de derecho fundamental: su máximo rango, suprema fuerza jurídica, máxima importancia del objeto y elevado grado de indeterminación, las que hacen que el supuesto de hecho o condición de aplicación permita fácilmente su colisión con otra norma de igual naturaleza y jerarquía.

De esta manera, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y comparada, han estudiado y se han pronunciado acerca del conflicto o colisión de derechos fundamentales. Sin embargo, muchas veces, ese estudio no ha llegado a una solución que podría estimarse como satisfactoria. Es más, se ha pasado de negar la existencia de dicho conflicto por un lado, a aceptarlo por otro. En este último caso, también las formas de dirimir ese conflicto difieren sustancialmente.

En el caso de la jurisprudencia de los tribunales, sobre todo en las Cortes conociendo de recursos de protección, la solución de un caso donde estuviere presente un conflicto de derechos fundamentales pareciere intuitiva, sin un razonamiento que permita suponer que dicho conflicto jurídico ha sido resuelto con base en lo que prescribe el ordenamiento

jurídico y que pueda ser utilizado para la solución de una serie de casos de características similares¹.

Todo lo anterior justifica una exposición, sistemática y coherente, de las principales posiciones doctrinarias que han tratado acerca del conflicto de derechos fundamentales, teniendo especialmente en cuenta aquellas que se ajusten mejor a la Constitución y textos normativos positivos vigentes.

2. Breve vistazo a la jurisprudencia

Sin ánimo de ser exhaustivos en un análisis jurisprudencial, veremos a continuación algunos casos en que los tribunales nacionales han debido razonar sobre la base de la existencia de una colisión de derechos fundamentales. Ello servirá para introducirnos en el tema, que posteriormente será profundizado utilizando más ejemplos jurisprudenciales.

El 15 de junio de 1993 la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que recae sobre la acción de protección interpuesta con el objeto de prohibir la circulación e internación del libro "Impunidad Diplomática", cuyo autor es Francisco Martorell². En dicho libro se hacía alusión a las andanzas en Chile del ex embajador argentino, Sr. Spinoza Melo. Sin embargo, además nombraba a personas de importancia en el país, las cuales dedujeron la acción de protección para la salvaguarda de su derecho constitucional contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, en contra, tanto del autor del libro, como del grupo editorial. Es interesante la defensa de su autor: aparte de señalar que por medio de la publicación del libro no había lesión alguna del derecho a la honra y de la libertad personal, manifiesta que por el contrario "la futura introducción al país del libro Impunidad Diplomática, importará grave lesión al derecho consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, pues con ello se establecerá censura judicial previa a la libertad de información y de opinión"³. La Corte, en definitiva, acogerá la protección, haciendo primar en la colisión que se da entre el N° 4 y 12 del artículo 19, al primero de aquéllos, y dictará, como medida de protección, la prohibición de internación y de comercialización en Chile del libro, por ser dichas acciones prohibidas constitucionalmente.

El 10 de agosto de 1998, la Corte de Apelaciones de Santiago tendrá que decidir nuevamente una acción de protección donde se presentan como contrapuestos los derechos constitucionales referentes a la libertad de expresión y a la protección a la vida privada y la honra de la persona y familia. Se trata del caso "Donoso Arteaga"⁴. Trátase ésta de una acción de protección que tiene por objeto el impedir la publicación, por parte de la revista "Caras" de un artículo referente a las muertes producidas en el accidente de la aerolínea "Fawcett" en Arequipa, Perú. En efecto, uno de los padres de las personas accidentadas

cometió suicidio algunos años después. El reportaje, en fase de investigación al momento de entablarse la acción judicial, intentaba vincular dicho suicidio a la muerte producida en el accidente aéreo. Frente a ello Luz María Virginia de Lourdes Donoso Arteaga, madre de la accidentada y esposa de quien cometió suicidio, reaccionó solicitando a la Corte la prohibición de la publicación del reportaje, amparando su petición en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. La Corte de Apelaciones de Santiago, en primera instancia, acogió el recurso, haciendo primar el derecho contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, a aquel consagrado en su número 12.

Sin embargo, tal decisión de la Corte sería revocada por la Corte Suprema, la que estuvo por negar lugar al recurso de protección interpuesto, por no constituir ésta una amenaza o lesión al derecho fundamental protegido en el N° 4 del artículo 19. Pero también reconocerá que las garantías del N° 4 y 12 del artículo 19 pueden entrar en colisión. Al efecto señala: "(...) la vía del recurso de protección, en los casos concretos sometidos a la decisión jurisdiccional, resulta procedente establecer el ámbito de resguardo y límites de los derechos y libertades objeto del mismo, o su primacía en caso de colisión entre sí, ello supone la presencia de acciones u omisiones que amaguen tales garantías"⁵. Es decir, el rechazo del recurso de protección viene dado por creer la Corte que la fase en que se encontraba el reportaje no puede constituir todavía una amenaza, ni mucho menos, una lesión a un derecho fundamental, requisitos indispensables de todo recurso de protección, y no un cambio en la argumentación acerca de la posibilidad de colisión de los derechos fundamentales.

Y la línea jurisprudencial acerca de la colisión entre el derecho a la protección de la vida privada y la libertad de expresión no se detiene allí. El 30 de septiembre de 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo que conocer nuevamente uno de estos casos, el cual se denominó "Cuevas Arriagada"⁶. El recurrente intenta por medio de la acción de protección que la Corte impida la difusión a Televisión Nacional de Chile de un programa de la serie "Enigma", que trataba acerca del caso de un abogado asesinado, familiar del recurrente. Éste estima que su exhibición atentaría contra su derecho constitucional reconocido en el art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

El asunto ya contaba con un condenado en primera instancia por el homicidio, el cual se hace parte del recurso pidiendo su rechazo. Funda su solicitud en que sosteniendo que, en caso de ser acogido, se atentaría contra el derecho garantizado por el art. 19 N° 12 de la Constitución, esto es, contra 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, en conformidad a la ley. Señala que el acogimiento de la acción lo perjudicaría, porque estima que ha sido injustamente condenado.

Por su parte, los recurridos informan el recurso solicitando su rechazo, argumentando que el impedir la exhibición del programa televisivo constituiría una especie de censura previa, conculcando, por lo mismo, el derecho que la Constitución asegura en su art. 19 N° 12 a éstos.

¹ Sobre este tema, vid.: GÓMEZ BERNALES, Gastón: *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005).

² Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993 que confirma la pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, ambas publicadas en www.lexisnexis.cl.

³ Considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

⁴ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de agosto de 1998, revocada por la Corte Suprema el 3 de noviembre del mismo año, ambas publicadas en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, (2000), pp. 200 y ss.

⁵ Considerando 5° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema.

⁶ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 30 de septiembre de 2003, confirmada por la Corte Suprema el 10 de octubre del mismo año, ambas reproducidas en www.lexisnexis.cl.

Como puede apreciarse, se está, por lo menos en el entendido de las partes, ante una colisión de derechos fundamentales. Así también lo reconoce la Corte, como consta en el siguiente razonamiento jurídico de la sentencia:

“Que todas las partes en el presente recurso han creído ver en los hechos invocados una pugna o colisión de derechos, entre los N°s. 4 y 12 del art. 19 de la Constitución Política de la República, esto es, entre el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, por un lado, y la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, por el otro. Frente a esta presunta pugna o colisión, las partes han sostenido que tanto uno como el otro derecho tienen mayor jerarquía o preeminencia y debe, en consecuencia, predominar sobre su contrario”⁷.

La Corte, en definitiva, rechazará el recurso interpuesto, lo que será confirmado por la Corte Suprema. Pero lo interesante del fallo de primera instancia es la agudeza de su razonamiento. Si bien reconoce la existencia de la colisión de derechos fundamentales, señala que en éste caso concreto ello no se da, ya que para que exista es necesario que las dos partes, que invocan derechos contrapuestos, se encuentren en el ejercicio legítimo de los mismos. Ello no sucede en la especie con la parte recurrente. El razonamiento de la Corte es digno de ser trascrito:

“Que la recurrente ha invocado como fundamento de su recurso de protección tan sólo la violación del derecho al honor, al que se refiere el N° 4 del art. 19 de la Constitución Política de la República. Como este derecho fundamental exige que se impute a una persona una falsedad que desvirtúe algún rasgo de su personalidad que ella desea conservar o resaltar, según se expresó en el considerando 4º, esta Corte acordó, para mejor resolver, comparar la verdad que emana del respectivo expediente criminal, con la cinta de video acompañada a fs. 78, la que contiene copia del programa “Enigma” elaborado por los recurridos. De esta manera, la Corte pudo comprobar que esa cinta reproduce fielmente dicha verdad procesal. Como consecuencia del razonamiento anterior, forzoso es concluir que no estando afectado el honor del abogado fallecido don Patricio Orlando Torres Reyes ni el de su cónyuge e hijos, por no apartarse la cinta de video de la verdad que emana del respectivo expediente criminal, no existe en el caso sub-lite pugna o colisión alguna de derechos fundamentales que esta Corte deba resolver. Tampoco es posible imputar ilegalidad o arbitrariedad a los recurridos, los que, al reproducir con exactitud los hechos, han utilizado debidamente la facultad de informar que les garantiza el art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República”⁸.

“Impunidad Diplomática”, “Donoso Arteaga” y “Cuevas Arriagada” son sentencias emblemáticas en la línea jurisprudencial que trata la colisión entre los derechos fundamentales reconocidos en el art. 19 N° 4 y 12 de la Constitución.

Pero también son interesantes desde por lo menos dos puntos de vista: el primero, referido a cómo es que la Corte de Apelaciones resuelve el caso sometido a su decisión.

Para la doctrina⁹, estos son los típicos casos que permiten en Chile comenzar a hablar sobre lo denominado como la colisión de los derechos fundamentales. Pero un segundo aspecto también es destacable, y es que la agresión al derecho fundamental a la honra no es producida directamente por el Estado, sino que por un particular, en este caso el autor de un libro, o una revista o canal de televisión, que planea la publicación de un reportaje o la difusión de un programa televisivo. De allí lo particular. En este caso, y en muchos otros, la Corte ofrece protección al derecho fundamental frente a otro ciudadano, que también es poseedor de derechos asegurados por la Constitución.

Pero no sólo se puede dar el conflicto entre la protección de la intimidad y la libertad de expresión, sino que también en otras líneas jurisprudenciales. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo una reciente sentencia de la Corte Suprema. En enero de 2006¹⁰ tocó a la Corte pronunciarse acerca de un recurso en que el tema debatido fue la constitucionalidad de la instalación de cámaras de vigilancia, por parte del empleador, con el objeto de fiscalizar el trabajo de los empleados. Éstos recurrieron a la Corte de Puerto Montt por sentirse afectados en sus derechos a la honra y la protección de la vida privada. Dicha magistratura, en primera instancia, rechazó el recurso, argumentando que no existe una vulneración de la intimidad de los recurrentes.

Ahora bien, conociendo en apelación la cuestión, la Corte Suprema revocará dicha decisión, argumentando que la actitud de la recurrida es un acto arbitrario e ilegal, que vulnera el ejercicio legítimo del derecho a la protección de la vida privada de la recurrente, ordenando por consiguiente la remoción de las cámaras de vigilancia.

Si bien como puede apreciarse, la Corte razona sobre la base del derecho consagrado en el número 4 del art. 19 de la Constitución, ¿hasta qué punto estaba en juego también el derecho fundamental de propiedad de la recurrida, y que se concretizaba en el ejercicio de control de zonas de trabajo que consideraba sensibles? ¿No es ello también una colisión de ambos derechos fundamentales?

Pero otro caso puede todavía sorprender. En 2001, el Tribunal Constitucional pronunció uno de sus fallos más controvertidos. Hablamos de “Catalíticos”¹¹. Tratase de la impugnación del DS N° 20/ 2001 SEGPRES, mediante el cual se establece la restricción vehicular a los vehículos catalíticos. Para los recurrentes, el decreto adolecía de inconstitucionalidades mixtas de forma y fondo, e inconstitucionalidades de fondo. Entre ellas, la más importante, era la violación de la reserva legal fuerte establecida para la regulación de los derechos fundamentales. Igualmente, los requirentes impugnan la falta de idoneidad del decreto para los fines que se propone, adoleciendo por lo mismo de arbitrariedad y de irracionalidad técnica.

El fallo de “Catalíticos” es particularmente interesante. Gran parte de su argumentación va incardinada a establecer un criterio de control idóneo de la reserva legal, y en definitiva a adoptar un control de intensidad y no de legitimidad en la relación ley-reglamento, apartándose por lo mismo, de las antiguas disputas acerca de la reserva legal “absoluta” y

⁹ Vid. por todos, CEA EGAÑA, José Luis: *II Derecho Constitucional Chileno* (Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003), pp. 65 y ss.

¹⁰ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 5 de enero de 2006, que revoca la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, el 12 de diciembre de 2005, ambas reproducidas en www.lexisnexis.cl.

¹¹ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 26 de junio de 2001, Rol N° 325, publicada en *Jus Publicum*, N° 7 (2001), pp. 209-225.

⁷ Considerando 2º de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

⁸ Considerandos 7º y 8º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones.

“relativa”, y a requerir, en cambio, que el acto reglamentario cumpla con los requisitos de determinación y especificidad para la regulación de los derechos fundamentales¹². Conforme a dicho criterio de control, da cuenta el Tribunal de que el decreto impugnado no cumple con los requisitos de la reserva legal, y por lo mismo debería ser declarado inconstitucional. Sin embargo, es aquí donde la argumentación del Tribunal da un vuelco todavía más interesante: va a apartarse de la reserva legal fuerte contemplada para la regulación de los derechos fundamentales, para dar protección a otros derechos constitucionales. En palabras del Tribunal “obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad de del DS N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental”¹³. Así el Tribunal desecha el uso de la reserva legal, para la protección de derechos de una mayor entidad, y ello a través de una ponderación.

Estas decisiones nos plantean casos de colisión de derechos fundamentales. A través de este trabajo plantearé una tal argumentación como correcta, profundizando a través de ellos y de otros más, en el tema de la colisión de derechos fundamentales.

3. Alcances de este trabajo

Estamos en condiciones de formular nuestra tesis de trabajo. Ella merece ser planteada en los términos siguientes: la colisión de derechos fundamentales existe y ella quiebra la unidad y coherencia, que son propios de un sistema de derechos fundamentales, lesionando la seguridad jurídica y otros bienes esenciales. Por lo mismo, es necesario encontrar la vía de superar la antinomia. La forma de resolución de la misma, y que utiliza propiamente el juez, es la ponderación de bienes. Esta se encuentra incardinada a la producción de una relación de precedencia condicionada a partir de las consideraciones particulares de un caso concreto. Por medio de la formulación de esta relación de precedencia se vuelve a la unidad y coherencia propias de un sistema de derechos fundamentales. Se obtiene así que el sistema genere señales no contradictorias que favorecen la seguridad jurídica.

Para comprobarla, hemos estructurado este trabajo de la manera siguiente:

El capítulo II tiene por objeto exponer nuestra posición acerca de la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Si bien éste es un tema que se aleja de la tesis principal, se conecta a ésta en el sentido de que muchas (pero de ninguna manera todas) de las colisiones de derechos fundamentales se presentan entre dos particulares que sostienen pretensiones encontradas. Para salvar cualquier objeción posterior al respecto, expondremos que, desde nuestro sistema constitucional, es posible que puedan argüirse en un proceso derechos constitucionales por ambas partes, siendo éstas dos particulares. Asimismo, por la extensión de dicho capítulo, hemos considerado mejor exponerlo de manera separada, y no como un apartado más de ésta introducción.

En el capítulo III, se exponen de manera general las antinomias jurídicas y sus criterios clásicos de resolución. Se considerará por lo mismo a los derechos fundamentales colisionantes como una forma particular de antinomia, la cual no es posible resolver por medio

de los criterios tradicionales. Desde ya decir que este capítulo es quizá el más complejo de este trabajo, ya que en él se introducen nuevos aspectos de la teoría del derecho y de la teoría de los derechos fundamentales, como son: la diferenciación entre dos momentos del discurso jurídico, la distinción entre reglas y principios, consideraciones *prima facie* y definitivas, todas las cuales serán esenciales para conceptualizar la colisión de derechos fundamentales, y su forma de resolución.

En el capítulo IV se exponen dos criterios de resolución de la colisión de derechos fundamentales: la jerarquización y la ponderación, dejando fuera a la delimitación de los derechos fundamentales como tercera forma de solución (se trata en el capítulo siguiente). Así, se examina en un solo capítulo aquellas formas de solución acordes a una teoría que admite la colisión de los derechos fundamentales. Formas de solución que a su vez tienen una unidad caracterizadora: en ambas se crea una relación de precedencia entre derechos fundamentales, ya sea abstracta (jerarquización) o concreta (ponderación).

En el capítulo V se tratan las objeciones a una visión conflictivista de los derechos fundamentales, y por lo mismo también, aquellas objeciones contra la jerarquía y ponderación de bienes. Se analiza también un modelo alternativo: la unidad de los derechos y la delimitación, como forma de resolución de conflictos entre ellos que son, en todo caso, sólo aparentes y nunca reales. Por último se expondrán razones para considerar ésta vía como equivocada y por lo mismo, retomar el curso de nuestra tesis.

En su capítulo VI y final, expondremos una visión global de los derechos fundamentales, recordando que ellos constituyen un verdadero sistema jurídico, de manera que así, y dentro de este sistema, enfatizar que es posible una diferenciación de la importancia de unos derechos frente a otros, y cómo es que dicha importancia se incorpora a la argumentación ponderativa.

Por último, presentaremos las conclusiones generales de rigor.

¹² Acerca de los criterios de control de la reserva legal utilizados por el Tribunal Constitucional, vid., nuestro comentario a la sentencia pronunciada por ese tribunal, Rol N° 370, de próxima publicación en la *Revista Chilena de Derecho*.

¹³ Considerando 46° de la sentencia.

II

LA VALIDEZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Este capítulo versará sobre el segundo aspecto que se ha enunciado más arriba, es decir, lo que frecuentemente se conoce en doctrina como el efecto horizontal de los derechos fundamentales que, en oposición a su efecto vertical, significa la capacidad que poseen los derechos fundamentales de incidir no sólo en las relaciones de la persona y el Estado, sino que también en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, hablar del efecto horizontal es hablar de uno de los aspectos de la irradiación de la Constitución hacia el ordenamiento infralegal. Por la extensión de este apartado, sólo trataremos acerca de si la Constitución chilena, por medio de los derechos fundamentales reconocidos en ella, es capaz de influir decisivamente en las relaciones entre privados. No tocaremos sin embargo, en qué medida ella lo hace, ni los límites que ello puede tener por el hecho de exceder largamente las pretensiones de esta tesis. Es más, como ya se explico es éste un tema adyacente a la misma.

Para el análisis de la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, dividiremos este apartado en las siguientes partes: i) una mirada rápida acerca de cómo la doctrina chilena se acerca hacia la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; ii) después pasaremos a ver por medio de las referencias chilenas, un verdadero producto de exportación germano: la doctrina de la *Drittwirkung*, y cómo es que ella soluciona el problema en cuestión para el caso de Alemania; iii) luego señalaremos que ella no es la única forma de ver la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, para después, por último, iv) volver a visitar el esquema chileno.

1. El efecto horizontal en la doctrina chilena

La doctrina chilena poco a poco se ha ido preocupando más acerca de la forma cómo adquieren validez los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Por regla general, ésta es aceptada. Así, SOTO KLOSS, en su *Recurso de Protección*, no tiene reparo alguno en colocar a los particulares como sujeto activo del agravio producido a un derecho fundamental¹⁴. Estudios posteriores han confirmado este alcance de los derechos fundamentales hacia las relaciones entre privados. De esta manera, NOGUEIRA ALCALÁ nos señala:

¹⁴ SOTO KLOSS, Eduardo: *El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983), pp. 311 y ss.

“El sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección¹⁵”.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, vincula este efecto entre particulares a la doctrina alemana de la *Drittwirkung*, haciendo una verdadera importación del modelo a nuestro sistema. En ese sentido se ubican PIZARRO WILSON¹⁶, MARTÍNEZ ESTAY¹⁷ y GUZMÁN BRITO. Éste último afirma que la “figura que los alemanes llaman *Drittwirkung* es derecho positivo¹⁸” en nuestro país, y por tanto, los derechos fundamentales tendrían un efecto directo en las relaciones entre particulares. Especial es la mención que todos estos autores hacen acerca de la relevancia que ha tenido la acción de protección en tal sentido.

Pero lo anterior no es pacífico en nuestra doctrina. GÓMEZ BERNALES en su *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*¹⁹ toca el punto y afirma categóricamente que el efecto horizontal de los derechos es discutido, y por lo mismo, su aplicación directa a las relaciones entre privados no es tan clara. Se basa en un aspecto de fundamentación de los derechos, y es que en su concepto, “los derechos fundamentales surgieron y se han desarrollado como normas o prácticas argumentativas que establecen y reconocen espacios de autonomía al individuo frente al poder estatal (ya sea como derechos de libertad o de provisión)”²⁰.

Como segundo argumento, el autor citado señala que las reglas de Derecho Privado requieren, en orden a asegurar intercambios útiles, altos grados de presión, de manera de asegurar el valor económico a los actos y contratos privados. La aplicación directa de los derechos fundamentales, sin embargo, escaparían a la precisión requerida, introduciendo “niveles intolerables de inseguridad en el derecho privado, atribuyendo a los jueces y a otros poderes facultades de interferencia en relaciones libremente convenidas”²¹.

Concluirá dando su parecer en cuanto a que los derechos fundamentales no se aplicarían de una misma forma en las relaciones persona/Estado y las relaciones privadas. Tratará por tanto de esclarecer en qué consiste aquella diferencia. Para ello hace una diferenciación “analítica” entre tres situaciones: aplicación directa; indirecta y eficacia procesal inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Un esquema que por lo demás, recuerda bastante a la *Drittwirkung* alemana, como se verá.

¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Dogmática Constitucional* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997), p. 145. Vid. en ese mismo sentido a NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Los instrumentos procesales para la protección de los derechos fundamentales”, en GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: *Lecciones de derechos humanos* (Edeval, Valparaíso, 1997), pp. 315 y ss.

¹⁶ PIZARRO WILSON, Carlos: “Los derechos fundamentales y contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*”, en *Gaceta Jurídica*, N° 221, 1998.

¹⁷ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial de las XXIX Jornadas de Derecho Público, 1998.

¹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro: *El derecho privado constitucional de Chile* (Ed. Universidad Católica de Valparaíso, 2001), p. 47.

¹⁹ GÓMEZ BERNALES, Gastón: *Derechos fundamentales...*, ob. cit.

²⁰ Ídem., p. 61. Veremos más adelante que dicha afirmación, en nuestro concepto, no es tan clara como parece, al menos en la doctrina predominante al tiempo de nacimiento de los derechos fundamentales.

²¹ Ídem.

Por su parte, y de una forma más rotunda, ALDUNATE LIZANA²² se ha opuesto a la forma en como la doctrina se ha hecho cargo del problema, en su manera de ver, de forma irreflexiva. Usando también la doctrina alemana, hace ver que el fenómeno que describe nuestra doctrina no corresponde a la *Drittwirkung*. Sin embargo, su punto de partida es ver el problema sobre la base de la misma doctrina extranjera, como única forma de perseguir efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Es decir, su crítica *parte* desde la misma doctrina germana, y no sobre si la misma es aplicable al sistema constitucional chileno.

Es por ello que continuaremos nuestro estudio tratando de dilucidar en qué realmente consiste la doctrina de la *Drittwirkung* alemana, y tras ello, ver si nuestra construcción jurídica se ajusta o no a ella.

2. Construcción del efecto horizontal por la doctrina alemana

Dos sentencias pueden ayudarnos a explicar la cuestión.

La primera de ellas fue pronunciada por el Tribunal Laboral Federal²³ en 1957. Ella se refiere a una joven que trabajaba como enfermera en un hospital privado. En su contrato de trabajo se preveía una cláusula que establecía al matrimonio como una de las causas de extinción de la relación laboral. La trabajadora contrajo matrimonio y por ello fue despedida. Sin embargo, dedujo la acción correspondiente, manifestando que dicho despido vulneraba su derecho fundamental a la protección del matrimonio y de la familia, su libre desarrollo de la personalidad y su dignidad. El Tribunal Laboral Federal estimó la demanda, declarando nulo el despido por infringir los derechos fundamentales mencionados más arriba. Fundamentó su decisión en que algunos de los derechos constitucionales no eran ya simples derechos frente al Estado, sino que además reglas de ordenación de la vida social²⁴.

La segunda es la conocida sentencia *Lüth* pronunciada en 1958²⁵. Ella trata de lo siguiente: en 1950 *Erich Lüth*, presidente de un club de prensa privado llamó al boicot de la película de *Viet Harlan*, “Amante Inmortal”, con el argumento de que el director de la película había rodado bajo el *Dritter Reich* la película “Dulce Judío”, de profundo contenido antisemita. El productor de la película, contra quien se dirigió el boicot recurrió a los tribunales civiles invocando las reglas de responsabilidad civil, con el objeto de que el tribunal ordenara cesar el boicot. En efecto, el artículo 826 BGB prescribe que “Quien, de modo contrario a las buenas costumbres cause daño dolosamente a otro, estará obligado a la reparación del daño”. El tribunal civil en definitiva ordenó el cese del boicot, por contrariar éste las buenas costumbres. Pero *Lüth* lejos de quedarse tranquilo con la decisión judicial, dedujo recurso de amparo en contra de dicha resolución ante el Tribunal

²² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en *La constitucionalización del derecho chileno* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003), pp. 13 y ss.

²³ La relación de la sentencia puede encontrarse, junto también con otros ejemplos, en VON MÜNCH, Ingo: “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Editorial Civitas, Madrid, 1997), p. 35.

²⁴ Ídem.

²⁵ Vid. su reproducción en SCHWABE, Jürgen (compilador) en: *50 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal* (Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, sin fecha), pp. 132 y ss.

Constitucional Federal, por considerar que el tribunal civil había producido una lesión de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal acogerá el amparo, declarando que, si bien los derechos fundamentales fueron concebidos como una defensa frente de las personas frente al Estado, establecen un orden objetivo de valores, que los poderes públicos deben tener en cuenta al interpretar y aplicar el Derecho Civil. El tribunal civil habría lesionado el derecho fundamental de libertad de expresión al no interpretar y aplicar el artículo del BGB en relación con dicho derecho. Entre sus fundamentaciones, es conveniente reproducir lo que sigue:

“La Ley Fundamental, que no pretende ser un ordenamiento valorativamente neutral (...), ha establecido un orden objetivo de valores en su capítulo de derechos fundamentales y que, con ello, se manifiesta un fortalecimiento esencial de la vigencia de los mismos (...). Este sistema de valores, que tiene como núcleo el libre desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad en el seno de una comunidad social, debe regir, en tanto decisión jurídico-constitucional fundamental, en todos los ámbitos del Derecho; el legislador, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Por supuesto, del mismo modo influye también sobre el Derecho Civil; ningún precepto jurídico civil puede estar en contradicción con él; cada uno de ellos debe ser interpretado conforme a su espíritu”²⁶.

El lector que ha seguido atentamente los dos fallos encontrará inmediatamente una diferencia en sus argumentaciones, si bien el resultado es similar, por no decir equivalente. Y es que ambos son representantes de dos de las doctrinas principales que ha desarrollado la dogmática alemana acerca del efecto en terceros de los derechos fundamentales, a lo cual denominan *Drittwirkung der Grundrechte*. En efecto, una parte de la doctrina y el Tribunal Laboral Federal aceptan una eficacia inmediata de algunos de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Sus representantes²⁷ señalan que si bien los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos que se dirigen sólo contra el Estado, poseen la característica de ser, además, principios objetivos que informan todo el ordenamiento jurídico, de manera que necesariamente de ellos fluyen derechos subjetivos del individuo. Pero derechos subjetivos que puede hacer valer frente a los poderes públicos²⁸. En el primer caso, por tanto, el derecho fundamental influye en su solución, ya que de él puede colegirse un derecho subjetivo del particular al respeto de los derechos constitucionalmente protegidos, que puede hacer valer frente a un tribunal en el caso de que ellos fueran afectados por un particular.

Una segunda teoría es la del efecto mediato²⁹. Según ella, el orden valórico objetivo de los derechos fundamentales influye en los conceptos jurídicos abiertos e indeterminados del derecho subconstitucional, de manera que el operador jurídico debe tener presente los principios objetivos establecidos en la Constitución al momento de interpretar y aplicar

²⁶ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, reproducida en VON MÜNCH, Ingo, ob. cit., p. 41.

²⁷ Como representantes de la teoría del efecto inmediato en terceros encontramos a NIPPERDEY y al Tribunal Laboral Federal, de quien el último fue Presidente.

²⁸ Vid., para referencias acerca de esta doctrina a STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y Derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 66, 2002, p. 66, y a ALEXY, Robert, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), p. 512.

²⁹ Representantes de esta doctrina es el Tribunal Constitucional Federal, y la mayoría de la iuspublicística alemana.

el derecho privado. De dicha manera, los derechos fundamentales siguen siendo derechos contra el Estado, y las normas de derecho privado siguen siendo normas de derecho privado, pero existe un deber por parte de los órganos públicos de interpretarlas conforme a los principios constitucionales. Así, en *Lüth* el Tribunal Constitucional acoge el amparo porque el tribunal civil debió tener en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión, y no lo hizo. Es decir, no existe un derecho subjetivo ninguno en este caso, sino que un deber de aplicar e interpretar conforme constitución. Si así no se hace, puede lesionarse un derecho fundamental, pero derecho fundamental que se encuentra dirigido sólo frente al Estado.

Pero existen ciertos derivados poco más sofisticados. Para SCHWABE³⁰ la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre privados son derivadas de la sujeción que tiene el Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos públicos subjetivos. Este autor va a plantear que en la medida de que el legislador imponga un determinado modelo de derecho privado, va a participar en las afectaciones que se pueden producir a un derecho fundamental por otro ciudadano por causa de dicho modelo de derecho privado. Asimismo, el juez al momento de aplicar el derecho, si no protege debidamente a un ciudadano frente a la agresión de otro, también participa en la afectación. Es decir, la afectación, en definitiva, no es producida por el particular, sino que estas afectaciones son imputables al Estado, adscritas a las funciones legislativas o jurisdiccionales del mismo, en cuanto a que dichas afectaciones son permitidas.

Todavía más sofisticada es la construcción que nos plantea ALEXY sobre la base de tres niveles de efectos en terceros³¹: i) el de los deberes del Estado; ii) el de los derechos de los particulares y el de iii) las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. Niveles que no son una relación de gradas, sino que de implicancia recíproca, y lo que en definitiva se busca con ellas, es demostrar que las teorías mediata e inmediata se relacionan recíprocamente: no se excluyen recíprocamente como falsas, sino que ambas sirven para justificar el problema. Expliquemos a continuación éstos tres niveles.

Un primer nivel sería el de los deberes del Estado. De que los derechos fundamentales sean principios objetivos, se sigue que es necesario que ellos sean tomados en cuenta tanto en la legislación civil, como en la jurisprudencia civil. Pero para que el deber que el juez civil de tomar en cuenta los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación del derecho civil se derive que de su no consideración ha lesionado un derecho fundamental, se requiere un segundo paso. Si el juez no interpreta y aplica el derecho civil conforme a la Constitución, no se sigue necesariamente que lesiona derecho fundamental, a menos que consideremos un derecho subjetivo del particular a que se aplique e interprete el Derecho civil conforme derecho fundamental. Éste es el segundo nivel, el de los derechos frente al Estado. Así tenemos la relación derecho-deber perfecta, semejante a lo planteado por la doctrina del efecto mediato, pero complementada.

Pero la construcción no se encuentra completa aún. Falta el tercer nivel que es el de los efectos constitucionales en las relaciones entre privados. Precisamente éste es el nivel del efecto inmediato, y que consiste en que existen entre particulares determinados derechos o no derechos, libertades o no libertades, competencias y no competencias, es

³⁰ Vid., ALEXY, Robert, *Teoría...* ob. cit., p. 513 y STARCK, Christian: *Derechos...*, ob. cit., p. 66.

³¹ ALEXY, Robert: *Teoría...* ob. cit., pp. 515 y ss.

decir, posiciones jurídicas subjetivas, construidas sobre la base de razones de derechos fundamentales. Así, si bien un particular no tiene un derecho fundamental frente a otro, se encuentra en una determinada posición jurídica subjetiva, que es razón para que el otro particular se encuentre en la posición jurídica subjetiva correlativa. Por lo que los derechos fundamentales conducen a relaciones de derecho subjetivos entre particulares, que sin la vigencia de la Constitución, no serían necesarias³².

De esta rápida mirada a la *Drittwirkung* alemana podemos extraer algunos puntos en claro. El alcance de las construcciones es, por regla general, el poder público, y sobre todo el juez, contra el cual se incardina el derecho fundamental, si bien es cierto que la construcción de SCHWABE involucra también al legislador. Si tomamos en consideración esta aseveración, las construcciones son equivalentes en sus resultados³³, pero sólo diferentes en sus fundamentaciones. Equivalentes en sus resultados porque en definitiva el efecto de los derechos fundamentales en derecho privado no es un cambio de destinatario de la protección *iusfundamental*.

Esta equivalencia puede explicarse por una unidad de presupuesto: ellas se basan en que los derechos fundamentales, para la doctrina alemana, son derechos sólo frente al Estado, no frente a los particulares. Por esta simple razón es que la escuela alemana se ha virtualmente rebanado el seso tratando de fundamentar la protección frente a las afectaciones de terceros particulares. Su mismo nombre lo indica: son afectaciones de "terceros" (*Dritten*), en relaciones que involucran los derechos fundamentales. Y es que debemos resaltar que para la doctrina alemana, las relaciones jurídicas que crean los derechos fundamentales necesariamente deben poseer como titular a la persona y como destinatario al Estado (quien no posee derechos fundamentales).

Como puede apreciarse, en esta construcción no existe en ningún caso un cambio de destinatario, y por tanto, cualquier afectación a un derecho fundamental que pueda haber sido causada por un tercero particular, es dogmáticamente incorrecta, debiendo ser desechada. Dicha afectación debe ser, para poder ser calificada como correcta, reconducida a la relación persona/Estado. Su mismo nombre lo indica por segunda vez: se trata de efecto en relaciones jurídicas de derecho privado, pero en ningún caso validez de los mismos en ella.

3. La crítica de un autor español

Más arriba hemos manifestado que la *Drittwirkung* ha sido un verdadero producto de exportación de la escuela *iuspublicística* alemana. Además de tener algunos representantes en Chile, en España parece ser que también ha sido acogida, y también en un sentido predominantemente mediato. Nos señala CRUZ VILLALÓN al respecto:

"En España se ha recorrido, desde 1978, aun con la lógica mayor velocidad y con algunas matizaciones, un camino similar al realizado por Alemania. También aquí, ante el silencio del constituyente, ha habido partidarios de la eficacia inmediata

y partidarios de la eficacia mediata, siendo también hoy día mayoritarios éstos últimos (...)"³⁴.

Del mismo parecer, pero con ciertas diferencias se pronunciaran al respecto GARCÍA TORRES Y JIMÉNEZ BLANCO³⁵. Pero la cosa no es tan pacífica tampoco en España. En efecto, ha recibido las matizaciones críticas de BILBAO UBILLOS³⁶, y las ácidas refutaciones provenientes del Derecho Privado, representadas en ALFARO ÁGUILA REAL³⁷.

Pero no distraigámonos nuestra atención. El objetivo de este acápite no es exponer el estado de la cuestión en el Derecho español, sino que resaltar la originalidad de la visión de uno de sus influyentes autores. PECES-BARBA MARTÍNEZ en su *Curso de Derechos Fundamentales*, primero nos hace presente que el problema de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de privados no es una relación de "eficacia", sino que de validez, ya que de lo que se trata es determinar el ámbito de la validez personal y material de los derechos fundamentales, es decir, a qué relaciones jurídicas ellos se aplican³⁸.

Después de dicha aclaración pasa a tratar la raíz de la problemática: y es que la doctrina del efecto en terceros alemana parte de la base de que los derechos fundamentales son derechos en relaciones entre la persona y el Estado, en la medida de que ellos son límites al poder de éste. Pero PECES-BARBA no aceptará esta visión reduccionista del asunto, la cual no sería acorde con el nacimiento de éstos derechos. Y es que en un principio los "derechos naturales, son siempre derechos en relaciones entre privados, puesto que en el Estado de naturaleza no existe poder"³⁹. Es por ello que rechazará la doctrina de la *Drittwirkung* para la Constitución española, si bien obviamente, aduciendo además otras razones complementarias.

Por lo mismo, abogará por una doctrina que pueda extraerse de la propia Constitución y la práctica constitucional española, llegando a la conclusión de que los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español poseen validez en las relaciones jurídicas privadas, y no sólo en aquellas relaciones persona/Estado.

No se entienda mal: el rechazo de PECES-BARBA a la doctrina de la *Drittwirkung* para el caso español está dado por ser ésta innecesaria para explicar la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. No quiere decir que este autor no esté de acuerdo con la validez horizontal de los derechos, sino que la teoría de la *Drittwirkung* es una doctrina propia para el caso alemán, y que antes de aceptarla, debe investigarse si en el propio Derecho (en su caso el español) si existe una forma de entender y explicar la validez horizontal de los derechos. Y para él, en España si la existe, con independencia de ella.

Pero, ¿por qué es necesario buscar el fundamento de la validez de los derechos en las relaciones entre privados fuera de la doctrina germana? Ello se debe a un problema de

³² ALEXV, Robert: *Teoría...*, ob. cit., p. 521.

³³ Idem, p. 514.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999), p. 227.

³⁵ Vid. GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (ed. Civitas, Madrid, 1986).

³⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997).

³⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46 (1993).

³⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General* (Universidad Carlos III, Madrid, 1999), p. 618.

³⁹ Idem, p. 619.

fundamentación de los derechos esenciales. Explicaremos a lo que nos referimos al examinar el presupuesto esencial para la teoría de la *Drittwirkung* alemana.

El presupuesto esencial de la *Drittwirkung* alemana

La doctrina alemana parte de la base de que los derechos fundamentales son derechos contra el Estado, de manera que aquellos limitan el poder de aquél, pero nunca contra los particulares. Es por ello que en la *Drittwirkung*, el presupuesto esencial de las doctrinas no es el cambio de titular, sino que más bien la fundamentación de un efecto que pueda producirse dentro de la estructura persona/Estado a la de persona/persona, una especie de efecto reflejo. Éste presupuesto si bien parece ser bastante razonable, no siempre fue así. Echemos pues un rápido vistazo al origen de los derechos.

LOCKE, en su *Segundo Tratado de Gobierno Civil*, señalará que los derechos naturales, son siempre en las relaciones entre privados, las cuales se desarrollan en estado de perfecta libertad y de igualdad. Perfecta libertad, en tanto cada uno puede disponer de lo suyo, "posesiones y personas", según lo estime conveniente, y no teniendo otros límites que los dispuestos en la ley de la naturaleza, "sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre"⁴⁰. El pacto que se forma tiene por objeto "salvaguardar y hacer más eficaces a los derechos naturales"⁴². Es decir, desde el origen contractualista de los derechos se puede justificar su existencia en las relaciones jurídicas privadas. Son ellos los que se ponen a salvo, no del Estado, que es su guardián, sino que de los otros particulares⁴³. Ahora bien, y si bajo el prisma contractualista no puede encontrarse una reducción de la validez de los derechos fundamentales a la relación entre persona/Estado, debe pues buscarse en alguna otra parte.

PECES-BARBA MARTÍNEZ señalará que pueden encontrarse otras raíces, las cuales habrían influenciado a la escuela del derecho público alemán⁴⁴. En este sentido, es de importancia cómo comienza a verse la distinción entre el derecho privado y el derecho público: el primero sería el derecho racional y justo, descendiente directo del derecho natural, mientras que el segundo, por el contrario, sería el derecho dado por el hombre y legislador, imperfecto y susceptible de encontrar en él la arbitrariedad.

Así ya en KANT, figura que tanto influenciará a la teoría y la ciencia del derecho alemán, la distinción ya está presente. En su *Metafísica de las Costumbres* planteará la división en "derecho natural y derecho civil: el primero de los cuales se denomina derecho privado"⁴⁵, para después señalar que el derecho público es "el conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico"⁴⁶. El derecho civil como heredero del derecho natural será racional, no necesitará de la técnica de los

derechos fundamentales, pero sí lo será el derecho público, que necesita por definición una limitación al poder, y la encontrará en los derechos fundamentales.

Será con esta influencia donde ya en el siglo XIX la escuela del derecho público alemán planteará los derechos fundamentales como derechos subjetivos, límites al poder público. Y así se mantendrán hasta llegar a la Constitución de Bonn. En efecto, en su artículo 1.3 prescribe una vinculación inmediata clara de los derechos fundamentales sólo para el poder público; además su artículo 93-1, cuando se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional Federal, en su párrafo 4º, letra a), las restringirá las que puedan interponerse por violación de derechos fundamentales, a aquellas producidas por el poder público.

Como puede apreciarse, así, y en palabras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, "llegamos a esa ironía de la historia de unos derechos fundamentales que surgen como derechos naturales, en relaciones *interprivatos*, pasan a ser considerados sólo en las relaciones ciudadanos-poderes públicos"⁴⁷. Pero, ¿es éste reduccionismo aplicable a la tradición jurídica chilena? Es lo que pasaremos a ver a continuación.

4. La revisión del caso chileno

Los argumentos sustantivos

Analizamos en el apartado anterior que el presupuesto de la doctrina alemana de la *Drittwirkung* era, precisamente, el que los derechos fundamentales tienen como destinatario, es decir, sujeto activo de un agravio a los mismos, al Estado. Por tanto, las afectaciones que pueda sufrir un derecho fundamental provenientes de la actividad u omisión de un particular, deben necesariamente reconducirse a la relación persona/Estado. Pero, el que los derechos fundamentales posean validez sólo en la esfera persona/Estado no es tan claro. Ya vimos también como en la doctrina española, o al menos una parte de ella, estaba en contra de una tal asimilación de cosas.

Pues bien, la pregunta que debemos hacernos casi fluye por sí sola: ¿es posible en el sistema chileno un cambio de destinatario de los derechos fundamentales, para así ellos tener validez no sólo en las relaciones persona/Estado, sino que además persona/persona? Si la respuesta es afirmativa, el sistema chileno, al igual que el sistema español, se aleja definitivamente de las disquisiciones de la *Drittwirkung*. Si ella es negativa, ésta última es completamente necesaria. Ello nos lleva a una triple pregunta desde el punto de vista material: i) es posible ello en las disposiciones de la Constitución Política de 1980; ii) es posible ello en la doctrina y, iii) es posible ello en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En una primera aproximación, en su Capítulo I, la Constitución establece las Bases de la Institucionalidad, que en sus artículos 6 y 7 va a establecer lo que es llamado por la doctrina las bases del Estado de Derecho. El artículo 6 inc. 2º prescribe que: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado), como a toda persona institución o grupo". Es decir, es la misma Constitución la que está imponiendo su obligatoriedad directa, pero obligatoriedad directa no sólo para

⁴⁰ LOCKE, John: *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (Ed. Agora, Buenos Aires, 1959), cap.II, párrafo 4º, p. 31.

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 619.

⁴² LOCKE, John: *Segundo...* ob. cit., capítulo IX.

⁴³ Vid. en este mismo sentido, PECES-BARBA, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 620 y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: "Teoría jurídica de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, 1999.

⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 622.

⁴⁵ KANT, Immanuel: *Metafísica de las Costumbres* (Ed. Tecnos, Madrid, 2002), p. 54.

⁴⁶ Idem, párrafo 43, p. 139.

⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 624.

los órganos del Estado, sino que para toda persona, institución o grupo; lo que incluye necesariamente también para los particulares⁴⁸. Tal es la amplitud del precepto, que ha llevado a nuestros constitucionalistas a definir el Estado de Derecho como: (aquél Estado) en que impera un sistema jurídico justo, cuya aplicación es objetiva e impersonal, igualmente vinculante para gobernantes y gobernados (...)»⁴⁹.

El análisis comparado en este punto es irresistible. Mientras que la Constitución de Bonn limita la eficacia de los derechos fundamentales a las infracciones del poder público, la Constitución chilena otorga plena validez normativa, y validez normativa directa, a todas sus disposiciones, ya sean de la parte orgánica, ya sean de la parte dogmática, frente a todos: órganos del Estado y particulares. Según FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, el poder de la fuerza normativa de la Constitución sólo es limitado cuando ella, por medio de sus propias disposiciones, requiera la mediación de la ley⁵⁰. Por tanto, no habiendo auto restricción de la Constitución, no es dable argumentar que tipos de relaciones jurídicas están excluidas de sus prescripciones.

Por su parte, la construcción de los enunciados normativos de derechos fundamentales contenidos en el Capítulo III de la Constitución no parecen manifestar que ellos deben aplicarse sólo a las relaciones persona/Estado, sino que más bien, lo habitual sería que los derechos poseen validez en las relaciones persona/Estado y persona/persona. Sólo en algunos derechos fundamentales podemos ver una construcción restringida a la relación persona/Estado, como es la igualdad en la admisión a las funciones y empleos públicos. Por otra parte, parece casi ridículo argumentar tal restricción cuando se trata de la libertad de trabajo y su protección, o de sus modalidades bajo la fórmula del derecho a la negociación colectiva o la huelga. Lo mismo es extensible al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, o a la protección de la vida personal y a la honra de la persona y de la familia.

Los argumentos procesales

Hasta aquí hemos hablado acerca de las razones de naturaleza material para expandir la validez de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados. Tomemos ahora los argumentos que se enfocan desde el punto de vista de la amplitud que ha tenido la acción de protección al respecto.

Las particularidades del recurso de protección que contempla nuestra Constitución aquí se tornan esenciales. Él es la garantía principal, pero no la única, para el resguardo de los derechos fundamentales. Pero, y ahí la diferencia con el sistema alemán: la acción no se encuentra incardinada solamente a frenar la antijuridicidad de un poder público, sino que más bien, a frenar la afectación de un derecho fundamental proveniente de un acto u omisión de autoridad, pero también de un particular. Ello se desprende claramente de

la amplitud de la disposición contemplada en el artículo 20. Es más, el tribunal en sede de protección debe directamente aplicar como parámetro de control las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales, de modo que son aquellas las que deberán determinar directamente la constitucionalidad de un determinado acto u omisión.

Nos recordará SOTO KLOSS que, en un comienzo, la jurisprudencia estableció como restricción a la procedencia del recurso el que éste protegía posiciones frente al Estado, no frente a otros particulares, jurisprudencia, que, sin embargo, pronto fue abandonada. Coincidente en este punto es GÓMEZ BERNALES⁵¹. Nos dice el primer autor:

“pasando a tener pleno acogimiento también ente sujetos de derecho privado e incluso en casos en que uno de ellos aparece como concesionario de obra pública, o de dominio público. (...) La restricción, sí, que no ha variado es la referente a RP entre particulares cuando disputan sobre obligaciones contractuales. Es decir, cuando el acto ilícito que agravia incide en relaciones contractuales privadas; aquí la jurisprudencia aparece inalterada en orden a sostener que el RP *no es el remedio idóneo* para resolver tales conflictos, pues para ello están las acciones ordinarias que prevé el ordenamiento común”⁵².

Pero ya debiera aparecer una cosa como clara: cuando hablamos acerca de la validez de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, es una cosa distinta a hablar de eficacia o idoneidad de un determinado mecanismo, en este caso el recurso de protección.

Lo que queremos expresar es que, independientemente de la existencia de un mecanismo determinado, los derechos fundamentales poseen validez en las relaciones entre particulares. La garantía en este sentido juega como forma de comprobar la validez de la hipótesis. La lógica es la siguiente: si es que los derechos fundamentales valen sólo en las relaciones persona/Estado, el tribunal de protección debería en todo caso declarar inadmisibile un recurso interpuesto contra la afectación producida por un particular. Ello; sin embargo, no es así. Si observamos la jurisprudencia de protección, salvo en un comienzo⁵³, el tribunal pasa a examinar el fondo del asunto, sin perjuicio de que después deseche el recurso. Así, tomemos por ejemplo la línea jurisprudencial de “Impunidad Diplomática”, en él, ni en “Donoso Arteaga”⁵⁴, la Corte desechó el recurso por no ser un arbitrio que protege derechos fundamentales contra particulares.

⁴⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *IV Tratado de Derecho Constitucional* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997), pp. 135 y ss.

⁴⁹ CEA EGAÑA, José Luis: *I Derecho Constitucional Chileno* (Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002), p. 238.

⁵⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: “La fuerza normativa de la Constitución, en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, 2002. Ejemplo de aquello es la actual décima disposición transitoria de la Constitución, la que limita la eficacia del artículo 121 a la dictación de una ley.

⁵¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón: *Recurso...*, ob. cit., pp. 61 y ss.

⁵² SOTO KLOSS, Eduardo: “Recurso de Protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, 1984, p. 368.

⁵³ La Corte Suprema en Velásquez Treviño, Rol N° 12.622 4/7/77, y en Vásquez Úbeda, Rol N° 12.613 3/8/77, procederá a rechazar ambos recursos por no haber sido creado el Recurso de protección para solucionar los conflictos o controversias específicos entre particulares. Citados ambos por SOTO KLOSS, *El recurso...*, ob. cit., p. 312.

⁵⁴ Puede verse además la abundantísima jurisprudencia en donde la Corte ha protegido los derechos de los particulares frente a el acto arbitrario o ilegal de otro particular. No es éste el momento, sin embargo, de explorar aquellas sentencias.

III

LAS ANTINOMIAS DE NORMAS JURÍDICAS Y COLISIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las colisiones de derechos fundamentales pueden entenderse como una especie de antinomia normativa. En efecto, una norma de derecho constitucional puede mandar, prohibir o permitir una determinada conducta, la cual sin embargo, podría encontrarse en colisión con otra conducta amparada por otra norma de derecho fundamental.

Mediante este capítulo trataremos de dar: i) una exposición general acerca de las antinomias normativas y de los criterios tradicionales para su solución; ii) llegar a la conclusión de que ellos no sirven para solucionar una colisión de derechos fundamentales, los cuales se caracterizan por estar contenidos en un mismo documento legislativo y iii) explicar cómo las antinomias de derechos fundamentales se dan en un discurso del razonamiento jurídico, el de la aplicación, haciendo énfasis en la importancia de la distinción entre principios y reglas para solucionar la antinomia por medio del proceso ponderativo.

1. Las antinomias de normas jurídicas

Imaginemos que una norma jurídica, digamos N1, prescribe que debe realizarse una determinada conducta, denominémosla A; pero otra norma jurídica correspondiente al mismo sistema jurídico, digamos N2, prescribe que debe realizarse la conducta contraria, es decir, no A. En tal circunstancia puede identificarse una antinomia de normas jurídicas. Así, y como nos señala al respecto PRIETO SANCHÍS⁵⁵, dentro de un mismo sistema jurídico, “se imputan consecuencias incompatibles a las mismas circunstancias fácticas”. Por su parte, SQUELLA NARDUCCI⁵⁶ siguiendo a BOBBIO, las define como “la situación que se produce cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles entre sí”.

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Observaciones a las antinomias y al criterio de la ponderación”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45 (2000), p. 469.

⁵⁶ SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Introducción al Derecho* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000), p. 340. Cita SQUELLA la Teoría General del Derecho de BOBBIO, sin embargo, no da lugar de procedencia ni tampoco la página citada. Da para pensar la concurrente posición en este punto de teoría de derecho, de un *iusnaturalista* como es el profesor PRIETO SANCHÍS, y de un marcado positivista de corte kelseniano como es SQUELLA. Pensamos que las diferencias se verán al final en forma que se desarrolle esta tesis.

Veámoslo con un ejemplo. Nuestra Constitución recientemente fue reformada en sus más variados aspectos⁵⁷. Entre las reformas introducidas es particularmente interesante la que incorpora, como Bases de la Institucionalidad, dos principios rectores al artículo 8, el principio de la probidad y de publicidad. Quedémonos con el segundo de ellos. La nueva redacción del artículo 8 inciso 2º de la Constitución, establece una reserva legal fuerte a favor de una ley de quórum calificado, para que sea ella la que establezca la reserva o secreto de los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de los órganos del Estado.

Ahora bien, si hoy se dictara un acto administrativo que estableciera el secreto de un acto de la Administración, el conflicto se configura de la siguiente forma: la norma N1 (de rango constitucional) prescribe que la reserva o secreto debe ser regulado por una ley de quórum calificado, mientras que la norma N2 (de rango inferior, y que no es precisamente de ley de quórum calificado) prescribe el secreto o reserva de algún acto de la Administración. La antinomia es evidente.

Pero la reforma establece unos efectos específicos para dicho evento: la derogación de toda aquella normativa especial, por contravenir norma expresa, y directamente aplicable de la Constitución Política, ya que hoy la reserva o secreto de los actos de la Administración son establecidos por una ley de quórum calificado, y no un mero acto de la Administración. Y ello porque nuestra Constitución recoge el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", principio que, reconociendo la jerarquía superior de la norma fundamental, afecta la validez de las normas jurídicas inferiores a la Constitución que la contradicen.

Muchos otros ejemplos pueden imaginarse, y sólo hemos dado éste, si bien un poco complicado y discutible, por la actualidad de la materia. Ello da cuenta de otra cosa, cual es que las antinomias de normas jurídicas en un sistema jurídico, sistema del cual debemos predicar las notas de unidad y coherencia⁵⁸, son bastante frecuentes. Aunque si bien a los ojos de cualquier persona, un sistema jurídico que presente razones contrarias para la acción puede sonar un poco contradictorio, es un hecho de que ellos son compuestos por normas procedentes de diversas épocas, diversas ideologías y políticas que han inspirado al respectivo constituyente, legislador o administrador, para dar un regulación determinada. Son pues, sólo una muestra de que el ordenamiento jurídico no es para nada un momento estático, sino que más bien dinámico⁵⁹.

Pero también dan cuenta de una segunda cuestión, cual es la difícil situación en que se encuentra un destinatario de dos normas jurídicas contradictorias. En efecto, si cumple N1 deja de cumplir N2 (o viceversa), la posibilidad de ejercicio simultáneo es nula. Son por ello un desafío para el jurista que debe proporcionar, mediante el análisis del material normativo vigente, las reglas que son requeridas en un momento dado que puedan dar base al actuar lícito de los destinatarios de normas jurídicas y la correcta decisión de los operadores jurídicos.

⁵⁷ Tratase de la Ley 20.050 de reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial el 26 de Agosto de 2005.

⁵⁸ Acerca del sistema jurídico, vid.: LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (ed. Ariel, Barcelona 2001), capítulo VI pp. 437 y ss, y CANARIS, Hans-Whilem: *El sistema en la jurisprudencia* (ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998).

⁵⁹ Vid.: PRIETO SANCHÍS, Luis, Observaciones... ob. cit., p. 470.

Es así, que para resolver los conflictos o antinomias de normas, la teoría del derecho, y muchas veces la legislación misma, ha ideado una serie de criterios, verdaderos principios jurídicos, que las resuelven, volviendo por medio de ellos a la unidad y coherencia del sistema jurídico.

Los criterios tradicionalmente utilizados son conocidos para todos: el jerárquico, en cuya virtud, entre dos normas de distinto grado, la norma superior deroga a la inferior que la contradice, recogiendo por ello el antiguo adagio, *lex superior derogat inferior*; el cronológico, por el cual, entre dos normas de igual rango prevalece la posterior a la anterior, según la máxima *lex posterior derogat priori*, y por último, el criterio de la especialidad, que señala que entre dos normas de igual rango y simultáneas, debe prevalecer aquella de carácter especial, según el *lex specialis derogat generali*⁶⁰.

Tratémoslos un poco más en detalle. El principio de la jerarquía es de particular importancia dentro del Derecho constitucional, y ello por la posición que posee una Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. En efecto, dicho principio es reconocido por nuestra Carta Fundamental en su artículo 6, el cual prescribe que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución (...)". Es así como cualquier norma jurídica infraconstitucional que la contravenga puede ser declarada inconstitucional por los mecanismos que han sido ideados para la protección de la supremacía constitucional.

El criterio cronológico también presenta desarrollo positivo. En dicho sentido, y al tratar nuestro Código Civil la derogación tácita en su artículo 52, señala que la derogación es de dicho tipo cuando "la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

Asimismo, el principio de especialidad es consagrado en los artículos 4 y 13 del Código Civil. Éste ciertamente es el caso de mayor complejidad. Se daría cuando el supuesto de hecho de una norma jurídica, que consideramos especial, contiene todas las notas distintivas de la norma general, pero además una nota distintiva adicional, la que sería la que establecería la diferencia, y por tanto la especialidad⁶¹.

Todas ellas se caracterizan por poseer una cierta vocación de permanencia, es decir, que una vez que ha sido constatada la antinomia, ella debe resolverse del mismo modo y a través del mismo criterio⁶². Así, cuando una norma N1 contradice a N2, y que es además superior jerárquica de N1, al aplicar el principio de la jerarquía debemos concluir que N1 es inválida, lo que imposibilita su permanencia dentro del sistema.

Pero su vocación de permanencia se desarrolla además por otra vía: y es que al hacer uso del criterio jerárquico y del cronológico se afecta la validez de la norma jurídica que ha

⁶⁰ Existen todavía criterios un poco más complejos, sobre los cuales, por la naturaleza y finalidad de este trabajo de tesis, no vamos a profundizar. Son los criterios de la prevalencia, en cuyo caso se demuestra un conflicto entre los criterios mismos que pretenden salvar la antinomia, y ello se da en el caso de que las normas contradictorias sean a la vez del mismo rango, simultáneas y especiales, pero de una manera diferente a la que nosotros exponemos; por otro lado está el criterio de la competencia, de relevancia para el análisis constitucional, por el uso que nuestra Constitución hace de la clasificación de las leyes en interpretativas, orgánicas, de quórum calificado y simples. Para una comprensión del primer criterio, vid.: SQUERLA NARDUCCI, Luis, Introducción..., ob. cit., pp. 341 y 342. Para el segundo, vid. el excelente trabajo de BASCUBÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas", en *Revista Chilena de Derecho*, número monográfico correspondientes a las XXX Jornadas de Derecho Público, (1998), pp. 33 y ss.

⁶¹ DIETZ, citado por LARENZ, Karl: *Metodología*... ob. cit., p. 261. Aunque más bien LARENZ profundizará su análisis acerca del criterio de la especialidad y catalogará la respuesta de DIETZ como demasiado general como para comprender el fenómeno en profundidad, para los efectos de nuestro trabajo es suficiente.

⁶² PRIETO SANCHÍS, Luis, Observaciones... ob. cit., p. 470.

sido preterida, lo que implica la operatividad de la técnica derogatoria. Ni al ser preterida ya sea frente a una norma superior o frente a una norma posterior con las cuales está en contradicción, debe ser derogada. Es así como precisamente el artículo 94 de la Constitución, al tratar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, señala expresamente que el precepto afectado “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia” que acoja el reclamo de inconstitucionalidad. Y es así también como hemos señalado que el principio cronológico se encuentra recogido positivamente en conjunto con la derogación tácita.

Sin embargo, el criterio de especialidad opera de una forma diferente: no versa acerca de la validez de la norma preterida, sino que más bien opera mediante el establecimiento de cláusulas de excepción de carácter permanente a la aplicación de aquella norma, de manera que siempre que se aplique dicha norma debe entenderse con dicha excepción.

Pero las cosas pueden complicarse aún un poco más. Los tres criterios tradicionales operan de manera perfecta cuando podemos aplicarlos fácilmente, es decir, las normas antinómicas son de distinto rango, son diferentes en su tiempo o bien, una es especial frente a otra que es general. No ocurre lo mismo cuando nos encontramos frente a dos normas antinómicas que se presentan en un mismo documento legislativo: sus preceptos son coetáneos y además poseen un mismo rango jerárquico. Son, por lo mismo, inservibles los criterios tradicionales de jerarquía y cronología para resolver la antinomia. Pero también el criterio de especialidad puede ser insuficiente para resolver ciertas antinomias, particularmente en aquellas en que es imposible establecer una relación de especialidad, es decir, no puede construirse una excepción que opere siempre entre ambas normas, ya que precisamente no hay superposición de sus supuestos de hecho.

De lo anterior hablaremos en el próximo apartado, donde veremos que las colisiones de derechos fundamentales se dan entre normas que se encuentran en un mismo documento legislativo, en donde no pueden, en principio, tener aplicación el criterio de jerarquía⁶³, cronología o especialidad.

2. Las antinomias en abstracto y en concreto

Tomemos algunos de los casos que hemos expuesto en nuestra introducción. En “Impunidad Diplomática” la Corte se encuentra frente a lo que ella misma denomina una colisión de derechos fundamentales, precisamente, entre aquellos que son descritos en los artículos 19 N° 4, derecho al respeto de la vida privada (y pública en ese entonces), honra de la persona y su familia y 19 N° 12, relativo a la libertad de expresión. La Corte expuso al efecto que: “el ejercicio de su libertad de expresión (se encuentra) restringida por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política”⁶⁴. Por su parte, en “Donoso Arteaga”, la Corte de Apelaciones expresó que “la jurisdicción aún a riesgo de vulnerar la garantía del 19 artículo N° 12 de la Carta Magna,

⁶³ Lo dicho debe aceptarse bajo la reserva de que se comparta la tesis que no puede existir “jerarquía” entre normas de ciertos documentos como son las Constituciones. Pero como veremos más adelante, de cierta forma puede establecerse una cierta importancia entre los derechos fundamentales, de lo cual derivará una cierta incorporación del principio de jerarquía a sus colisiones.

⁶⁴ Considerando 8° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones.

en aparente colisión con la que le sirve de fundamento a la acción”, para después continuar más adelante “La vida privada de la familia (...) merece precisamente el respeto a que se refiere, sin duda, el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política (...)”⁶⁵.

¿En qué sentido existe la colisión de derechos? La Corte de Apelaciones dice encontrar, en concreto, una colisión de dos normas constitucionales, el artículo 19 N° 4 y el artículo 19 N° 12, y que en dicho caso concreto da preferencia a un derecho por sobre otro. Entonces el razonamiento de la Corte en ambos puede sintetizarse en un razonamiento de dos pasos. Un primer paso es el dirigido a determinar que en dicho caso concreto hay una contradicción entre dos normas. De hecho, bastante gráfico es lo que señala la Corte en “Donoso Arteaga”: “a riesgo de vulnerar la garantía del artículo 19 N° 12”. Un segundo paso es aquél en el cual la Corte selecciona y utiliza un criterio de solución para dicha colisión.

Por el momento, es el primer paso del razonamiento el que nos interesa: la determinación de la existencia del conflicto⁶⁶. Para entender aquello debemos recurrir a los artículos 19 N° 4 y 12. En el primero se prescribe que la Constitución asegura a todas las personas: “La protección de la vida privada (y pública al momento del fallo) y la honra de la persona y de su familia”. La norma establece una inmunidad, y por tanto una posición jurídica subjetiva de resistencia frente a las afectaciones que se puedan producir a los bienes jurídicos protegidos, es decir, la prohibición de la realización de conductas lesivas hacia ellos.

En el segundo de ellos se protege la “Libertad de emitir opinión y 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 (...)”. Ella establece una especie particular de libertad, y por ello, una posición jurídica subjetiva que permite una determinada conducta, o que la defiende de afectaciones a ella.

Pero ambos preceptos, y esto es lo importante, considerados en abstracto, no producen consecuencias jurídicas contradictorias. Ambos supuestos de hecho (hipótesis contenida en la norma jurídica) no se superponen, y por lo mismo, no dan señales contradictorias a los operadores. Definíamos anteriormente las antinomias como una situación que se produce cuando dos normas de un mismo sistema jurídico son incompatibles entre sí. Y por ello no puede haber conflicto de normas si ellas son compatibles entre sí.

Ahora bien, una conclusión apresurada nos dirá que el primer paso en el razonamiento de la Corte, en ambos casos, sería errado. No existiría la colisión porque ambos preceptos son completamente compatibles entre sí, válidos y coherentes en un plano abstracto. Pero examinadas las cosas con un mayor detenimiento, nos daremos cuenta de que la Corte, a fin de determinar que realmente existe un conflicto, no considera sólo las normas jurídicas en juego, sino que además, las circunstancias fácticas del caso. En otras palabras, sin la amenaza de una publicación periodística, de las particulares características que ella pueda presentar, y las afectaciones negativas producidas concretamente, no existe lesión a la honra de la persona o de su familia. No puede justificarse el razonamiento de la Corte si es que no formula un razonamiento a partir de las circunstancias concretas del caso.

⁶⁵ Considerando 6° de la sentencia Pronunciada por la Corte de Apelaciones.

⁶⁶ El segundo paso, relativo a la selección y utilización de los métodos adecuados para la solución de la colisión, se examinará en el capítulo siguiente.

Es por lo anterior que, para un correcto análisis de las colisiones que pueden producirse entre derechos fundamentales, debemos analizar no sólo las antinomias en abstracto, sino que también las antinomias en concreto. Una y la otra ocurren en dos momentos diferentes del discurso: el de la validez y el de la aplicación. Pasaremos a ver qué significa aquello en el siguiente apartado.

Dos momentos en el razonamiento jurídico

Para GÜNTHER la ética del discurso aplicada a la especie de discurso jurídico que conocemos como el Derecho, reconoce dos momentos: el de la validez y el de la aplicación. En el momento de justificación (de la validez) "lo que es relevante (...) es sólo la norma misma, independientemente de su aplicación a situaciones particulares". Por el contrario, en el discurso de la aplicación, "lo relevante es la situación particular, independiente de si la observancia general de la norma es beneficiosa para todos (...). El problema no es la validez de la norma para cada individuo y sus intereses, sino que su adecuación en relación a las características del caso"⁶⁷.

Explicaremos esto mejor por medio de un ejemplo que el mismo GÜNTHER nos da en otro lugar⁶⁸. Supongamos un sistema en donde existen dos obligaciones que son simultáneas: se deben cumplir las promesas y ayudar al prójimo en estado de necesidad. Ambas obligaciones no son contradictorias en el plano abstracto: no se superponen en sus hipótesis de regulación y no dan consecuencias jurídicas contradictorias. Son, por lo mismo, perfectamente compatibles.

Sin embargo, el conflicto puede bien darse en el plano de la aplicación. Imaginemos que en ese sistema imaginario se valora tanto el cumplimiento de las promesas dadas como el auxilio de los necesitados en accidentes. Supongamos también que debemos asistir a una reunión fijada hace ya varios días con mi profesor guía de esta tesis (donde se tocarán importantes materias). Pero sucede que en mi trayecto hacia mi lugar de estudios, presencio un accidente de tránsito y estoy en condiciones de ayudar al herido. Inmediatamente se presenta el dilema: o acudo a la reunión y por ello dejo de cumplir mi deber de asistir al prójimo en auxilios, o bien atiendo al accidentado y con ello incumplo mi promesa de asistir puntualmente a la reunión programada. Como puede apreciarse ambas obligaciones son concurrentes: se hace la una o la otra. Pero ellas son contrarias sólo en un plano de aplicación, no existe dicha colisión en un plano de validez.

Estas son las que PRIETO SANCHÍS⁶⁹ llama antinomias contingentes, externas o en concreto, para diferenciarlas de aquellas antinomias internas, o en abstracto. El mismo autor nos explica la diferencia esencial entre ambas y que ya por medio del ejemplo dado, ha sido adelantada. En el caso de las antinomias abstractas, las dos normas se superponen

conceptualmente, de manera que siempre que pretenda aplicarse una norma nacerá el conflicto con otra.

Demos un ejemplo: la Constitución en su artículo 25 señala los requisitos para ser elegido Presidente de la República. Uno de ellos es el requisito de edad: sólo quien ha cumplido los 35 años puede ser elegido Presidente de la República. Ahora bien, pongámonos en el caso de que una ley establezca que sólo pueden inscribirse para participar en la elección aquellas personas que hayan cumplido los 60 años de edad el día de la elección. Inmediatamente se produce una antinomia: N1 (la norma constitucional) permite acceder a la elección de Presidente de la República a aquellas personas mayores de 35 años. Por su parte N2 (la norma legal) permite sólo a los mayores de 60 hacerlo, estableciendo una prohibición a aquellos que, por mandato constitucional, podrían haber participado del proceso electoral. Ni por un minuto dicha norma podría pasar por el control del Tribunal Constitucional.

Si bien el ejemplo es un poco burdo, demuestra claramente que aplicado el principio de jerarquía (supremacía constitucional), N2 no puede sobrevivir, tener validez, a un lado de N1. Ambas hipótesis normativas se superponen, pero dan consecuencias controvertidas, y para su solución aplicamos unos de los criterios resolutores de antinomias propios del discurso de validez.

También otra es la característica de estas antinomias: podemos adelantarnos y constatar la antinomia sin necesidad de añadir las circunstancias de un caso concreto. Sólo debemos constatar que las normas que se superponen generan consecuencias distintas, para luego aplicar un criterio de resolución de antinomias que bien, o las afecte en su validez (jerarquía, cronológico) o bien genere una excepción permanente a su aplicación (especialidad).

Por otra parte, el autor español reconoce las antinomias en concreto, propias del discurso de aplicación. Ellas se caracterizan porque no podemos definir "en abstracto" cuales van a ser los casos de colisión, porque consideradas de dicha forma, las normas son plenamente coherentes, cumpliendo así con los requisitos de todo sistema (unidad y coherencia). Más bien la colisión se determina en concreto, a raíz de la eventualidad de circunstancias concretas. Así, baste recordar que a partir de una determinada publicación se traba el conflicto, en "Impunidad Diplomática" o "Donoso Arteaga". Sin la misma la colisión no se produce. Es por lo mismo que en este tipo de antinomias no es posible hacer un "mapa" de todos los supuestos en que se producirá la colisión, como tampoco establecer criterios que permitan siempre y en todos los casos, establecer la norma preterida. GÜNTHER en ese sentido nos señala:

"En el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el status de razones *prima facie* para la justificación de los enunciados normativos particulares tipo "debes hacer ahora p". Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones *prima facie* relevantes en base a la descripción completa de la situación"⁷⁰.

Con ello, GÜNTHER introduce las razones *prima facie* y definitivas para la acción, sobre las cuales nos referiremos *infra*, y para lo que también tomaremos los conceptos de regla y principio. Por de pronto, debe entenderse la diferencia entre éstas antinomias en

⁶⁷ GÜNTHER, K.: *The sense of appropriateness* (SUNY, Albany, 1993), pp. 37 y 38, citado por ATRIA LEMAÏTRE, Fernando: "Las circunstancias de la de derrotabilidad", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, (2000), p. 451.

⁶⁸ GÜNTHER, K.: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa* N° 17-18, 1995, pp. 271 y ss. El ejemplo también es recogido en PRIETO SANCHÍS, Luis: "Observaciones...", ob. cit., p. 472. Aquí lo tomamos con algunas pocas modificaciones.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: "Observaciones...", pp. 472 y 473.

⁷⁰ GÜNTHER, "Un concepto...", ob. cit., p. 238.

concreto y las en abstracto. Sobre las primeras podemos finalmente dar algunas de sus características. Para ello nos señala PRIETO SANCHÍS:

"(...) creo que en definitiva éstos conflictos o antinomias se caracterizan: 1) porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, o bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de su aplicación, concurren mandatos que ordenan observar simultáneamente distintas conductas en la mayor medida posible; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de éstos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de sus normas, pero tampoco como concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de éstas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda que pretenda satisfacer ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo"⁷¹.

Ahora bien, la distinción entre el discurso de la validez o justificación y el de la aplicación también es fértil para demostrar otras diferencias, como es la diferencia que puede existir entre la labor de un juez y de un legislador. Pareciera que esta materia se aparta de nuestro camino, pero nos será necesaria para después hacer la crucial distinción entre "principios" y "reglas", y sobre todo, para la aproximación a uno de nuestros casos: "Catalíticos". Por ello pasemos a examinarla en el próximo apartado.

El papel que cabe al legislador y al juez

La distinción entre estos dos planos es algo propio de distinguir entre las funciones propias de un legislador y juez en la creación normativa. Una forma simple explicar aquella diferencia es la de decir que el legislador crea derecho, mientras que el juez lo aplica. Sin embargo, dicha manera de enfocar el problema, lejos de dar una categoría que permita construir modelos útiles para la resolución de conflictos jurídicos, plantea nuevas interrogantes muy difíciles de resolver, y es además, difícil de sostener hoy en día donde el papel del juez se ha revitalizado⁷².

Es por ello que una nueva explicación más sofisticada es necesaria. ATRIA LEMAITRE plantea la tesis que la "diferenciación institucional de los jueces y legisladores refleja la distinción entre dos momentos del discurso, dos lógicas de argumentación distinta: un problema es decidir que una norma general es válida (razonable, constitucional, justificada) y otra es decidir si esa norma debe o no ser aplicada a un caso concreto"⁷³.

⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Neoconstitucionalismo (i)* (ed. Trotta, Madrid, 2003), p. 140.

⁷² Vid. en el sentido del nuevo papel que desempeña el juez en cuanto a la supremacía de la Constitución, en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: "Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?", en: *Revista Estudio Constitucionales*, 2005, pp. 103 y ss.

⁷³ ATRIA LEMAITRE, "Implicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, N° XII, (agosto de 2001), p. 143.

Estas dos maneras lógicas distintas de acercarse a las normas por parte de los legisladores y jueces, descansa sobre la base de que es el juez quien debe aplicar las normas a los casos concretos. El legislador no genera la norma sobre bases concretas, sino que sobre bases generales, que tengan la condición de que su supuesto de hecho, hipótesis contenida en la normativa legal, pueda llegar a ser aplicada a la generalidad de los casos. Generalidad de los casos, pero no todos los casos. Aquí la importancia de la labor de quien razona no sobre la base de la justificación general de la misma, sino que sobre la base de su aplicación⁷⁴, ya que una norma legal puede en un determinado caso justificar el no ser aplicada. La *derrotabilidad* de dicha norma viene dada por los parámetros que sólo el aplicador en el caso concreto puede descubrir.

Ahora bien, a una Magistratura como es el Tribunal Constitucional, y por su especial naturaleza, toca hacer un control de constitucionalidad abstracto, como es la inconstitucionalidad preventiva o correctiva, como casos concretos, como es la inaplicabilidad. Las dos fases del discurso jurídico le son propias y pueden servir para delimitar sus funciones.

Pero como todo, las cosas pueden complicarse y caer en un caso difícil. Pongámonos en un caso de control abstracto y analicemos, brevemente, lo hecho por el Tribunal en su Rol N° 370, al que llamaremos "Impacto Vial". El Tribunal en dicho caso razonó en forma abstracta: determinó la inconstitucionalidad del DS N° 1 MINVU/2003, por contrariar la reserva legal establecida en el artículo 19 N° 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución.

Nos interesa aquí exponer la tesis disidente: inconstitucionalidad preexistente. Este es el tema que lleva al Ministro Juan Agustín Figueroa a plantear su disidencia. Y es que en este caso el decreto impugnado no es más que una modificación a un anterior decreto, que también establecía la obligación de realizar un estudio de impacto vial. Decreto que, por el tiempo transcurrido desde su dictación, ya se encuentra fuera de las potestades de control del Tribunal. El Ministro disidente manifiesta que no son las normas modificatorias sino que las normas que se encuentran vigentes las que producen la inconstitucionalidad, pero éstas últimas se encuentran fuera de su control. Ciertamente una interpretación como esta, a primera vista, no sería compartida por nosotros, porque manifiesta un cierre hacia las competencias del Tribunal.

Sin embargo, la disidencia puede bien plantear una pregunta: ¿qué sucede si las modificaciones que contiene el nuevo decreto generan una situación más favorable para el derecho que la situación vigente? Si ello es así ¿autorizaría al Tribunal para dejar de lado el no cumplimiento del principio de reserva legal en orden a dar curso a un decreto inconstitucional, pero más favorable? ¿Estaríamos frente a una protección inconstitucional de la constitucionalidad?

Esta pregunta nos remite inmediatamente a uno de los fallos más vilipendiados en el haber del Tribunal: "Catalíticos". En él precisamente tras haber el Tribunal identificado una violación de la reserva legal, pasa a declarar, para el sólo efecto de ese caso concreto, la constitucionalidad del decreto impugnado que establecía la restricción vehicular a los catalíticos. Lo hace bajo la consideración de que frente a una medida que es excepcional, dadas en situaciones de emergencia, que buscan proteger un derecho más preciado de la

⁷⁴ La doctrina alemana ha sido fértil en describir cómo es que el juez en el momento aplicativo puede realizar interpretaciones superadoras del derecho positivo vigente. En este sentido vid. especialmente LARENZ, Karl, *Metodología...* pp. 359 y ss.

vida e integridad de la persona y del deber del Estado de ampararlo, declara la constitucionalidad desechando por ello la regla de la reserva legal⁷⁵. El grueso de nuestra doctrina constitucional se ha declarado contrario a una decisión así⁷⁶.

Obviamente guardando las proporciones, en el Rol N° 370, podría haberse discutido el asunto. Sobre todo si a primera vista, el decreto impugnado pareciera (no soy un entendido en la materia, si no lo es, vale entonces para el desarrollo del argumento) más favorable para la optimización del derecho de propiedad, del cual la reserva legal es garantía formal. Ello nos lleva a considerar si ¿es dable que pueda el Tribunal apartarse de la reserva legal por la consideración de otros factores (sustantivos) que entran en juego? Esto que suena como hipotético en "Impacto Vial", fue realidad en "Catalíticos". El Tribunal, por las fuertes circunstancias consideradas en el caso se apartó, en abstracto, del mandato de la reserva legal para acoger otros principios en juego, ¿es ello posible?

¿Qué pasaría si en el caso en comento las modificaciones establecidas en el decreto impugnado son más benéficas que las normas vigentes? ¿Puede constituir aquello una optimización al derecho fundamental en cuestión?⁷⁷ Hemos tomado la palabra optimización por una razón. ALEX⁷⁸ define los principios como mandatos de optimización, y a los derechos fundamentales como un modelo de principios y reglas. Como mandato de optimización, un derecho fundamental establecido como principio, ordena que sea cumplido en la mayor medida posible, tanto en sus circunstancias fácticas, como jurídicas. Es decir, lo más posible de un derecho dentro de sus posibilidades reales y jurídicas. Y un principio se optimiza no sólo por tender a su mayor realización en forma positiva, sino que además disminuyendo las posibilidades de ataques negativos en ellos.

ALEX⁷⁹ toma en consideración la distinción ya hecha por DWORKIN⁷⁹ acerca de las reglas y principios, en cuanto las primeras se siguen o no, mientras que los segundos pueden seguirse más o menos, no solucionan directamente el caso como las reglas, sino que proporcionan bases o criterios para la decisión: razones para normas, es decir, otras reglas adscriptas a la norma de derecho fundamental, que resuelvan el caso. Distinción que fue formulada para explicar aquellos casos en que sin embargo pareciera haber una regla aplicable ella no era aplicada. Y no era aplicada por haber un principio de "peso mayor" en contrario.

La optimización de los derechos fundamentales nos llevará en el siguiente apartado hacia la consideración de la diferencia entre las reglas y los principios, como pieza clave en la argumentación acerca de la aplicación de los derechos fundamentales. Y además a que una argumentación así es necesaria no sólo en los discursos en concreto, sino que también los discursos en abstracto.

⁷⁵ Vid. considerando 46° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Rol N° 325.

⁷⁶ Vid. en ese sentido, BERTELSEN REPETTO, comentario de jurisprudencia, en *Ius Publicum*, N° 7 (2001) pp. 214 y ss.; CUÍVAS FARREN, Gustavo, comentario de jurisprudencia, en *Ius Publicum*, N° 7 (2001) pp. 217 y ss.; HIDALGO GALLARDO, comentario de jurisprudencia, en *Ius Publicum*, N° 7 (2001), pp. 219 y ss.; FERNANDOIS VÖRINGER, Arturo: "La reserva legal. Una garantía sustantiva que desaparece", en *Revista Chilena de Derecho*, 2001, pp. 289 y ss.

⁷⁷ Sobre todo considerando que al Tribunal Constitucional le es particularmente aplicable el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, que lo obliga no sólo a proteger los derechos fundamentales, sino que a promoverlos.

⁷⁸ ALEX⁷⁸, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), p. 86.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (Ed. Ariel, Barcelona, 1984).

3. La distinción entre reglas y principios

De Dworkin a Alexy

La distinción entre las reglas y los principios, y su consiguiente ataque general contra el positivismo, parte en DWORKIN a partir de la consideración de dos casos⁸⁰. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que resolver en el caso *Riggs v. Palmer* si un heredero podía recibir su herencia testamentaria si bien había dado muerte a su abuelo y causante. Es interesante conocer el razonamiento del tribunal:

"Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino" (pero) "todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controlados en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen"⁸¹.

A su vez, en 1960 un tribunal de Nueva Jersey tuvo que conocer el caso *Henningson v. Bloomfield Motors, Inc.*, que versaba acerca de si un fabricante de automóviles podía limitar su responsabilidad contractual, en los casos en que por causa de un coche defectuoso se cause un accidente. El razonamiento del tribunal fue el siguiente:

"d) En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso no está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros, y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación a lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra y venta para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados." (...) "e) ¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-americano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad o injusticia?" (...) "f) Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un "pacto" en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra (...)"⁸².

En ambos casos el tribunal se aleja de la mera regla para seguir a un principio jurídico que resuelve el caso en cuestión. Y es a partir de los mismos que el autor comienza a esgrimir su modelo "superador", por llamarlo de algún modo, de la mera regla.

⁸⁰ Vid.: el capítulo titulado "El modelo de las normas (I), en su clásica obra *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 61 y ss.

⁸¹ Transcrito en DWORKIN, *Ibid.*, p. 73.

⁸² *Ídem.*, pp. 73 y 74. La selección de los argumentos como los presentamos aquí con letras indicativas es de DWORKIN.

Pero para comprender lo esencial de la teoría de DWORKIN debemos empezar de quien fuera su maestro H.L.A. HART⁸³. Desde su analítica positivista, HART conoce sólo reglas (para éstos efectos da lo mismo que ellas sean bien primarias o secundarias). Estas reglas son normativamente obligatorias: ellas se siguen o no se siguen. Ahora bien, no siempre dan solución a todos los casos, sino que dejan ciertas “zonas grises” que debe resolverlas el juez a partir de la discrecionalidad que ellas dejan. Dentro de este marco de libre apreciación, la decisión del juez es siempre correcta. Es por ello, cierto retroceso del pensamiento positivista: el ordenamiento jurídico no es perfecto, sino que hay espacios que dejan cierta discrecionalidad al juez.

En este punto termina HART y comienza DWORKIN. Y es que a éste último pareciere importarle en demasía la limitación de ese campo de discrecionalidad del juez, y para ello ideará su tesis de la única solución correcta. Pero lo que nos interesa a nosotros de este autor no es su tesis acerca de la decisión correcta, sino que en su modelo de normas conoce no sólo reglas, sino que además, principios.

La diferencia entre principios y reglas yace en que las reglas “tienen una función de todo-o-nada y con ello no dejan ningún espacio de juego, mientras que éstos (los principios) tienen la dimensión del peso y de la significación”⁸⁴. En palabras de DWORKIN, las reglas y los principios “difieren en el carácter de orientación que dan. Las normas (reglas) son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”⁸⁵. Mientras que los principios “no pretende(n) siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia(n) una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular”⁸⁶. El juez debe utilizarlos para la resolución de los casos difíciles y a partir de ellos, encontrar la única solución correcta a los mismos.

Interesa en este lugar realzar que los principios pueden colisionar con otros principios que establecen razones o directrices contrarias. Y ahí la explicación de que los principios operan en una dimensión de peso que falta en las reglas. DWORKIN nos los señala así: “Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”⁸⁷.

Ahora bien, los principios no son desconocidos para el resto de la teoría del derecho. Baste citar por todos la célebre obra de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, cuya primera edición en alemán es de 1956⁸⁸. Pero que carece de la perspectiva renovadora de DWORKIN.

⁸³ Para la doctrina del Derecho de HART, vid. su *The Concept of Law* (Clarendon Press, Oxford, 1993). Y para un breve recorrido acerca de los principios generales del Derecho como un aporte novedoso de la teoría *iustitiosofica* angloamericana, y como además una tercera vía entre positivismo y *iustitiosofismo*, vid.: KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho* (Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2002, Bogotá), pp. 105 y ss., síntesis que seguimos muy de cerca en nuestra exposición. Además seguimos las clases de ZAPATA LARRAÍN, Patricio, Interpretación Constitucional, 2º Semestre, Magíster en Derecho Constitucional, 2005.

⁸⁴ KAUFMANN, Arthur: *Filosofía...*, ob. cit., p. 108.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald: *Los derechos...* ob. cit., p. 75.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁸⁸ ESSER, Joseph: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, (ed. Bosch, Barcelona, 1961).

Por su parte, tampoco son desconocidos para ALEXY, quien en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, y como ya hemos dicho un poco antes, formula la tesis de que los derechos fundamentales operan como principios, y que éstos son mandatos de optimización⁸⁹.

Si bien la utilización de la categoría principios es algo común en DWORKIN y ALEXY, el tratamiento de los mismos es bastante distinto, y demuestra las diferencias sustanciales en sus respectivas teorías jurídicas. Así, en la concepción de ALEXY los principios tienen el carácter de mandatos de optimización, y por tanto, en la pregunta acerca si se ha lesionado un derecho fundamental juega un papel central la máxima de la proporcionalidad y por ello, la ponderación. DWORKIN por su parte, concibe a los derechos fundamentales como “cartas de triunfo”.

También existen diferencias en cuanto al tratamiento *prima facie* o definitivas de las reglas y principios.

En cambio, el tratamiento es coincidente en cuanto al tratamiento de las reglas. Ellas, para ambos autores, son normas que sólo pueden cumplirse o no, por lo que en cierto sentido son definitivas en el ámbito de lo jurídico y de lo fáctico: determinan directamente la conducta a seguir en el caso concreto. Derivada es esta coincidencia de la circunstancia de que pueden adscribirse ambas a la tesis de que entre principios y reglas no sólo existe una diferencia gradual, sino que más bien cualitativa, es decir, a la relación diferenciada que asumen ambos tipos de normas en el discurso jurídico.

Las tres tesis de Alexy

¿Qué significa que los principios sean mandatos de optimización? A ello nos responde ALEXY señalando primero que los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁹⁰.

La segunda tesis de ALEXY es que los derechos fundamentales operan como un modelo mixto de reglas o principios⁹¹. Y aún puede identificarse una tercera, cual es que existe una diferencia cualitativa en las razones para la acción que dan ambos tipos de normas: los principios generalmente darán razones *prima facie*, mientras que las reglas darán razones definitivas.

Explicemos la segunda de las tesis de ALEXY por medio de un autor nacional. RUIZ-TAGLE VIAL en su artículo “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile,” analiza algunas de las nociones acerca de las teorías de los derechos fundamentales que se han dado tanto a nivel nacional como a nivel comparado. Expone varias de las teorías más comprensivas del tema, y entre ellas, a la de ALEXY. Si bien la califica como muy

⁸⁹ Vid.: ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., capítulo II.

⁹⁰ ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., p. 86.

⁹¹ *Ibidem*, capítulo II, 2, pp. 115 y ss.

“compleja”, acepta que algunas de sus categorías puedan utilizarse para objeto de una mejor comprensión de los derechos fundamentales en la Constitución chilena. Así sería aplicable la clasificación entre reglas y principios, y da además cuáles de ellos se comportarían de una u de otra forma. Nos señala que:

(...) si usamos la clasificación que distingue entre reglas y principios y la adaptamos a las disposiciones del artículo 19 de nuestra carta Fundamental, podemos reconocer lo siguiente: Son principios en la clasificación de Alexy los N°s 1, incisos 1 y 2; N° 2 inciso 1; N° 3 inciso 1 y 2 segunda frase; N° 4 inciso 1; N° 5 parte del inciso 1; N° 6 inciso 6; N° 7 inciso 1; N° 8 inciso 1; N° 9 inciso 1 y 5; N° 10 incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7; N° 11 incisos 1, 2 y 4; N° 12 incisos 1, 4 y 5; N° 13 inciso 1; N° 14 es totalmente un principio; N° 15 incisos 1, 5 y 6; N° 16 incisos 1 y 2; N° 17 es totalmente un principio constitucional; N° 18 incisos 1 y 3; N° 19 inciso 1 primera frase; N° 20 inciso 1 y 2; N° 21 inciso 1; N° 22 inciso 1; N° 23 inciso 1; N° 24 incisos 1 y 2 en parte e inciso 9; N° 25 incisos 1, 2 y 3 y finalmente el N° 26 es una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales pero es un principio en cuanto se funda en el principio de la proporcionalidad de la afectación⁹².

Si se observa con cuidado, lo que nos propone RUIZ-TAGLE VIAL es una aplicación más o menos estática de la distinción de los principios y reglas al catálogo de derechos fundamentales que presenta la Constitución de 1980. Pareciere que el criterio usado para la clasificación es la “amplitud” que puede presentar la disposición de derecho fundamental clasificada.

Puede quizá comprobarse nuestra aseveración por medio de la lectura de una nota al pie del mismo trabajo. En ella se lee: “(...) Los demás incisos de estas disposiciones no necesariamente son reglas en la clasificación de Alexy, muchas de ellas son en verdad “reglas incompletas”, es decir, reglas que para su concreción recurren a principios o conceptos que semánticamente son abiertos y a que a veces requieren de principios y valores para su definición. Como se ve, entonces, la clasificación de Robert Alexy tiene un carácter controvertido en su aplicación⁹³. Hablar de reglas que contienen conceptos “semánticamente abiertos”, es claramente una aseveración que se incardina hacia una definición estática del concepto de norma, y a su vez de regla y principio. Una regla, siguiendo este razonamiento, sería aquella que contiene un concepto, en su hipótesis de aplicación, lo suficientemente delimitado para ser aplicado directa o definitivamente al caso. Mientras que un principio sería todo lo contrario, no contendría un concepto, sino que más bien algunas notas distintivas que posibilitarían una aplicación previa valoración.

Como segunda comprobación de lo que aquí planteamos, son los tipos de derechos fundamentales que clasifica como principio. Así por ejemplo, dentro del artículo 19 N° 1, su inciso primero que señala que la Constitución asegura a todas las personas: “La vida y la integridad física y psíquica de la persona”, sería un principio; mientras que su inciso 3º, que prescribe la prohibición de todo apremio ilegítimo, lo clasifica como una regla. Es evidente entonces el criterio de clasificación estático del autor nacional.

Ahora bien, pareciere que no es un concepto estructural es que sigue ALEXY. Expresamente éste nos dice que “la distinción entre regla y principio se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas⁹⁴. Y posteriormente a aquella aseveración pasa a examinar las colisiones de principios, y el mandato de ponderación para la solución del conflicto. En ninguna parte del capítulo II de su obra hará una distinción estructural entre reglas y principios.

Por su parte, PRIETO SANCHÍS, señala derechamente que la distinción regla-principio que es usada en su teoría de las antinomias y ponderación, que es tan tributaria de ALEXY, no es estructural, sino que más bien “funcional”. Así nos manifiesta este autor:

(...) desde esta perspectiva, resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo últimamente indicado (no a partir de la forma de resolución de las reglas) y que entonces las normas reciben el nombre de principios⁹⁵.

Volvamos a la frase de ALEXY: “la distinción entre regla y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y conflictos de reglas”. ¿Qué significa aquello? Para explicarlo, partamos de una premisa: es común tanto a principios como a reglas que, dos normas aplicadas a un mismo caso puedan conducir a resultados incompatibles. Se diferencian sólo en la forma de solucionar tal conflicto, y con ello volver a la unidad y coherencia, propios de un sistema jurídico.

Así, un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado a partir de la introducción de una cláusula de excepción, aplicando el criterio de la especialidad, o, en el caso de que no sea aplicable, por medio de la declaración de invalidez de una de las reglas. Común a las reglas es entonces que cuando ellas entran en un conflicto, son solucionadas a partir de los criterios tradicionales de solución de antinomias: la especialidad, el cronológico o el jerárquico. Por ello es que declamos que estos criterios operan en la dimensión de la validez.

Muy distinta es la manera en que deben solucionarse las colisiones entre derechos fundamentales. Ya DWORKIN nos decía que los principios operaban en la dimensión del “peso”⁹⁶, más allá de la dimensión de la validez. Y el peso de cada principio va a estar dado por las circunstancias concretas de cada caso, las cuales deben ser ponderadas para determinar la precedencia de uno de ellos en el mismo.

De ahí la importancia de distinguir a los conflictos de reglas y a las colisiones de principios: sólo éstas últimas van a hacer posible la utilización del método de argumentación que llamamos ponderación, el cual se encuentra incardinado a la producción de una relación de precedencia condicionada, bajo la cual se engloben todas aquellas condiciones por las que en un caso determinado, un principio debe preceder a otro⁹⁷.

Pero esa condición de precedencia condicionada, que es producto de la ponderación, juega un papel doble: por un parte expresa cuáles son las razones de por qué debe preferirse en ese caso un principio por sobre otro; pero también es un presupuesto de un supuesto

⁹⁴ ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., p. 87.

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (ed. Trotta, Madrid, 2003), p. 187.

⁹⁶ Vid.: *supra* nota 75.

⁹⁷ ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., pp. 91 y 92.

⁹² RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: “Una dogmática para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N° 63 (2002), pp. 197 y 198.

⁹³ *Idem.*, p. 198.

de hecho de una norma, esta vez si una verdadera regla, que resuelve el caso concreto. Así lo expresa ALEXY en lo que llama la “ley de colisión”:

“Si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2: (P1 P P2) C, y si P1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como una consecuencia jurídica: C R”⁹⁸.

O dicho de una forma menos analítica:

“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁹⁹.

Concretemos la fórmula en algunas de nuestros casos. En la sentencia de Corte de Apelaciones de Donoso Arceaga el razonamiento de la Corte fue del tenor siguiente en orden a otorgar la protección:

“6° Que, en casos como el presente, la jurisdicción aún a riesgo de vulnerar la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Carta magna, en aparente colisión con la que sirve de fundamento a esta acción, debe evitar a toda costa, que el inmenso dolor que aflige a la recurrente y a sus hijas (...) se acreciente innecesariamente, con el sólo propósito de permitir una publicación que, como la anunciada por la recurrida, de algún modo u otro, vinculará ambos fallecimientos sobre la base de especulaciones que sobrepasan los insondables misterios del alma, no obstante el prestigio y ponderación que se le conocen y suponen a la revista recurrida. La vida privada de esta familia ante el doloroso trance por la que atraviesa merece precisamente el respeto a que se refiere, sin duda, el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y aunque el artículo en comentario sólo está en fase de investigación, cabe suponer entonces que dicha garantía está amenazada, circunstancia suficiente para que deba prosperar la acción entablada”. Después en su considerando 7° expondrá que “cabe agregar, que la menor de las hijas por la que se recurre tiene tan sólo ocho años de edad, lo que hace aún más aconsejable evita la publicaciones, por bien intencionadas que sean, que puedan a tan corta edad revelarle una verdad que no será capaz de comprender y que puede ocasionarle daños psíquicos irreversibles;”¹⁰⁰.

Utilicemos todo lo expresado con anterioridad para comprender el razonamiento de la Corte. Como primera grada de su argumentación, el tribunal detecta, en concreto una antinomia entre el derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N° 4 y el 12. Aunque si bien, llama a tal conflicto “aparente”, lo hace para dar cuenta de una distinción: no se trata de un conflicto “real” que pueda desembocar en la invalidez o falta de aplica-

⁹⁸ Ídem., p. 94. Donde P equivale a preceder, C a las condiciones que representan una relación de precedencia condicionada y además la regla que resuelve el caso. Tal regla puede adscribirse como una norma de derecho fundamental.

⁹⁹ Íbidem.

¹⁰⁰ Considerandos 6° y 7°.

ción para siempre de uno de los derechos fundamentales, sino que en este caso concreto ha aparecido. Y es una antinomia, ya que aplicadas las normas al mismo dan resultados diferentes: o bien hay publicación o no la hay.

Para dar una solución a la antinomia monta una segunda grada de argumentación tendiente a determinar por qué, para éste caso debe primar el derecho contemplado en el N° 4 y no el del N° 12.

Mas, no aplica los criterios básicos de resolución de antinomias. Y es que simplemente no puede aplicarlos: es impensable llegar a derogar un derecho fundamental por medio de una decisión judicial. Tampoco intenta algo más plausible como es la construcción de una cláusula de excepción por medio del criterio de especialidad.

Nada de eso hay aquí. En esta segunda grada el tribunal sencillamente elabora una relación de precedencia condicionada para el caso. Así, el supuesto del dolor de la recurrente y de sus hijas tanto por la muerte trágica de un padre y una hija, evitar que se acreciente este dolor, una publicación en base sólo de especulaciones y la corta edad de una de las hijas, generarán, en su conjunto, una relación de precedencia condicionada que, como primer efecto, hará primar al derecho contemplado en el artículo 19 N° 4 para éste caso concreto y, como segundo efecto, se transformará en una regla que resuelve el caso, que prescribirá precisamente la prohibición de la publicación del reportaje bajo esas circunstancias.

Así es como funciona la “ley” (en palabras de Alexy) de colisión, la cual puede ser plenamente aplicada al razonamiento constitucional de nuestros tribunales cuando deben conocer acerca de colisiones de derechos fundamentales. Todo aquello es propio de un razonamiento del momento aplicativo y que necesariamente requiere de un modo de argumentación particular, cual es la ponderación.

Carácter prima facie de los principios

Falta por despejar una de las tesis de ALEXY antes de analizar, en el siguiente capítulo, el método ponderativo. La tercera tesis del autor alemán se refiere al diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios, mejor dicho, la diferencia en las razones que muestra uno y otro.

Los principios son razones *prima facie*, mientras que las reglas son razones definitivas¹⁰¹. Así en “Donoso Arceaga”, las recurrentes sólo tenían un derecho *prima facie* para prohibir la publicación del reportaje. Es más, la revista recurrida poseía a sí mismo un derecho fundamental, pero *prima facie*, a realizar la publicación. Para que el derecho de las recurrentes se transformara en una razón definitiva tuvo que crearse una relación de precedencia condicionada a través del método ponderativo; método en el que se analizan todos los factores relevantes para hacer realmente justicia que es precisamente la labor del juez. No se olvide al jurista clásico Celso: el Derecho era y es *ars boni et aequi*¹⁰² (el arte de lo bueno y de lo justo).

Al final del día es como llegamos nuevamente a la aseveración de GÜNTHER, claro que ahora puede comprenderse fácilmente:

¹⁰¹ ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., p. 101.

¹⁰² D 1.1.1 pr.

“En el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el status de razones *prima facie* para la justificación de los enunciados normativos particulares tipo “debes hacer ahora p”. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones *prima facie* relevantes en base a la descripción completa de la situación”¹⁰³.

En el siguiente capítulo veremos los métodos para resolver las colisiones de derechos fundamentales y, particularmente, el método al cual toda la exposición precedente va incardinada: la ponderación.

¹⁰³ GÜNTHER, “Un concepto ...”, ob. cit., p. 238.

IV FORMAS DE SOLUCIÓN DE LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el capítulo anterior hemos visto que sí es posible la colisión entre derechos fundamentales, la que se da en un momento particular del razonamiento jurídico: el de la aplicación. Pero las colisiones de derechos fundamentales no pueden ocurrir dentro de un sistema jurídico, del cual se predicen las notas de unidad y de coherencia. Es por lo mismo que además de reconocerlas, un sistema maduro debe elaborar los criterios de su solución de las mismas.

Mediante este capítulo daremos una mirada a dos soluciones que se han planteado en la doctrina: i) el reconocimiento de la jerarquía entre los derechos fundamentales, como forma de solucionar en abstracto la colisión, y ii) la ponderación de derechos fundamentales, como forma de solucionarla en concreto.

Pero, antes de todo, ambas soluciones (sobre todo la ponderación de circunstancias) representan una disociación de cómo tradicionalmente se ha entendido el modelo de aplicación del Derecho. Comenzaremos entonces con una rápida mirada hacia la subsunción, y su inutilidad para enfrentar los nuevos desafíos que depara la constitucionalización del Derecho.

1. ¿Es la sentencia una copia exacta de la ley?

El jurista alemán decimonónico Julius Hermann v. KIRCHMANN en su célebre ensayo “El carácter científico de la jurisprudencia (ciencia del Derecho) como ciencia”, leído en 1848, ya hace una acusación enérgica hacia el positivismo jurídico, enunciando desde ya, toda la miseria en que se encuentra una ciencia sumida en un objeto que es arbitrario:

“Cuánto mejor sería que la ciencia del derecho pudiera abordar como las ciencias naturales directamente su objeto (...). El Sol, la Luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millones de años. La rosa florece aún hoy día como en el paraíso. Pero el Derecho cambia desde entonces”. Y agrega: “Si se prosigue la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir, que la sede de su objeto no se encuentra sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres: Los objetos de otras ciencias (se piensa en las ciencias naturales) están libres de aditamento (...) la ley positiva es en su determinación final pura arbitrariedad”. En seguida pone de manifiesto toda la precariedad de la ciencia del Derecho: “La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota.

¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? (...) Nueve décimas partes y aún más tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas (...) por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho¹⁰⁴.

Y es que para una teoría de la ciencia del Derecho positivista, la sentencia judicial sería una copia exacta de la ley. La aplicación del Derecho sería nada más que la subsunción de un caso bajo la ley, operando la manra más sencilla del silogismo, según el *modus barbarus*¹⁰⁵. Pero la aplicación del derecho no puede ser la sola obtención de la premisa menor por medio de una inferencia. Tiene que haber algo más si es que los juristas no queremos convertirnos en meros *gásfiteros* de un fenómeno con creces más complejo. Sobre todo si las realidades se presentan infinitamente más ricas en su comprensión y en su aplicación.

Pero éste modo de concebir la práctica jurídica tiene una larga data. Por mucho tiempo la ciencia del Derecho hizo suyo el pensamiento lógico en sistemas cerrados, desde el mismo iusnaturalismo racionalista hasta el positivismo jurídico. No es de extrañar que en dicho proceso mucho tuvieron que ver las influyentes tesis de MONTESQUIEU expresadas en su *El espíritu de la ley*. En efecto, dicho autor delincó en su teoría una verdadera forma de esclavitud que se encontrarían los jueces con respecto a la ley (esclavitud que perduraría bastante tiempo en la mente del jurista). El juez en sí mismo sería nada más que un poder neutro, sin voluntad propia. Las sentencias no podrían ser más que "una copia de la ley", y para ello "sólo necesita ojos". El juez es únicamente una "boca que pronuncia las palabras de la ley", "una criatura sin voluntad", que no puede atenuar la validez y el rigor de la ley. El poder judicial es, por lo mismo, "en cierto sentido igual a cero"¹⁰⁶.

Sin embargo, hace ya algún tiempo dicha concepción forzosamente debió cambiar, y ello precisamente por dos cuestiones fundamentales del fenómeno jurídico. Una primera cuestión es el reconocimiento, hasta incluso de aquellos postulantes del positivismo jurídico, de que el ordenamiento jurídico no es perfecto y que por lo mismo, posee lagunas. Ello significa, sin más, el derrumbe del dogma de la plenitud del sistema jurídico.

Una segunda cuestión es la obligación de los jueces de dictar sentencia aún a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión (como bellamente expresa nuestra Constitución). A consecuencia de la imposibilidad del juez de denegar justicia al enfrentarse a una laguna, es que el mismo debió reivindicar una función inherente a su ministerio: el desarrollo inmanente de la ley, colmador de lagunas legales.

Pero la reivindicación de las facultades de los jueces no se quedó sólo en el concepto de "laguna" son que fue más allá. Para LARENZ esto significó el pasar de un desarrollo inmanente de la ley a un desarrollo superador de la ley, en los cuales deben valer otros criterios, que ya no pueden inferirse sólo de la ley, sino del orden jurídico como un todo con sentido¹⁰⁷. De allí la distinción entre *lex y ius*, ley y Derecho, propias ambas de dos

momentos distintos del razonamiento jurídico: el momento justificativo (para el legislador un momento político) y el aplicativo.

El Dogma de la subsunción

Pasamos a exponer tres casos en donde el dogma de la subsunción silogística tiene muy poco que aportar. En ellos un elemento común es la utilización de la Constitución como referente de control directo de la constitucionalidad de determinadas conductas. Los dos primeros referidos al actuar del legislador; un último al de los particulares.

En 2003, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América tuvo que decidir la constitucionalidad de una ley del estado de Texas que penalizaba la sodomía consentida entre adultos. El caso es el ya famoso *Lawrence v. Texas*.

La revisión judicial se intentó sobre la base de la décimo cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que contiene la cláusula del debido proceso (*due process of law*). Dicho texto es bastante escueto, pero ha fundamentado una extensa e interesantísima jurisprudencia protectora de espacios de libertad para los estadounidenses (*privacy*). Ella reza del modo que sigue: "Ningún Estado podrá dictar una ley que produzca una ablación de los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrá ningún Estado quitar a una persona su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso. (...) "¹⁰⁸.

Lo sorprendente es que mediante esta reducida frase, la Corte Suprema estadounidense pudo descubrir un derecho fundamental de personas homosexuales a tener relaciones sexuales, y con ello, declarar inconstitucional la legislación prohibitiva de dichas conductas que el estado de Texas había promulgado. Es más, dicha cláusula dio para la siguiente declaración, que fundamenta la opinión de la Corte:

"La libertad protege a la persona de las intrusionas del Estado en su hogar o otros lugares privados. En nuestra tradición el Estado no es omnipresente en el hogar. Y hay otras esferas en nuestra vida y existencia, fuera del hogar, donde el Estado no debe tener una presencia dominante. La libertad se extiende más allá de límites materiales. La libertad presume cierta autonomía que incluye el libre pensamiento, creencias, expresión y ciertas conductas íntimas. (...) "¹⁰⁹.

De partida, parece casi imposible fundar la prohibición de la penalización de la sodomía como premisa menor de un silogismo, donde la premisa mayor es tan escueta como la norma contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Nada dice expresamente el texto acerca de ello. Y es que aquí hay algo más: puede apreciarse que la Corte trabaja con una valoración previa y amplia que determinará la más extensa aplicación de la norma constitucional. Ello es un proceso no de subsunción, sino que más bien, es un pensamiento argumentativo orientado a valores, propio de los problemas constitucionales.

Pero puede criticársenos que el caso anterior es propio de un Derecho tan distinto al nuestro y a nuestro sistema (entendido éste como la familia de un ordenamiento jurídico) europeo continental. Es por ello que pasemos a ver otros dos casos, donde lo importante

¹⁰⁴ V. KIRCHMANN, Julius Hermann: "El carácter científico de la jurisprudencia como ciencia", reproducido en KAUFMANN, Arthur: *Filosofía...*, ob. cit., pp. 128 y 129.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁶ Vid.: MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., p. 361.

¹⁰⁸ La traducción es nuestra.

¹⁰⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558. La traducción es nuestra.

para los tribunales chilenos es argumentar correctamente, incluso cuando ello signifique superar la *lex*, o bien complementarla de manera suficiente.

En 1985, el Tribunal Constitucional chileno hubo de ejercer el control obligatorio de constitucionalidad de la ley orgánica constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones¹¹⁰. El principal problema abordado en la sentencia del Tribunal fue el artículo final del proyecto de la ley orgánica¹¹¹, cual señalaba la oportunidad en que debía constituirse el TRICEL.

A primera vista, el texto del proyecto no producía contradicción con la Constitución, puesto que se limitaba a reproducir lo señalado en el artículo 11 transitorio de la Carta. Sin embargo, debía también considerarse que, de aprobarse la disposición legal, el plebiscito presidencial de 1988 establecido en el artículo 27 transitorio de la Constitución, habría sido realizado sin la intervención del TRICEL. Es por lo mismo que el Tribunal declara la disposición cuestionada como inconstitucional. Son fundamentales en la argumentación desplegada en los considerandos 11° y 14°, que extraemos a continuación:

“11° Que lo anterior, sin embargo, no podría cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimer transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la ley orgánica constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plebiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos; (...)

14° Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de esa acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a “un” tribunal determinado. La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normas de la futura institucionalidad;”

Por segunda vez, queda en evidencia de lo que realmente hace un tribunal es fundamentar adecuadamente sus decisiones, no a partir de una mera reproducción de lo que dice la ley, en este caso la Constitución, sino que a partir de un procedimiento problemático del caso y orientado a valores. Pero nos queda un ejemplo más, también emanado de la jurisprudencia de tribunales nacionales, pero ésta vez, tribunales ordinarios conociendo de una acción de protección.

¹¹⁰ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 24 de septiembre de 1985, Rol N° 33, reproducida en www.tribunalconstitucional.cl.

¹¹¹ El texto era el siguiente: “El artículo 84 de la Constitución Política y la presente ley entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados.”

En 1984, la Corte de Apelaciones tuvo que conocer y resolver el primero de los casos sobre ayunantes, caso que es conocido como “Párroco de San Roque”¹¹². Tratase éste acerca de la protesta, por medio de ayuno prolongado (huelga de hambre), de varios estudiantes universitarios contra la expulsión de algunos de sus compañeros de universidad. Profesores del complejo estudiantil recurren de protección, invocando como derechos afectados, el derecho a la honra del rector del establecimiento y, lo que es más sorprendente, el derecho a la vida de los mismos recurridos¹¹³, una especie de agencia oficiosa contra sus actuaciones que producían en ellos mismos, un menoscabo a su derecho a la vida e integridad física y psíquica. Es esclarecedor su razonamiento:

“Que el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que, si bien no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio. Como expresa Etcheberry en su tomo III de su “Derecho Penal”, la impunidad del suicidio debido a la imposibilidad de sancionar a su autor, si éste ha consumado su propósito, no legitima de ningún modo el hecho aludido. Donde se aprecia claramente la ilegalidad en que están inmersos la tentativa de suicidio y el suicidio, es en la sanción que se emite el cooperador de este acto ilícito;” Continuará de la siguiente forma: “(...) es de derecho natural que el derecho a la vida, es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisieramos (...). Es lo que expresa Rafael Fernández Concha en el Tomo III de su obra sobre Filosofía del Derecho (...)”¹¹⁴.

El caso desde un principio se le presenta “difícil” al tribunal. Y es que el derecho a la vida contemplado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución es sumamente escueto, y no hace mención alguna a las posibilidades (o imposibilidades y por ello prohibiciones) de realizar conductas que puedan, de alguna u otra forma, afectar el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica. En otras palabras, el texto constitucional no ofrece la respuesta correcta. El operador jurídico (juez) debe pues en este caso adscribir una norma de derecho fundamental mediante un proceso de valoración, y no de subsunción. Para ello es que echa mano a la ciencia del Derecho Penal y a la Filosofía del Derecho para decir, con propiedad, que la norma del derecho a la vida comprende además una prohibición de atentar a ella por medio de un ayuno prolongado. No hay modo lógico subjuntivo alguno, sino que más bien, reconstrucción hermenéutica del significado a partir de la comprensión del sistema de derechos fundamentales.

Y precisamente es ésta inutilidad del axioma de la subsunción, tan propio del positivismo jurídico, que fuerza a buscar otros modos de argumentación para la fundamentación de decisiones concernientes a derechos fundamentales. Porque, y en la terminología que

¹¹² Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones (no apelada), el 9 de agosto de 1984, reproducida en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12, (1985), pp. 147 y ss. Vid. además, el espléndido comentario del profesor Soto Kloss, en las pp. 150 y ss.

¹¹³ Ello explicaría la perplejidad de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual, en una primera aproximación al tema, declaró inadmisibile el recurso. Ello fue corregido por la Corte Suprema, que, en sentencia de apelación de dicha resolución, le ordenó a la Corte de Apelaciones conocer del caso.

¹¹⁴ Considerandos 9° y 11°.

hizo famosa HART y DWORKIN, los derechos fundamentales presentan usualmente casos difíciles para el operador jurídico, donde el texto no resuelve por sí solo la cuestión.

No ponemos en duda el valor de la subsunción, el cual es indiscutible: no sólo facilita la aplicación del Derecho, sino que además la hace transparente y previsible. Sólo estamos diciendo que éste tropezará con variedad de problemas cuando el fenómeno jurídico se presente de una manera más difícil, o como dice LARENZ: "cuando se trata de fenómenos de la vida que se sustrae a una aplicación conceptual, porque las notas distintivas no precisan estar todas ellas presentes en cada caso, sino que más bien pueden presentarse en distinta intensidad y unión, pudiendo decidir la intensidad o clase de unión en cada caso respecto de su presencia o no presencia"¹¹⁵. Ello explicaría, por lo demás, por qué PRIETO SANCHÍS determina como uno de los fenómenos del neoconstitucionalismo, el precisar las modernas constituciones de más ponderación que subsunción¹¹⁶.

A partir de esta apretada síntesis proveniente de la teoría del Derecho, podemos pasar un poco más seguros al terreno de las soluciones al conflicto de los derechos fundamentales, donde el papel del juez es significativamente mayor, y la aplicación de la *lex*, Constitución en este caso, se presenta como un modo especial de argumentación jurídica. Pasemos pues a los métodos que se han propuesto para la solución de los conflictos de derechos fundamentales.

2. El criterio de la Jerarquía

Introducción a los métodos de resolución de colisiones de derechos

Hay cuatro posibilidades de resolver un caso de colisión de derechos fundamentales. Usaremos para visualizarlas un esquema simple, que recogemos del tradicional modo analítico de ver las cosas de ALEXV¹¹⁷:

- (1) P1 P P2
- (2) P2 P P1
- (3) (P1 P P2) C
- (4) (P2 P P1) C

Si se observa, y se recuerda lo expuesto *supra* cap. III, las dos primeras opciones (1) y (2) son relaciones de precedencia abstractas, modelos de precedencia incondicionadas que operan en el plano de la justificación, con prescindencia de toda condición de aplicación. Las dos últimas, esto es (3) y (4) son modelos de precedencia condicionadas. C en aquéllos representan las condiciones que, en un caso concreto y por lo mismo en el momento de la aplicación, resultan observables para establecer la precedencia de un derecho (que opera como principio) a otro derecho (que también ha operado como principio).

Ahora bien, TOLLER¹¹⁸ trae a colación que son dos los métodos a los que se recurre para salvar las colisiones de los derechos fundamentales. Uno es establecer una jerarquía entre los mismos "de modo tal que en caso de conflicto prime el jerárquicamente superior". Otro de estos métodos es la ponderación.

Si observamos la tabla superior, el método jerárquico encaja en el primer grupo: trata de establecer relaciones abstractas entre los derechos fundamentales, de modo que, llegado el momento de la colisión, ésta pueda ser fácilmente resuelta por el tribunal dejando de lado el derecho inferior y aplicando el superior. La ponderación encaja en el segundo. Busca por lo mismo establecer relaciones de precedencia condicionada y determinar, en el caso concreto, qué derecho tiene un mayor peso de acuerdo a las mismas. La ponderación en ese sentido va a permitir argumentar la relación de precedencia condicionada.

Trataremos en éste apartado acerca de la jerarquía, y en el siguiente, de la ponderación.

Análisis del criterio jerárquico

NOVOA MONREAL plantea, si bien en una investigación acotada al conflicto entre la libertad de expresión y la privacidad y no de carácter general, que los derechos fundamentales no se encuentran en un mismo plano de importancia, con lo que podría decirse que hay una jerarquía entre los mismos. Nos plantea este autor lo siguiente, haciendo una distinción, de todos modos discutible, según la importancia de los derechos fundamentales en "absolutos" o "relativos":

"Corresponde (...) proponer directamente la existencia de una gradación entre los diferentes derechos humanos, según la cual algunos de ellos tienen prioridad sobre otros. Esto corresponde a la diferenciación entre derechos humanos absolutos y derechos humanos relativos. (...) De modo que no todos los derechos y libertades fundamentales del hombre están en un mismo plano de importancia, pues hay algunos que nunca pueden ser desconocidos y, en cambio, hay otros cuya vigencia puede ser suspendida transitoriamente por razones muy poderosas de peligro nacional. Aquellos que en circunstancia alguna pierden su vigencia pueden ser tenidos por derechos "absolutos", dentro de la nomenclatura que hablamos. (...) El examen de todas éstas reglas jurídicas ha de bastar para convencernos de que los derechos humanos no se hallan todos en un mismo nivel, que ellos admiten gradación y que algunos de ellos tienen un rango superior a los demás, el cual deriva de su calidad de derechos humanos absolutos"¹¹⁹.

Por su parte CEA EGAÑA pareciere adherir a la tesis de la posibilidad de establecer jerarquía de derechos, es más, llama al acápito correspondiente de su último libro del tema

¹¹⁵ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., p. 208.

¹¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Neoconstitucionalismo...* ob. cit., p. 137.

¹¹⁷ ALEXV, Robert: *Teoría...* ob. cit., p. 92.

¹¹⁸ TOLLER, Fernando: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial por daños derivados de la información* (ed. La Ley, Buenos Aires, 1999), p. 414.

¹¹⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos* (ed. Siglo Veintiuno Editores SA, Ciudad de México, 1981), pp. 185 y 186.

Derecho Constitucional Chileno, “jerarquía de los derechos”¹²⁰. En el mismo, y junto con BOBBIO, al cual cita¹²¹, parte por reconocer que existen los “conflictos” entre derechos fundamentales. Da como ejemplos de ello el derecho a la información/intimidad y confidencialidad; el dominio y su función social; derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación/derecho a desarrollar actividades económicas y la inocencia del inculgado con la seguridad de la sociedad.

En palabras de BOBBIO, “Cuando digo que los derechos del hombre constituyen una categoría heterogénea, me refiero al hecho de que (...) contiene(n) derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede acordarse sin que resulte restringida o suprimida la protección de otros. Podemos entretenernos con fantasías sobre la sociedad al mismo tiempo libre y justa (...)”.

Pero no se queda sólo en eso. Además sostiene CEA EGAÑA su tesis de solución de la antinomia:

“Sostenemos que debe buscarse la conciliación entre estos derechos, asumiendo como regla general que la colisión entre ellos es sólo aparente y, por lo mismo, resoluble. Pero si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos frente a otros de esos derechos, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y a la reunión, para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido y propiedad”¹²².

Como puede apreciarse, CEA EGAÑA establece un razonamiento de doble grada, tal como hemos desarrollado nosotros hasta ahora. Primero, reconoce la necesidad de admitir la colisión de los derechos fundamentales, para después, y en una segunda grada, dar los términos de la solución a la misma.

En la primera grada cita a BOBBIO, por lo que podemos inferir que está de acuerdo con dicho autor en que los catálogos de derechos humanos no se construyen de una manera homogénea, sino que a partir de posiciones encontradas. Pero es la segunda grada la que nos interesa: su propuesta para la solución del conflicto. Como puede apreciarse, la tesis de CEA EGAÑA postula antes de la utilización de la jerarquía, la posibilidad del intérprete de “conciliar” o armonizar los derechos en pugna, ya que la colisión entre ellos como “regla general”, es sólo “aparente” y no real. Pero si ello no es posible, y aquí podemos agregar, sí y sólo sí no es posible, es determinante el uso de un criterio de jerarquía que, por los términos usados por el autor, es un criterio de jerarquía abstracta.

Aquí surge una primera y aguda crítica. SILVA IRARRÁZABAL se da cuenta de una posible inconsistencia de CEA EGAÑA ya que, y en sus palabras: “o se admite la posibilidad del conflicto real entre derechos fundamentales, y entonces la legitimidad de preferir unos antes que otros, o no se acepta en absoluto tal posibilidad, descartando la opción

de preterir unos a favor de otros”¹²³. Lo anterior se ve ratificado por el correcto análisis que hace el tesisista a lo largo de su tesis. Identifica que habiendo colisión de derechos fundamentales, “conflicto” en su terminología, debe adoptarse un criterio de solución: nos da la subsunción de la norma, la ponderación o la jerarquía. Pero además percibe que existen corrientes que no creen en la colisión, a la cual él mismo va a adherir y manifestar que lo que realmente existe es “conflicto de pretensiones”¹²⁴, y si no existe conflicto, mal puede aplicarse un criterio de solución al mismo.

Sin embargo, la crítica puede desvanecerse rápidamente. Al hacer CEA EGAÑA una distinción entre un conflicto “aparente” (por regla general resoluble) y otro que podríamos denominar “real”, lo que hace es introducir una matización. Y es que en el caso de los conflictos “aparentes”, realmente no hay conflicto, ya que el problema es propiamente un problema interpretativo. La cuestión se reduciría a determinar si realmente la conducta puede ser protegida por un derecho fundamental. Antes de que exista un conflicto debe verse si la conducta puede ser protegida por el derecho fundamental, lo que es un problema de interpretación.

El lenguaje de símbolos puede clarificar un poco el asunto. Decíamos que existe una colisión de derechos fundamentales cuando P1 se encuentra en contradicción concreta con P2. Y así, una conducta protegida por P1 (A) colisiona con una conducta contraria protegida por P2 (no A). Pero para que exista conflicto primero debe la conducta, hecho de la realidad, poder ser protegida por P1 o P2. Así lo que explica el autor es que colisiones aparentes se pueden solucionar de la manera de determinar que, por ejemplo, la conducta (no A) realmente no es protegida por la norma P2. Resumiendo, primero se debe pasar por un coladero: no todas las conductas son protegidas *ius* fundamentalmente, aunque muchas sí lo son. Una vez determinado que son aplicables ambas normas antinómicas en concreto, deben aplicarse los criterios de solución de antinomias, no antes.

Pero es en este minuto donde sobrevienen la mayoría de las críticas a la doctrina de la jerarquía. RUIZ-TAGLE VIAL¹²⁵, comienza por denominarla tesis “numerológica” e “intuitiva”, y después trata de dejar en claro lo equivocado de la misma.

Como primera cuestión, manifiesta que CEA EGAÑA “no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades o de otros derechos que con gran esfuerzo, sólo podríamos incluir en la noción de orden público económico”. Sin embargo la crítica puede descartarse. En efecto, ella deja intacta la esencia de la construcción de CEA EGAÑA, y sólo afecta una de sus periferias, cual es la asignación misma de la jerarquía. No apunta por lo mismo a las dos gradas de argumentación: i) la existencia de la colisión y ii) su solución a través del criterio de jerarquía.

Una segunda cuestión que plantea la crítica es respecto del orden que contendrían las fuentes normativas. Así el autor manifiesta que una vez revisadas las fuentes respectivas, pactos internacionales o discusiones en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución,

¹²⁰ CEA EGAÑA, José Luis: *II Derecho Constitucional Chileno* (ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003), pp. 65 y ss.

¹²¹ BOBBIO, Norberto: *El problema de la guerra y las vías de la paz* (ed. Gedesa, Barcelona, 1992), pp. 152 y 153.

¹²² La misma tesis ya la habrá sostenido CEA EGAÑA en su *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999), pp. 171-175.

¹²³ SILVA IRARRÁZABAL, Alejandro: *Tratamiento Jurisprudencial de los Conflictos de Derechos Fundamentales* (Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, PUC, 2003), p. 40.

¹²⁴ Vid. todo el desarrollo de la parte “doctrinaria” de dicha tesis, (idem, ob. cit., pp. 22-44. Por nuestra parte, haremos una exposición de dicha corriente, *infra*, 5.

¹²⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo: Una dogmática... ob. cit., pp. 185-187.

no habría quedado constancia de tal jerarquía¹²⁶. De nuevo parece RUIZ-TAGLE VIAL apuntar a la periferia del asunto y no al centro. De hecho, si bien la Constitución misma, ni los tratados internacionales reconocen expresamente una jerarquía entre los derechos, lo que en realidad manifiesta CEA EGAÑA no debe necesariamente escribirse expresamente en una fuente positiva. Es más, éste último cita al efecto a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 96º, en donde se expresa que los derechos tienen una distinta "importancia".

La tercera cuestión apuntada por Ruiz-Tagle Vial parece sí decisiva: los argumentos esgrimidos en "Impunidad Diplomática" estarían en grave entredicho tras la condena sufrida por Chile en el fallo de la Corte Interamericana en el caso de la "Última Tentación de Cristo".

Si esto último es cierto, la argumentación esgrimida en "Impunidad Diplomática" debe dejarse de lado, y con ello las tesis de CEA EGAÑA. Pero revisemos bien las argumentaciones dados en dicho caso, tantas veces citado aquí. En efecto, la sentencia de la Corte de Apelaciones razonó que "Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19." Por su parte, en apelación de la misma, la Corte Suprema señaló que:

"El respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia, que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional".

Acoge dicha sentencia de plano lo planteado por CEA EGAÑA. Realiza una consideración abstracta del valor del derecho a la privacidad, y en ese sentido, determina su precedencia frente a la libertad de expresión, cual es en definitiva, el argumento para la decisión de la Corte.

Pero bien, frente a este tipo de argumentación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva ha señalado, en sentido contrario que:

"(...) la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio (jerárquico) utilizado por Chile en el caso del Señor Martorell implica dejar al libre arbitrio del los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la convención americana"¹²⁷.

Dicho criterio quedará firme en la sentencia de la misma Corte Interamericana en el caso "Última Tentación de Cristo"¹²⁸. Como podemos apreciar, la crítica del organismo

internacional se orienta hacia el modo de argumentar de los tribunales chilenos y, especialmente, al uso del criterio jerárquico. Por lo que, a primera vista, la crítica de RUIZ-TAGLE VIAL en este punto es cierta. ¿Determina aquello que debe abandonarse completamente el criterio jerárquico?

Pero la tesis de CEA EGAÑA, y en cierta medida, también de BOBBIO, no deja de tener mucho de cierto, por lo mismo pareciere no ser recomendable su abandono sino más bien su matización o reformulación. ¿Podemos decir que todos los derechos fundamentales son, igualmente importantes para el desarrollo de la dignidad humana? ¿Podemos decir que el derecho a la vida tiene la misma "importancia" que el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas? La respuesta es compleja, y se introduce en un aspecto de la fundamentación de los derechos fundamentales, valga la redundancia, que queremos de todas maneras evitar.

Pero pareciere que el criterio jerárquico todavía es útil, y no es "completamente equivocado" como plantea RUIZ-TAGLE VIAL. Quizá, en definitiva, la forma de cumplir con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al mismo tiempo, utilizar el criterio jerárquico, pasa por un cambio en el modo de la argumentación. En definitiva, un cambio que consista en el uso de la ponderación y, dentro de ella, hacer valer la importancia del derecho en cuestión, junto a otras circunstancias concretas. De este modo se permite que la valoración abstracta de un derecho fundamental pueda ser utilizada, pero que ella no sea determinante en el caso concreto. Así pareciere entenderlo la Corte Suprema cuando, fallando un recurso de queja en 1999, sentenció lo que sigue:

"Que el artículo 19 de la Constitución Política de la República señala los derechos que la Carta Fundamental reconoce y asegura a todas las personas. Si bien algunos afirman que dicha enumeración es jerárquica, de manera que unos derechos deben prevalecer sobre otros, de acuerdo al orden establecido en esa disposición, lo cierto es que no resulta apropiado ni prudente emplear ese sólo criterio para dirimir la colisión de derechos constitucionales. La racional y justa decisión de tales conflictos deberá siempre valorar, además de la consideración abstracta de los derechos en concurso, cuestiones de hecho como la calidad y estado de las partes, el cargo o autoridad pública que alguna de ellas detentare, las formas que revistiere el ataque contra la garantía constitucional o las circunstancias en que el denunciado ilícito se habría producido." (...) En consecuencia, toda interpretación que pretenda hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución Política e imperatividad directa y no mediatizada de sus normas, debe forzosamente considerar este aspecto del problema que se presenta en autos. No sería apropiado, a pretexto de dirimir un conflicto entre la honra de la persona y la libertad de opinión, hacer que prevalezca en todo caso el primero sobre la segunda, salvo que a pretexto de ésta última se incurra en conducta de carácter delictual"¹²⁹.

Por de pronto, pasaremos a examinar el modo de argumentación, "aceptable", de la ponderación para dirimir la colisión de los derechos fundamentales. En cuanto a la utilización del valor de ciertos derechos fundamentales sobre otros, volveremos *infra*, cap. VI.

¹²⁶ La misma crítica formulará CASIRO FRÍAS, Maritza: "Privacidad, vida privada y honra frente a la libertad de expresión", en Revista de Derecho Público, vol. 64 (2003), que en su página 278 lee como sigue: "(...) nuestra Constitución, y/o las normas dictadas conforme a ella, serían las únicas que podrían imperativamente jerarquizar derechos: lo que no está permitido a la jurisprudencia judicial, ni tampoco a nuestro juicio, razonablemente a la doctrina".

¹²⁷ Informe N° 1196 del 3 de mayo de 1996, caso N° 11.230 (Chile).

¹²⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada el 5 de febrero de 2001.

¹²⁹ Considerando 12º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, el 29 de julio de 1999, reproducida en *Gaceta Jurídica*, N° 229, pp. 113-123.

3. El criterio de la ponderación

NOGUEIRA ALCALÁ, en su *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)*, en donde trata el tema de las colisiones de derechos fundamentales, por ser esta cuestión un tema recurrente en la jurisprudencia referida a la libertad de expresión, señala que primero que todo debe hacerse una distinción entre un aparente y un real conflicto de derechos fundamentales.

Nos recuerda ésta postura la sostenida por CEA EGAÑA y que analizamos *supra*. Así, frente a un "conflicto aparente", la solución es "una correcta delimitación de de cada derecho dentro del cual su ejercicio es legítimo y protegido por el ordenamiento jurídico vigente"¹³⁰. Ello confirma la tesis de que no todo es un caso de colisión de derechos fundamentales, sino que primero es necesario un esfuerzo interpretativo para determinar el "área de protección" del derecho, ya que no siempre todas las conductas son amparadas constitucionalmente, y en esto decimos más precisamente, amparadas *prima facie*.

Posteriormente nos señala que si se mantiene el conflicto, nos encontramos frente a un caso de colisión "real", y por lo mismo, "debe aplicarse el principio de ponderación de bienes jurídicos en conflicto, donde la situación de igualdad inicial de los derechos en conflicto se rompe en beneficio de uno de ellos en virtud de condiciones o circunstancias específicas del mismo, haciendo que dicho derecho prevalezca, dicha prevalencia está destinada a desaparecer cuando no se encuentra el motivo o condición que la justifica en una interpretación sistemática y finalista del ordenamiento constitucional y del bloque de constitucionalidad de derechos"¹³¹.

Es decir, adhiere plenamente a la tesis de que primero, son posibles las colisiones de derechos fundamentales y, segundo, ellas deben solucionarse a través del método ponderativo, destinado a determinar que en un determinado caso concreto un derecho fundamental deba prevalecer frente a otro.

Expondrá dicha postura hasta sus más últimas consecuencias. Manifiesta que "la ausencia de ponderación genera una resolución judicial arbitraria e irracional"¹³². Posteriormente¹³³, analizará jurisprudencia comparada relativa a la libertad de expresión donde es usada la técnica, exponiendo una sistemática acerca de los criterios de prevalencia condicionados usados por las Cortes en regímenes comparados: "criterios para la ponderación" en su terminología.

Ahora bien, el examen del autor termina aquí. No hay un posterior análisis acerca de qué es lo que realmente significa ponderar, ni su modo efectivo de operación. Tampoco existe la comprobación de su tesis acerca de la ausencia de ponderación en una sentencia judicial deriva necesariamente su arbitrariedad. Nuestra intención es dar un breve recuento a estas materias olvidadas en el siguiente apartado.

¹³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)* (Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2002), p. 157.

¹³¹ Ídem., pp. 157 y 158.

¹³² Íbidem.

¹³³ Ídem., pp. 158 y ss.

Ejemplos de Derecho comparado

El Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha servido del método de la ponderación de bienes en caso particular para la determinación del alcance concretos de los derechos fundamentales en el caso de que ellos, en un caso determinado, colisionen entre sí. Para LARENZ, la amplitud con que la judicatura hace uso de este método se explica por la ausencia de una delimitación tajante de los supuestos de hecho de las normas jurídicas que contienen derechos fundamentales. Al no estar fijados sus supuestos de hecho de una vez, en cierto sentido ellos son abiertos o móviles¹³⁴.

Expondremos a continuación algunos casos que ejemplifican la cuestión, si bien la jurisprudencia es bastante abundante. El primero de ellos se conoce como el caso *Lebach* de 1973. Se trata de un caso en el cual el recurrente de amparo constitucional era un convicto por el grave crimen en el que se les dio muerte a los soldados de *Lebach*, y que fue objeto de un proceso penal que culminó con sentencia condenatoria en su contra. Cumplía entonces su condena (y próximo estaba ya a completarla), cuando la ZDF televisión alemana, intenta lanzar un documental en el cual se presentaba al recurrente o se lo mencionaba en relación con el crimen de *Lebach*. Ello, según el recurrente, podría afectar su resocialización. Concurrió a la jurisdicción ordinaria para que el tribunal civil prohibiera la exhibición del documental, lo cual fue denegado. La cuestión llega entonces en amparo al Tribunal Constitucional, el cual detecta una colisión de los derechos relativos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, colisión que debía resolverse en el caso concreto por medio del proceso ponderativo, el cual culminó con la protección del derecho al desarrollo libre de la personalidad.

Así el tribunal manifestó:

"La solución a ese conflicto puede estar en el hecho de que, de acuerdo con la voluntad de la Constitución, ambos valores constitucionales hacen parte esencial del ordenamiento democrático liberal de la Ley Fundamental, de modo tal que ninguno de ellos puede reclamar para sí, en principio, la prevalencia. El concepto de ser humano contemplado en la Ley Fundamental, y la estructura de la comunidad estatal, que corresponde a éste, exigen tanto el reconocimiento de la autonomía de la personalidad individual como la seguridad de un clima de vida liberal, que en la actualidad no es pensable sin una libre comunicación. En caso de conflicto debe encontrarse un equilibrio entre ambos derechos constitucionales; si esto no se puede lograr, se deberá decidir atendiendo a las características típicas del caso y a las especiales circunstancias del caso en particular, qué intereses deben prevalecer. En este sentido se deben analizar ambos valores constitucionales en relación con la dignidad humana, como centro del sistema de valores de la Constitución"

De acuerdo con esto, de la libertad de radio se pueden originar efectos restrictivos para las pretensiones que se deriven del derecho a la personalidad; sin embargo, los menoscabos a la personalidad, que se originen con una presentación pública, no pueden estar por fuera del contexto que tiene el significado de lo público para la libertad de expresión (ver Adolf Arendt entre otros). Adicionalmente, de ese objetivo se origina el que la ponderación requerida deba tener en cuenta de una

¹³⁴ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., p. 400.

parte, la intensidad de la intervención en la esfera de la personalidad, mediante un programa que tiene una forma dudosa y, de la otra, el interés concreto, a cuya satisfacción sirve y es idónea la emisión, y respecto del cual se tienen que evaluar y revisar sí, y en qué medida, esos intereses, aún sin causar un perjuicio —o un daño considerable—, pueden satisfacer la protección de la personalidad¹³⁵.

El segundo caso se resuelve de una manera similar. Se trata de *Mephisto*, donde el Tribunal Constitucional Alemán, en 1971, debió decidir acerca de la colisión que se produjo entre la libertad artística y el desarrollo de la personalidad. Trataba el mismo acerca de la prohibición que obtuvo del tribunal ordinario el hijo adoptivo de Gustav Gründgens, en el sentido de que se prohibiera la reproducción y distribución del libro "*Mephisto Roman einer Karriere*" de Klaus Mann, en el cual, bajo su personaje principal, y si bien bajo un nombre de fantasía, encarnaría al Sr. Gründgens, y de cómo éste habría ascendido en su carrera mediante su vinculación al régimen nacionalsocialista.

El tribunal reconoce la colisión y aplica el proceso ponderativo. Así el tribunal señala que:

"(...) los conflictos que se den en el marco de la garantía de la libertad artística, se tienen que resolver mediante la interpretación constitucional, con base en el orden de valores de la Ley Fundamental y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores básico. Como parte del sistema de valores de los derechos fundamentales, la libertad artística se encuentra subordinada a la dignidad humana, garantizada en el art. 1 LF, que como valor supremo domina la totalidad del sistema de valores de los derechos fundamentales (BverfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6)). No obstante, la garantía de la libertad artística puede entrar en conflicto con la esfera de la personalidad, protegida constitucionalmente, porque una obra artística puede afectar también el plano social.

(...) El Tribunal Constitucional tiene por consiguiente que decidir si los tribunales en el caso de la ponderación que llevaron a cabo, entre la esfera de la personalidad (...) y la libertad artística, tuvieron en cuenta los principios antes expuestos¹³⁶.

La ponderación en el Tribunal Constitucional

El uso del criterio de ponderación de bienes tampoco ha sido extraño para el Tribunal Constitucional Chileno. En efecto, ya antes nos referíamos a la sentencia de "Catalíticos", donde puede decirse que existe un ejercicio ponderativo en el razonamiento del tribunal.

Existen otras dos sentencias recientes donde la magistratura constitucional realiza un ejercicio ponderativo, si bien no entre derechos fundamentales sino que entre principios o valores constitucionales. Valen los ejemplos en la medida que una colisión entre valores o

¹³⁵ BvR 536/72, sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 5 de junio de 1973, reproducida en SCHWABE, Jürgen: *Cincuenta...*, ob. cit., pp. 172-174.

¹³⁶ BverfGE 30, 173, sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 24 de febrero de 1971, reproducida en SCHWABE, Jürgen: *Cincuenta...*, ob. cit., pp. 172-174.

principios constitucionales se resuelven de la misma forma que las colisiones de derechos fundamentales.

El primero de ellos se refiere a un control abstracto de la ley que crea la Unidad de Análisis Financiero¹³⁷. El proyecto de ley otorgaba a dicha unidad la facultad de solicitar antecedentes a personas naturales o jurídicas, las cuales tenían a obligación de entregarlos, so pena de sufrir una sanción penal. En el caso que dichos antecedentes fueran secretos o reservados, correspondía autorizar la solicitud al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, debiendo éste resolver dentro de 24 horas.

El tribunal declaró inconstitucional dicha norma basado en que:

"(...) la dignidad de la persona humana y sus derechos a la vida privada y a la reserva de las comunicaciones de igual naturaleza, que fluyen de aquella, quedan en situación de ser afectados en su esencia por la normativa del proyecto examinado, sin que esta iniciativa contemple los resguardos y controles heterónomos indispensables, sobre todo los de naturaleza judicial, que evitan o rectifiquen tal eventualidad, motivos por los cuales debe ser declarada la inconstitucionalidad¹³⁸.

Si se observa bien, existen derechos constitucionales involucrados: la dignidad de la persona, valor fundamental; la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, que podrían ser suficientes para declarar la inconstitucionalidad. Pero, entre líneas, el tribunal deja entender que no sólo son dignos de protección tal valor y derechos, sino que también un principio, cual es el de la efectividad. Así es, pues para que la Unidad de Análisis Financiero pueda ejercer sus funciones de forma eficaz requiere un procedimiento simple y expedito para recabar antecedentes, incluso aquellos con carácter de reservados o secretos. Tal es el principio que informa la norma controlada. La circunstancia que en definitiva va a determinar la prevalencia de los derechos por sobre el principio mencionado va a ser la falta "de controles heterónomos indispensables". No hay aquí un control que razone sólo sobre la óptica de los derechos, sino que una consideración de todas las circunstancias del caso, un balanceo de los principios involucrados.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional contiene un razonamiento que es similar. Se trata del control abstracto que crea la Agencia Nacional de Inteligencia¹³⁹. En efecto, el principio que informaba las normas que se declararon inconstitucionales era, precisamente, el de la efectividad y eficacia de facultades de la ANI para recabar información. Nuevamente el tribunal hará un análisis de todos los factores para pronunciarse¹⁴⁰.

Tras estos dos ejemplos, exploremos ahora los aspectos metódicos de la ponderación.

¹³⁷ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 28 de octubre de 2003, Rol N° 389, reproducida en www.tribunalconstitucional.cl.

¹³⁸ Considerando 27°.

¹³⁹ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el tres de septiembre de 2004, Rol N° 417, reproducida en www.tribunalconstitucional.cl.

¹⁴⁰ Vid. especialmente los considerandos 28° y 29° de la sentencia.

Principios y mandatos de optimización

La principal tesis expuesta por ALEXY en su *Teoría de los Derechos Fundamentales* es que los derechos fundamentales operan como principios, y que éstos son mandatos de optimización¹⁴¹. Como mandatos de optimización que son, ordenan la máxima satisfacción del principio, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Pero, y hay que recalcar esto, teniendo en cuenta las posibilidades, sean éstas reales o jurídicas.

Por lo mismo, la optimización de un derecho fundamental no va en dirección a su satisfacción en un punto máximo, sino en cuanto a su satisfacción en un punto posible. Aquí es donde entra la máxima de la proporcionalidad con sus tres subprincipios. Es así como la tesis de ALEXY de los mandatos de optimización derivan en la necesidad del uso de aquella máxima.

La máxima de proporcionalidad está compuesta por tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderativa. Éstos definen lo que debe entenderse por "optimización"¹⁴². Además son tres escalones de aplicación sucesiva: i) el juicio de idoneidad o adecuación: es decir, si existe adecuación (relación causal lógica) entre medios y fines, que se traduce en un juicio negativo, descartando aquellos medios no idóneos al fin; ii) el juicio de necesidad: es decir, que la medida adoptada sea la menos lesiva posible para alcanzar el fin determinado, que también se traduce en un juicio negativo de descarte de entre todas aquellas medidas menos "idóneas", y iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: que determina un examen de ponderación, y que consiste en un juicio estrictamente jurídico, donde se ven las posibilidades concretas de constitucionalidad de la actuación a partir de los principios en pugna.

El principio de proporcionalidad es un principio jurídico y por lo mismo es plenamente aplicable para determinar si se ha ejercido correctamente un poder jurídico, de cara a la Constitución.

Es un principio jurídico, y por ello norma aplicable. La doctrina extranjera¹⁴³ funda este principio en los postulados del Estado de Derecho, y siendo que también nuestra Constitución promueve jurídicamente el Estado de Derecho estableciendo los principios de dicho estado en sus artículos 6 y 7, pareciera ser plenamente aplicable aquí. Además, en el artículo 19 de nuestra Constitución parecen haber varias razones para su aplicación en el Derecho chileno. Es más, parece ser una herramienta útil para el control de la razonabilidad de los medios ocupados por el operador jurídico para lograr sus fines, en cuanto ellos son aptos, necesarios y proporcionales.

Ahora bien, lo que nos interesa en nuestra tesis es la ponderación en la colisión de los derechos fundamentales, la que opera de forma similar al subprincipio de proporcionalidad

en sentido estricto, pues ambos se refieren a la optimización de los derechos fundamentales de acuerdo con las posibilidades jurídicas existentes, la que es determinada por los principios que juegan en sentido contrario. Veamos pues en que consiste metódicamente.

Perspectivas metodológicas del criterio de ponderación

Ponderar hace referencia a una acción, la cual tiene por objeto "considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas"¹⁴⁴. Opera por lo mismo, siempre que en ella existen razones en pugna, intereses, bienes en conflicto, o de una forma de englobar todo el fenómeno, de normas que suministran razones contrarias para la acción.

Como acción de considerar imparcialmente estas razones en pugna, debe determinar cómo solucionar ésta, de lo que puede resultar que no siempre el equilibrio sea el alcanzado, sino que a veces en vez del mismo es necesario el sacrificio parcial y compartido de los bienes contrapuestos. Así, la ponderación parte de la máxima que enunciamos a continuación:

"Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"¹⁴⁵.

Entonces, el proceso se desarrolla en tres fases o gradas: i) el primer paso consiste en determinar el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; ii) se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en el sentido contrario y finalmente iii) definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

El primer paso consiste entonces en determinar el grado de afectación o de no satisfacción de un principio (derecho constitucional). En este caso, debe tenerse en cuenta que las afectaciones a los principios "son siempre concretas"¹⁴⁶, dándose por ello que la magnitud de la intervención es concreta, derivadas de las circunstancias del caso concreto.

Distinto es el segundo paso de la argumentación ponderativa. En la definición de la importancia de la satisfacción del principio contrario, pueden considerarse además circunstancias abstractas. Así, y siguiendo el ejemplo que nos da el mismo ALEXY, la vida humana, y por lo mismo, la importancia de su satisfacción como derecho, "tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer o no hacer lo que se quiera"¹⁴⁷. Puede apreciarse que la importancia que tenga en un caso concreto la protección del derecho a la vida puede determinarse a la vez por medio de consideraciones concretas y abstractas.

Sobre la consideración de la "importancia" de ciertos derechos fundamentales en el proceso ponderativo, volveremos *infra*, cap. VI.

El tercer paso es el más simple de los tres, pero quizá el de más importancia. Está orientado a la argumentación acerca de por qué se elige la satisfacción de un principio

¹⁴¹ Así lo reconoce el mismo ALEXY en su "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002, p. 13. Si bien la tesis de los mandatos de optimización, que desde la primera aparición de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* en 1985, ha recibido variadas críticas de ser, ya demasiado poco (HABERMAS) o demasiado (BÖCKERFÖRDE), creemos que en este artículo suyo, ALEXY, logra sortear ambas dificultades, si bien con algo de complejidad expositiva, como es acostumbrado en su obra. Seguimos por lo mismo en esta tesis las ideas del autor citado en cuanto a la ponderación, si bien pensamos hacer algunas aproximaciones con nuestra realidad jurídica.

¹⁴² ALEXY, Robert: *Epílogo...* ob. cit., p. 26.

¹⁴³ Vid. BARNÉS VÁSQUEZ, Javier: "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 495 y ss.

¹⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 189.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert: *Epílogo...* ob. cit., p. 31 y también en *Teoría...* ob. cit., p. 161. La misma regla también es recogida por PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 189.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 38.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

y la afectación del otro. Por medio del mismo es que se crea la relación de precedencia condicionada que requiere la máxima de la colisión. Pero en fin, él dependerá del análisis de magnitudes hecho con anterioridad.

Veamos, con un ejemplo, el uso del método ponderativo en la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que decidió la cuestión traída ante ella en "Donoso Arteaga", puede verse un análisis de tipo ponderativo. El razonamiento de la Corte es el siguiente:

"6° Que, en casos como el presente, la jurisdicción aún a riesgo de vulnerar la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Carta Magna, en aparente colisión con la que sirve de fundamento a esta acción, debe evitar a toda costa, que el inmenso dolor que aflige a la recurrente y a sus hijas (...) se acreciente innecesariamente, con el sólo propósito de permitir una publicación que, como la anunciada por la recurrente, de algún modo u otro, vinculará ambos fallecimientos sobre la base de especulaciones que sobrepasan los insondables misterios del alma, no obstante el prestigio y ponderación que se le conocen y suponen a la revista recurrida. La vida privada de esta familia ante el doloroso trance por la que atraviesa merece precisamente el respeto a que se refiere, sin duda, el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y aunque el artículo en comentario sólo está en fase de investigación, cabe suponer entonces que dicha garantía está amenazada, circunstancia suficiente para que deba prosperar la acción entablada". Después en su considerando 7° expondrá que "cabe agregar, que la menor de las hijas por la que se recurre tiene tan sólo ocho años de edad, lo que hace aún más aconsejable evita la publicaciones, por bien intencionadas que sean, que puedan a tan corta edad revelarle una verdad que no será capaz de comprender y que puede ocasionarle daños psíquicos irreversibles;"¹⁴⁸

En este razonamiento puede observarse, si bien de un modo escueto y por lo mismo, posibilitado de sonar un poco "irracional", un proceso ponderativo. En efecto, puede observarse un primer paso, la determinación de la afectación de un principio constitucional. Afectación que sin duda es bastante fuerte, y que claramente podríamos denominar una intervención gravísima en el derecho constitucional. La Corte llega a decir "a riesgo de vulnerar la garantía del artículo 19 N° 12 de la Carta Magna".

Pero luego ofrece un segundo paso argumentativo: determina la importancia de la satisfacción del principio contrario, esto es, del derecho constitucional protegido en el artículo 19 N° 4, para lo cual da argumentos concretos de importancia. Así el supuesto del dolor de la recurrente y de sus hijas tanto por la muerte trágica de un padre y una hija, evitar que se acreciente este dolor, una publicación en base sólo de especulaciones y la corta edad de una de las hijas, servirían como argumentaciones suficientes para determinar la magnitud de la importancia de satisfacción de ese principio. Luego, a partir de ellas determina la regla que decide el caso.

Si se recuerda el capítulo anterior, estas condiciones permitan el desarrollo de una verdadera regla jurídica que establezca una relación de precedencia condicionada. De esta

manera se genera una prevalencia para este caso y además, se elimina la contradicción entre ambos principios.

Establecimiento de un orden de preferencia

PRIETO SANCHÍS explica que si bien por medio de la ponderación se desemboca en el triunfo de un principio sobre otro en el caso concreto, para que opere la ponderación debe existir equilibrio en el plano abstracto o el plano de la validez¹⁴⁹. Y es que por medio de la ponderación lo que se busca obtener es una relación de precedencia condicionada, bien del tipo (P1 P P2) C, o (P2 P P1) C.

Es decir, para la operatividad del criterio de ponderación es necesaria la equivalencia jerárquica de los principios que se encuentran en pugna, ya que si hay desigualdad en la jerarquía de los derechos simplemente no hay ponderación.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de poder aprovechar, de alguna forma, cierta jerarquía o "importancia" (como llamaremos para no inducir a errores), de manera de que ella pueda ingresar a la fórmula ponderativa y específicamente, en orden a determinar la magnitud de la satisfacción de uno de los principios, y sobre lo cual volveremos *infra*, cap. VI.

Por otra parte, es un supuesto de la ponderación de que no pueda aplicarse el principio de la especialidad para resolver la antinomia que se ha dado en un caso determinado. Es de recordar lo ya dicho acerca de las colisiones de derechos fundamentales en el capítulo anterior. Pero asimismo debemos agregar un argumento más. Las razones en pugna son razones constitucionales, y por ello no es posible prescindir de ninguna de ellas, ni menos afirmar que, en abstracto, puede establecerse una excepción a la aplicación de un derecho fundamental que deba operar siempre y para todos los casos. "Ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución"¹⁵⁰.

Ahora bien, ¿la ponderación no hace precisamente aquello? ¿No se crea, mediante la ponderación, una relación en donde un derecho fundamental resulta no ser aplicado? ¿Es por ello este procedimiento contrario a la Constitución?

Para responder a éstas preguntas debe dejarse en claro una cosa, cual es que por medio de la ponderación no se crea una excepción para todos los casos, sino que más bien una relación de precedencia condicionada para un caso determinado y concreto, siendo la ponderación, un método para la fundamentación de la creación de dicha relación de precedencia. No excluye, por lo mismo, una solución diferente en otro caso, y es así como puede decirse que por medio de ella se construye una "jerarquía móvil"¹⁵¹ entre los principios en pugna. Tampoco por parte de ella se excluye de la consideración al principio constitucional preterido: éste ingresa plenamente al procedimiento como una razón *prima facie*, aunque después sea desplazado por el "peso" del otro mediante la creación de una regla definitiva, como explicaremos a continuación.

¹⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 189.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 189.

¹⁴⁸ Considerandos 6° y 7°.

La limitación del derecho fundamental por el derecho ajeno

La ponderación se endereza a la formulación de una regla, la que en definitiva resuelve el caso.

Hemos dicho ya más arriba, cap. III, que la tercera tesis de ALEXY acerca de la colisión se refiere al diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios, mejor dicho, la diferencia en las razones para actuar que uno y otro prescriben. Los principios son razones *prima facie*, mientras que las reglas son razones definitivas¹⁵². Así en "Donoso Arteaga", las recurrentes sólo tenían un derecho *prima facie* para prohibir la publicación del reportaje. Es más, la revista poseía a sí mismo un derecho fundamental, pero *prima facie*, a realizar la publicación.

Aquí se ve lo característico de concebir los derechos fundamentales como un sistema de principios y reglas: una vez que ellos entran en colisión por determinar conductas contradictorias, ellos son considerados sólo como razones *prima facie*, que se transformarán en una regla definitiva sólo una vez que hayan sido considerados todos los factores concretos (y en ciertas ocasiones también las abstractas) que se encuentran presentes en el caso.

Pero estas razones, *prima facie* contradictorias, nos dan cuenta de una cosa más, cual es que los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros derechos fundamentales, una especie de limitación por el derecho ajeno. Ya CEA EGAÑA en su *Derecho Constitucional Chileno*, nos dice que el catálogo (sistema) de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1980 es un sistema de límites, de manera que:

"(...) el ejercicio de los derechos humanos jamás es absoluto o ilimitado respecto de nada o de nadie. Imaginar lo contrario sería inconciliable con el concepto mismo de Derecho. Este es un ordenamiento de límites a dicho ejercicio, el cual se tornaría imposible llevar a la práctica si se admitiera el criterio de facultades de contenido absoluto por la anarquía y el caos que tal abuso llevaría consigo.

Esa fue precisamente, una de las secuelas que la soberanía popular y de carácter individualista, proclamada por Jean Jacques Rousseau en su Contrato Social, tuvo en los revolucionarios franceses de 1778 y que terminó en el despotismo del terror impuesto por Robespierre y su Comité de Salud Pública"¹⁵³.

Por su parte, PECES-BARBA MARTÍNEZ en su *Curso de Teoría de Derechos Fundamentales*, ve en el derecho ajeno uno de los límites a los derechos fundamentales en su ejercicio. En efecto dice que "al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva (concreta, como llamamos nosotros, *supra*, cap. III), si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar, como se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales"¹⁵⁴.

¹⁵² ALEXY, Robert: *Teoría...*, ob. cit., p. 101.

¹⁵³ CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho...* ob. cit., p. 60.

¹⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 594. Si bien éste autor enriquecerá un poco más el asunto por medio de la consideración de una jerarquía interna del sistema que se suma al proceso ponderativo. De ello trataremos nosotros en el capítulo VI, al hablar de la posible jerarquía (importancia interna del sistema) que puede sumarse a la ponderación.

Concurrente con la postura anterior expuesta, el autor español deja ver la imposibilidad de concebir a los derechos fundamentales como derechos de ejercicio absoluto, pero es más, uno de los límites a dicho ejercicio debe provenir necesariamente del ejercicio de los derechos contrarios en concreto. Por ello es básico en una teoría de los derechos fundamentales el construir un método para resolver la antinomia subjetiva. Y ese método no es otro que el de la "ponderación"¹⁵⁵.

La ponderación es una tarea esencialmente judicial

Para PRIETO SANCHÍS, la "ponderación es una tarea esencialmente judicial"¹⁵⁶. No se trata de que el legislador no pueda ponderar cuál es la mejor solución legislativa cuando se enfrenta a pugnas entre derechos fundamentales. Es más, irremediablemente pondera cuando acoge una política y no otra. Ello es esencialmente un proceso valorativo que demuestra una elección. Independientemente que ese proceso valorativo hecho por el legislador pueda ser, en definitiva, declarado constitucional o inconstitucional.

Lo que nos quiere decir este autor es algo distinto, y en sus propias palabras es:

"(...) lo que a mi juicio no puede hacer el legislador es eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo algo así como que siempre triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio del otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir una función constituyente". Continúa después en una nota al pie diciendo "Si de la Constitución no se deduce esa carga de la argumentación ni tampoco un orden de preferencia entre los principios implicados, imponerlo mediante la ley se asemeja mucho a una tarea constituyente. Otra cosa es que la decisión adoptada por el legislador venga a suministrar una razón suplementaria digna de ser tomada en cuenta por el juicio de la ponderación junto a las demás razones sustantivas; es decir, cuando existe una ley, una decisión legislativa que "cierra" o conjuga el ámbito de dos principios o derechos, la misma representa una de las razones que han de valorarse y, en su caso, superarse en el momento aplicativo, lo que sólo se puede hacer mediante argumentación"¹⁵⁷.

Como veremos más adelante, éste y otros temas respecto del método ponderativo, serán aspectos no pacíficos en la doctrina. Por lo mismo, veremos en el próximo capítulo las razones contra la colisión de derechos fundamentales y contra su método de resolución: la ponderación.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 593.

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 195.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

V
RAZONES CONTRARIAS
A LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
Y A LA PONDERACIÓN

Pero no todo es pacífico, ni menos lo es en este tema. Entre nosotros, ALDUNATE LIZANA¹⁵⁸ ha tratado de demostrar lo erróneo y peligroso que es considerar a la ponderación como método de solución a los derechos fundamentales colisionantes.

Dicho autor, parte de la premisa de que los individuos gozan de una libertad general frente al Estado, la cual puede ser regulada en su ejercicio a través de una ley, encontrando tal libertad su límite en un precepto que le "imponga responsabilidad en caso de contravención". Para él, lo que un individuo ejerce es siempre su libertad "sin apellidos", pero no un derecho fundamental a una libertad protegida. Todo ello desemboca en que "lo que colisiona nunca son derechos fundamentales, sino solamente el ejercicio de la libertad de uno en desmedro de la libertad o derecho garantizado a otro".

Ahora bien, lo que soluciona ese conflicto entre "el ejercicio de la libertad uno en desmedro de la de otro", es preguntarse acerca del "ámbito de la libertad jurídica protegida por el respectivo derecho, dicho de otro modo, sobre la extensión en que puede ser ejercida una libertad sin encontrar una norma o precepto que la limite". Y remata de la siguiente manera: "Como ese límite lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento de entre derechos fundamentales sólo plantea, desde el punto de vista normativo constitucional, una cuestión: la presencia de dos ámbitos de libertad jurídica igualmente protegidos".

Un poco más adelante planteará su disconformidad con el método ponderativo, y por partida doble: la ponderación ocultaría la cuestión principal y también la enturbiaría. La oculta, "en la medida que, a través de la ponderación el órgano jurisdiccional se evita la cuestión mucho más compleja de determinar si el ejercicio de los derechos en colisión reconoce algún límite o solución en el ordenamiento positivo; la enturbia, en cuanto la ponderación siempre tiene que llegar a una consecuencia difícilmente sustentable; a saber, que respecto de su protección, en un caso, un derecho fundamental es, por así decirlo, más fundamental que otro". Asimismo, "lleva siempre e irremediadamente a una valoración moral, pero no de derecho, de los elementos que llevan a preferir un derecho respecto de otro".

A pesar de lo discutibles que pueden llegar a ser las aseveraciones anteriores, la crítica existe. Si existe y esta es válida, necesariamente debemos entender que la colisión

¹⁵⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo: El efecto... ob. cit., pp. 32-34.

de derechos fundamentales o bien no lo es en absoluto, o es sólo aparente, pero de todos modos distinta a la forma que la planteamos con anterioridad. Asimismo, si la crítica es válida, el método ponderativo debe ser definitivamente reemplazado. Y reemplazado por otro, cual es la delimitación del derecho fundamental.

Para enfrentar esta crítica, ya que nosotros creemos en la colisión y la ponderación, debemos primero examinarla. Ello es lo que haremos en este capítulo que versará acerca de i) las críticas hacia una visión “conflictivista” de los derechos fundamentales; ii) la delimitación de los derechos fundamentales como forma de realizar una interpretación armónica de la Constitución y por último iii) las refutaciones a las críticas y planteamiento de los problemas de una visión delimitadora de los derechos fundamentales.

1. Críticas de una visión conflictivista de los derechos fundamentales

En los capítulos III y IV de esta tesis hemos planteado una visión que podríamos llamar, como lo hacen ciertos autores, “conflictivista” de los derechos fundamentales. En el primero de aquéllos, fundábamos la colisión en la eventualidad de producirse una oposición entre una conducta amparada por una norma fundamental, y otra conducta amparada por una norma constitucional distinta. De manera que la colisión no se produce sólo en un mero ámbito normativo, sino que además en la realidad. Los derechos fundamentales, entonces, son normas que conducen a razones para la acción distintas o contradictorias que, eventualmente, pueden entrar en colisión entre sí.

Por su parte, planteábamos en el capítulo IV los modelos de solución a dicha colisión, poniendo especial énfasis en la ponderación como modelo de argumentación para el establecimiento de una relación de prevalencia condicionada, la cual en un caso concreto, puede determinar una jerarquía dinámica entre los derechos fundamentales en colisión.

Como decíamos más arriba, todas estas consideraciones no son pacíficas.

Una primera crítica versa acerca de la imposibilidad de que las colisiones de derecho fundamentales puedan ser solucionadas por medio del establecimiento de una jerarquía, ya sea abstracta o concreta. CASTILLO CÓRDOVA la pormenoriza de la siguiente forma:

“(…) (el establecimiento) de mecanismos que jerarquizan derechos (en abstracto o en concreto), trae como consecuencia la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significará que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos”¹⁵⁹.

Es decir, para esta primera crítica, lo erróneo es el planteamiento mismo de una jerarquía, ya sea abstracta, o concreta para la solución de un “conflicto” o colisión de dere-

¹⁵⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en: *Cuestiones Constitucionales*, (2005), Nº 12, p. 107.

chos fundamentales. Pero, si se observa bien, va enfocada hacia el modo de solución de la colisión, y no tan precisamente hacia la posibilidad de colisión misma de los derechos. Si bien, ésta última debe entenderse en ella, ya que la forma de solucionar la colisión es siempre mediante el establecimiento de una relación de precedencia, condicionada o abstracta.

Pensamos, sin embargo, que ella obedece a una deficiente comprensión de lo que significa en realidad “ponderar”, y sobre todo, de un desconocimiento de las posiciones *prima facie* y definitivas que otorgan ya los principios, ya las reglas, las cuales imposibilitan que un derecho fundamental sea considerado como de segunda categoría. Pero sobre esta refutación volveremos *infra*. Pasemos por ello a las siguientes críticas a la consideración de una visión “conflictivista” de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, los críticos se preguntan acerca de las consecuencias que puede tener una visión conflictivista. Y es que, en efecto, una postura tal “legítima afectaciones, o vulneraciones, lesiones al contenido de los derechos fundamentales”¹⁶⁰. Afectaciones que en un sistema constitucional, sólo cabe al legislador hacer. En efecto, para ALDUNATE LIZANA, los “individuos gozan de una libertad general respecto del Estado, cuyo ejercicio éste puede regular; pero precisamente sólo a través de una ley”. La resolución del conflicto sería por ello una pregunta sobre el ámbito de libertad jurídica protegida por el respectivo derecho”, o “sobre la extensión en que puede ser ejercida una libertad sin encontrar una norma o un precepto que la limite”, y por lo mismo, “la solución a la colisión debe ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional”¹⁶¹, y no en el juego de las normas constitucionales.

Una derivación de la anterior crítica nos dirá que si “las posiciones conflictivistas terminan por afectar, vulnerar o lesionar los derechos reconocidos en la Constitución ¿cómo queda entonces el principio de normatividad de la Constitución?”¹⁶² Apunta la misma a que por medio de una visión que reconozca la colisión de derechos fundamentales, necesariamente deberá generar una relación de precedencia que determine que un derecho fundamental no deba ser aplicado a un caso concreto. Deja de tener “vigencia” o deja de ser “normativo”, en la terminología de CASTILLO CÓRDOVA.

Sin embargo, en esta segunda crítica podemos hallar una omisión: la consideración de uno de los límites de los derechos fundamentales. En efecto, no se reconoce el límite de derecho ajeno y que, muchas veces, el tribunal debe buscar la solución del caso no en el ordenamiento subconstitucional, sino que en el juego de los derechos constitucionales. Por otra parte, desconoce los dos momentos del razonamiento jurídico: la inaplicación de un derecho fundamental no tiene nada que ver con la “vigencia” o “normatividad” de un derecho fundamental.

Asimismo, las críticas apuntan hacia la ponderación como método de argumentación jurídica. A la crítica planteada por ALDUNATE LIZANA, y expuesta *supra*, se suman las de CINCIARDO, SERNA y TOLLER. Permítasenos transcribirlas, comenzando con el primero de los citados:

“(t)ampoco la ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfunda-

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 107.

¹⁶¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo: *El efecto...* ob. cit., p. 33.

¹⁶² CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “¿Existen los llamados... ob. cit., p. 107.

mentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro". Para más adelante decir que "la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites al poder, y de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva"¹⁶³.

Por su parte, SERNA Y TOLLER manifiestan que:

"(...) Ambos métodos de interpretación guardan entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos en liza puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionalmente y en concreto –jerarquización y balance, respectivamente-, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así, la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el balancing test lo hace en concreto"¹⁶⁴.

Por último, se ha dicho que la fórmula de la ponderación, tal como la presenta ALEXY en su teoría de los derechos fundamentales, es una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el acto mismo de pesar dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro¹⁶⁵.

Todas estas críticas vienen acompañadas con la correspondiente solución a un conflicto "aparente" de los derechos fundamentales: la delimitación de los mismos. Pasemos pues a revisar en qué consiste ésta postura en el siguiente apartado.

2. Delimitación de los derechos fundamentales

Sus fundamentos

Si se siguen las críticas enunciadas en el punto 1 anterior, tanto la consideración de que los derechos fundamentales puedan colisionar, como la fórmula de su solución a través de la ponderación, son falsas. Por lo mismo es necesario elaborar una posición alternativa que permita suplir la contradicción que se da en la realidad. Para esta postura, ella es la delimitación del ejercicio de los derechos fundamentales, fórmula que tiene por objeto elaborar "una interpretación que permita la plena normatividad de todas las normas constitucionales y, en particular, de las que reconocen derechos. Es decir, se trata de llegar a unos presupuestos y modos de entender los derechos de las personas que permitan una interpretación armonizadora de los mismos"¹⁶⁶.

Como fundamento de esta nueva interpretación, se ofrece por esta parte de la doctrina la idea misma de la unidad de los derechos fundamentales, unidad que viene dada por la finalidad de los derechos fundamentales en cuanto vehículos para un más pleno desarrollo de la persona. Esa unidad proveniente de la naturaleza humana, el propio ser del hombre, el cual, lejos de exigir contradicciones, constituye una verdadera unidad. Así es como lo expresa SERNA BERMÚDEZ:

"Si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad"¹⁶⁷.

Por lo mismo, si es verdad que la naturaleza del hombre es una unidad, no existe posibilidad entonces que los derechos fundamentales, que como dijimos tienen por finalidad la realización del mismo, puedan colisionar en forma teórica o práctica. Más bien, lo que ellos exigen es una "compatibilidad armónica y vigencia conjunta entre unos y otros"¹⁶⁸.

TOLLER en este mismo sentido, niega la colisión calificándola de un mito, al respecto plantea que:

"La cuestión de los conflictos (de derechos fundamentales) es usualmente abordada en términos de irrefrenable colisión u oposición entre los derechos (...). Es incorrecto –y quizá muy perjudicial– analizar estos problemas partiendo de unos "derechos armados", en lucha permanente entre sí, fagocitándose unos a otros, necesariamente irreconciliables. Se trata, en definitiva, de una suerte de "darwinismo jurídico", donde se busca que prevalezca el derecho más fuerte en cada caso judicial. En verdad, los derechos constitucionales no son gallos de riña. La necesaria colisión no deja de ser un "mito" pues es posible una visión distinta. No podría ser de otra manera porque, al margen de la posibilidad de establecer estas afirmaciones a partir de la verificación en casos concretos, puede obtenerse tras la consideración de hechos que pueden inteligirse previamente: que tras los derechos está el hombre, que todos los derechos humanos guardan relación con el modo de ser propio del hombre y que son medios que confluyen en la misma dirección, aquella de la realización de los fines de la persona, fines que, a su vez, no implican exigencias contradictorias o enfrentadas, ya que el ser humano es básicamente una unidad (...). Volviendo a las colisiones entre derechos hay que afirmar que, en rigor, el supuesto conflicto se da sólo aparentemente entre derechos –en abstracto y en concreto– y realmente entre los intereses –individuales, no en sentido jurídico– de cada una de las partes (...). Obviamente, es frecuente que se presenten controversias donde se enarbolan derechos fundamentales, pero cabe un acercamiento interpretativo diferente al que se suele recurrir habitualmente, y se intentará argumentar que tales colisiones no son irreductibles, que la controversia no es insalvable. La postura contraria, en cambio, conduce al callejón de consi-

¹⁶³ CINGIARDO, JUAN: *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (EUNSA, Pamplona, 2000), pp. 120 y 121.

¹⁶⁴ SERNA, PEDRO Y TOLLER, FERNANDO: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflicto de derecho* (La Ley, Buenos Aires, 2000), p. 13.

¹⁶⁵ P. de LORA: "Tras el rastro de la ponderación", en: *Revista española de derecho constitucional*, N° 60, (2000), pp. 363 y ss.

¹⁶⁶ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS: ¿Existen los... ob. cit., p. 110.

¹⁶⁷ SERNA BERMÚDEZ, PEDRO: "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre unidad e información", en *Iura*, N° 4, (1994), p. 230.

¹⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS: ¿Existen los... ob. cit., p. 111.

derar que la confrontación es inevitable y que sólo puede ser superada mediante el expediente de optar por uno de los derechos, sacrificando el otro. Se olvida así que rezagar un derecho humano es postergar a la persona y que las consecuencias de esa opción pueden en algunos casos ser cercanas a la arbitrariedad¹⁶⁹.

Pero no es sólo la unidad del hombre la que impide para ésta doctrina el choque de los derechos fundamentales. Lo es también la "unidad" de la Constitución. En ese sentido, CASTILLO CÓRDOBA nos hace ver que las Constituciones, antes que "consensos", son fruto de "pactos"¹⁷⁰. Lo anterior significa que, en la labor de construcción de las Constituciones, muchas veces pueden observarse pactos entre las diferentes fuerzas políticas. Pactos que, "el principio de unidad y coherencia constitucional obliga a interpretar los distintos dispositivos constitucionales entre sí de modo que más favorezca una interpretación unitaria y armoniosa de todos éstos dispositivos"¹⁷¹.

Es decir, y tratando ya de dar una visión global de la fundación de esta parte de la doctrina, tanto la unidad de la persona humana, como de las Constituciones, hacen de la colisión de derechos fundamentales algo imposible. Hacen además necesaria la búsqueda de una forma de solución de "problemas" de incoherencia que se dan en la práctica jurídica, "colisiones aparentes (nunca reales)" entre derechos fundamentales. Ello desemboca en una solución alternativa: la interpretación de la Constitución como un todo armónico, es decir, el recurso de la interpretación sistemática de la Constitución.

Es por lo mismo que en el próximo apartado pasaremos a examinar qué es lo que en definitiva debe entenderse por una "colisión aparente" de derechos fundamentales, para posteriormente pasar a ver su forma de solución: la delimitación de los derechos en el caso concreto.

El conflicto entre pretensiones

Los autores citados precedentemente hablan de que existe una "colisión aparente" de derechos fundamentales. Colisión que nunca es "real", por la consideración unitaria y no contradictoria que presentarían la persona humana y las Constituciones. Ahora bien, si no es posible que los derechos fundamentales colisionen, ¿qué es lo que realmente entra en contradicción, y que por lo mismo fuerza a llamar a la colisión de derechos como "aparente"?

CASTILLO CÓRDOBA, y entre nosotros el tesista SILVA IRARRÁZABAL, nos dan cuenta de que en realidad lo que se le presenta al juez en un caso de colisión de derechos fundamentales, es en verdad un conflicto de pretensiones en una concreta relación procesal en la que se invocan derechos fundamentales¹⁷².

No son las normas de derecho fundamental las que colisionan, sino que, más bien, los intereses de las partes en el juicio que creen poseer un derecho fundamental para resguardar una determinada posición jurídica subjetiva suya, pero que en realidad, no la poseen. Lo anterior podría interpretarse de la manera de que sólo uno de ellas goza de un "ejercicio

¹⁶⁹ TOLLER, Fernando: Libertad... ob. cit., pp. 412-414.

¹⁷⁰ CASTILLO CÓRDOBA, Luis: ¿Existen los... ob. cit., p. 115.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*, ob. cit., p. 113 y SILVA IRARRÁZABAL, Luis: *Tratamiento jurisprudencial...* ob. cit., p. 37.

legítimo" (como lo describiría el artículo 20 de la Constitución) de su derecho fundamental, mientras que la otra no: sería la suya una mera "pretensión" jurídica.

Pero para llegar a un resultado como el que se explica arriba es necesario un paso previo: la delimitación del ámbito jurídico de protección del derecho fundamental. Y ello se obtiene por medio de una determinación en sede interpretativa del alcance de un derecho fundamental. De tal manera en un caso concreto los derechos colisionan sólo aparentemente, siendo sólo uno de ellos el que protege de manera legítima una determina conducta.

Pasemos por ello al siguiente acápite en donde vemos con un poco más en detalle la forma como se aconseja el uso de la "delimitación" de los derechos fundamentales.

¿Cómo se resuelve el conflicto "aparente"?

Para la doctrina anteriormente expuesta, no puede existir una colisión entre derechos fundamentales, ya porque su titular, la persona humana, posee una naturaleza unitaria y coherente, ya porque las disposiciones constitucionales deben interpretarse como un todo armónico. Es por lo mismo que la colisión de derechos fundamentales es sólo una colisión aparente, y lo es porque no son los derechos fundamentales los contradictorios, sino que más bien, su ejercicio como pretensiones de las partes en los casos concretos.

Ahora bien, la solución a esta colisión de pretensiones en un caso concreto pasa necesariamente por examinar si "la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta"¹⁷³. De esta manera, la labor de un juez frente a un conflicto aparente de derechos fundamentales no es realizar una ponderación para "sopesar" los principios que colisionan en un caso concreto, sino que más bien, determinar qué norma jurídica de derecho fundamental es realmente aplicable en ese caso. En otras palabras, qué parte ha hecho un ejercicio que es legítimo de su derecho fundamental, ya que "no es posible que ambos derechos se hayan ejercitado de un modo constitucionalmente correcto. En este sentido MARTÍNEZ-PUJALTE nos dice:

"El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho. Los conflictos de los derechos se resulten, por tanto, desde la determinación del contenido y ámbito de los derechos supuestamente colisionantes"¹⁷⁴.

Y ¿cómo es que el juez debe determinar el ámbito de los derechos fundamentales, de manera de decir que sólo una de las partes se encuentra en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional y la otra no?

¹⁷³ CASTILLO CÓRDOBA, Luis: ¿Existen los... ob. cit., p. 117.

¹⁷⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), p. 134.

CASTILLO CÓRDOVA¹⁷⁵ responde esta interrogante. Manifiesta que primero debe comenzar la tarea interpretativa en el propio texto constitucional, teniendo en cuenta la finalidad del derecho fundamental (interpretación finalista), y también los demás preceptos relacionados con él (interpretación sistemática). Asimismo, debe tener en cuenta lo que dispongan las normas de desarrollo constitucional, (de la misma manera en que ALDUNATE LIZANA lo propone, vid. *supra*), y lo decidido por los distintos tribunales mediante su jurisprudencia.

Pero todo ello es sólo posible en base a las consideraciones concretas. No puede el juez "delimitar" un derecho constitucional en forma abstracta, y sin consideración de las características concretas de cada caso. De esta manera, la delimitación no es la determinación de un contenido invariable del derecho, sino que una manera de ir determinando "caso a caso", su ámbito de aplicación.

Y aquí surge algo sorprendente. CASTILLO CÓRDOVA va a hacer uso de la ponderación para incorporar, a la delimitación del ejercicio derecho fundamental, las circunstancias concretas del caso, pero de una manera distinta de la que nosotros hemos expuesto *supra*, cap. IV. Así nos dice:

"A este nivel de las circunstancias concretas sirven procedimientos y técnicas interpretativas como la ponderación (y el consecuente principio de proporcionalidad), que se emplearán no para sopesar derechos (...), sino para ponderar las concretas circunstancias que definen el caso que se intenta resolver. Pero se sopesarán las circunstancias no para concluir la preferencia de una libertad o de un derecho sobre otro derecho fundamental, (...) sino para definir en el caso concreto los particulares alcances o contornos del derecho invocado, (...) se trata de determinar si una concreta acción significa el ejercicio legítimo del derecho que se invoca, es decir, si la acción misma cae o no dentro del ámbito jurídico protegido del derecho que se invoca como fundamento y cobertura de la misma"¹⁷⁶.

Una delimitación de los derechos fundamentales debe reemplazar a la colisión y su forma de solución, pero, ¿es esta una respuesta convincente y definitiva? Trataremos de mostrar una respuesta negativa a esta respuesta en el próximo apartado.

3. Respuesta a los críticos

Tratemos ahora de refutar a los críticos. En el apartado 1 de ésta capítulo dimos cuenta de las críticas hacia la manera de concebir la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan colisionar, y además, las críticas que algunos hacen frente al modo de solucionar esas colisiones, es decir, a través del método de la ponderación. En esta apartado trataremos de exponer las refutaciones a las mismas.

Empezaremos con las encaminadas a negar la colisión y lo haremos con un poco de ayuda de un autor anglosajón. MARTIN en su "*Un Sistema de Derechos*" tratará el tema¹⁷⁷.

Este profesor funda su tesis acerca de un sistema de derechos (civiles en su terminología anglosajona) en la unidad y la coherencia de los mismos. Sin embargo se topa con un problema: los conflictos (entre los derechos) "son muy comunes". Por lo mismo, si los derechos no pueden ser reunidos en un sistema coherente, toda la tesis propuesta por MARTIN acerca del beneficio mutuo como fundamento justificatorio del sistema tendría que ser replanteado. Como ejemplo de esos conflictos comunes da el producido entre la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo, en las cintas *De Lorean y CNN*, o las intervenciones a las conversaciones telefónicas de Noriega (dando conflictos entre el bien de la seguridad nacional, protección de la personalidad y libre expresión).

Sin embargo, para sustentar su tesis da a entender que el conflicto es de todas formas evitable. Lo hace, primero, pasando por una tarea del legislador (constitucional en su caso), a "través de una redacción cuidadosa y de nuevas redacciones de los derechos potencialmente rivales"¹⁷⁸. Si ello no es posible, la respuesta debe darse por el juez a través de la determinación del alcance del derecho (mediante la partición y la regulación), y posteriormente, y ello es lo definitorio, de la importancia del mismo.

En su concepto de limitación es importante la noción de la definición del área protegida. En ese sentido, "la partición define el área protegida y deja algunas actividades afuera; mientras que el de regulación modifica aquellas actividades que permanecen dentro"¹⁷⁹. Ambas tienen por objeto la determinación de un área de protección de un derecho, de manera que, por ejemplo, gritar "fuego" en un teatro colmado de personas no puede consistir nunca en un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Pero el autor citado no sólo se queda con la delimitación del área de protección del derecho. De hecho, el proceso en algunos casos debe completarse por medio de la asignación de "importancia" del derecho en cuestión. Es el caso que debe admitirse un "área de superposición" en un caso concreto (no una superposición en abstracto, que determinaría la especialidad o invalidez, sino concreta). Área de superposición que, derivará en una ocasión dada, la falta de protección por la norma constitucional. En consecuencia, el conflicto finalmente se soluciona por medio de la importancia asignada a un derecho. Esta asignación trae nuevamente coherencia a la tesis de MARTIN, ya que el sistema así puede presentarse como coherente en abstracto y en concreto, cuando las normas entran en colisión.

Como puede apreciarse, la respuesta de MARTIN pareciera mezclar dos tesis para la solución de una colisión de derechos fundamentales, pero es una buena explicación para la misma. Ello, en el sentido de que puede identificar correctamente cual es el problema: no todas las decisiones jurídicas deben pasar por medio de la consideración de una colisión de derechos. La mayoría de los casos que se presentan son solucionables por medio de una correcta delimitación del área de protección de un derecho fundamental. Ése es un problema de interpretación del derecho.

Pero MARTIN no se queda sólo allí. Reconoce que también hay casos que tal colisión no es aparente, sino "real", en la medida que una correcta delimitación del derecho fundamental no puede solucionar el problema de colisión. Y ahí es necesaria la ponderación. Ésta no afecta la "unidad" de los derechos fundamentales, sino que más bien la reafirma.

¹⁷⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: ¿Existen los... ob. cit., pp. 119-121.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 120.

¹⁷⁷ MARTIN, Rex: *Un sistema de derechos* (ed. Gedisa, Barcelona, 2001), pp. 138-154.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 139.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 141.

La solución al final del proceso ponderativo es aquella que definitivamente el sistema de derechos fundamentales ofrece.

Y, ¿por qué la ponderación se hace tan necesaria? Por la razón de que “es difícil sostener en el marco de las Constituciones pluralistas dotadas de principios y derechos tendencialmente contradictorios”¹⁸⁰, una posición totalmente coherencista de los derechos fundamentales, tanto en el plano abstracto, como en el concreto. La ponderación lo que hace es tratar, por lo mismo, de determinar la mayor coherencia posible de los derechos en el momento aplicativo, que es donde, en principio, se ha roto.

Aquí caemos en las otras críticas apuntadas precisamente hacia la ponderación. Ella ofrece un procedimiento que “lesiona la supremacía legislativa”, supone una “fuerte dosis de discrecionalidad de un juez”, quien no goza de una “legitimidad democrática” como lo es el legislador, desemboca en el “judicialismo” y es además, un procedimiento “arbitrario y hueco”, que conduce más a decisiones de carácter moral que a decisiones estrictamente jurídicas, aumentando así, de pasada, la indeterminación del Derecho.

Ello no puede ser completamente cierto si es que nosotros queremos sustentar nuestra tesis, debemos pues refutar aquellas críticas. En primer lugar, se ha dicho que el método ponderativo propuesto por ALEXY es una fórmula hueca, donde prima el subjetivismo del juez. A las razones de irracionalidad responde el mismo ALEXY:

“(las objeciones de irracionalidad o subjetivismo) valen en la medida que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”¹⁸¹.

La ponderación entonces no obedece a una corazonada del juez, sino que se incardina la construcción de una verdadera regla de derecho, que puede no ser igual en todos los casos por la consideración de las circunstancias del mismo, pero que no deja por ello de agregar racionalidad al proceso argumentativo.

No tiene tampoco nada de “hueca”, en el sentido de que al ordenarse a la construcción de una regla constitucional, determina dónde el operador jurídico debe argumentar: hacia la justificación de las razones de preferencia condicionada. Además, si las exigencias de argumentación son tomadas en serio, “significa un respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad”¹⁸²; es decir, como la ponderación va enderezada a la construcción de una regla jurídica que puede adscribirse a la norma de derecho fundamental, ella puede ser tomada posteriormente por un distinto juez para la resolución de un caso concreto similar. Si la solución puede ser asumida por otros operadores jurídicos, y en primer lugar, otro juez, ello garantiza una racionalidad.

Además, “una ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución”¹⁸³. Se requiere ante todo, la consideración de todos los factores en juego, y la optimización de todos los derechos constitucionales relevantes para el caso en cuestión. Lo

anterior, si bien no da precisamente sólo una respuesta correcta, da un ángulo o periferia de respuestas que son tolerables frente a los principios constitucionales.

Por otra parte, las críticas apuntan a que la forma de solucionar la colisión es siempre mediante el establecimiento de una relación de precedencia (condicionada en el caso que se utilice el procedimiento de la ponderación). Además, una visión así terminaría por encasillar a ciertos derechos como de primera o segunda categoría.

Pensamos que esta crítica obedece a una deficiente comprensión de lo que significa en realidad “ponderar” y de los conflictos entre principios constitucionales, y sobre todo, de un desconocimiento de las posiciones *prima facie* y definitivas que otorgan ya los principios, ya las reglas, las cuales imposibilitan que un derecho fundamental sea considerado como de segunda categoría. Y esto por la sencilla razón de que lo que realmente hace la ponderación es determinar dónde argumentar para la creación de una precedencia condicionada. Pero bien, ésta precedencia es condicionada al caso concreto, por lo que deja abierta la posibilidad que en otro caso, bajo otras circunstancias, otro derecho sea el que prevalezca. No hay en este proceso derechos de primera o segunda categoría, sino que más bien razones que en un caso, y por lo mismo, en un momento de aplicación del Derecho, van a determinar la precedencia. Sin perjuicio de que, como veremos en el siguiente capítulo, pueda considerarse una cierta “importancia” de un derecho fundamental en el sistema dentro del proceso ponderativo.

Lo mismo podemos decir acerca de la “falta” de normatividad para uno de los derechos constitucionales que llevaría el uso de la ponderación, crítica que desconoce que, por medio del método ponderativo a todos los principios constitucionales se les reconoce normatividad, si bien, *prima facie*. Todos son considerados para su optimización como derechos constitucionales que son. La cuestión más bien es otra: determinar cual es el más adecuado para el caso concreto definitivamente, tomando en cuenta las razones para la acción que de ellos derivan.

Llama la atención en este punto que la ponderación es bastante parecida a la delimitación del derecho fundamental, pero con una desventaja: ésta última no considerada todos los principios y circunstancias que son relevantes para el caso, mientras que la ponderación sí. Por lo mismo, es la ponderación la que llevará a resultados más racionales que la delimitación, la cual, es más proclive al subjetivismo y a las decisiones caprichosas.

Pensamos que con esto podemos dar por sentado que existe colisión de derechos fundamentales en las Constituciones del neoconstitucionalismo y que su modo de solución es la ponderación. Pero queda todavía una cuestión pendiente, cual es determinar la influencia de la importancia de los derechos fundamentales en el proceso ponderativo. ¿Puede decirse que todos los derechos no son “iguales” en el momento abstracto, y que, por lo mismo puede influir tal importancia en el momento concreto?

De ello trataremos, brevemente, en el próximo capítulo.

¹⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 209.

¹⁸¹ ALEXY, Robert: *Teoría...* ob. cit., p. 157.

¹⁸² PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia...* ob. cit., p. 206.

¹⁸³ *Idem.*, p. 207.

VI EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En 1991, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo que conocer el caso de protección "Carabantes Cárcamo"¹⁸⁴, un recurso de protección interpuesto por el Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente en contra de Ester Paiva y Florencio Codoceo. El problema se presenta desde un principio como difícil para la Corte. En efecto, doña Ester Paiva se encontraba en su 39º semana de embarazo, pero su grupo sanguíneo es RH negativo, además de presentar antecedentes de doble cesárea anterior y síndrome hipertensivo. Debido a ello, los médicos decidieron una operación de cesárea más una esterilización tubaria, lo que podría afectar gravemente la vida del hijo que está por nacer, ya que existía una alta probabilidad de que el hijo naciera con sangre RH negativo y para enfrenar esta contingencia riesgosa, era necesario hacer una transfusión de sangre.

El problema: los padres manifestaban un total rechazo a la terapia, ya que son Testigos de Jehová. Se da por lo mismo una colisión de derechos: el derecho a la vida del que está por nacer y la libertad de conciencia de los padres. Frente al rechazo del tratamiento, la autoridad pública recurre de protección.

Las cosas no pasaron a mayores. Antes de que tuviera que ser resuelta la acción, la hija de la pareja nació sin problemas, sin necesidad de realizar la transfusión de sangre y, además, antes de que el tribunal debiera pronunciarse en definitiva acerca de la cuestión, lo que justifica el rechazo de la acción de protección intentada.

Final feliz para todos. Pero sí podemos dar un adelanto de lo que hubiera sido la resolución de la Corte. En efecto, el tribunal haciendo uso de las atribuciones que le concede el recurso de protección (lo que demuestra por lo demás la importancia que tiene el mismo para la defensa ágil, pronta y eficaz de los derechos fundamentales) y pocos días después de intentada la acción, se dicta una orden de "innovar", en el sentido de autorizar a la dirección del hospital público a adoptar todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer y su madre, en caso necesario, en peligro de muerte o complicación grave.

Demuestra así la Corte una preferencia condicionada (caso necesario/peligro de muerte/complicación grave) del derecho a la vida frente el derecho a la libertad de conciencia de los padres. Pero por lo que nos interesa este caso, además de la posible colisión que podría

¹⁸⁴ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 4 de noviembre de 1991, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX, II, secc. 5º, pp. 340 y ss.

haberse presentado en la argumentación de la Corte, es la cuestión misma de que uno de los derechos colisionantes es la vida de la persona, en este caso del que está por nacer.

¿Es la vida en cierto sentido especial frente a los otros derechos fundamentales?

LARENZ, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, trata la ponderación de bienes como la forma de resolver las colisiones de derechos fundamentales, y además, como método de desarrollo judicial del Derecho. Pero la aproximación del autor alemán, cuando es el derecho a la vida uno de los colisionantes, es interesante. Nos dice LARENZ, analizando los principios de las sentencias donde el Tribunal Constitucional Alemán resuelve conflictos de derechos, lo siguiente:

“Ante todo se trata, en primer lugar, de si, según el “orden de valores” contenido en la Ley Fundamental, se puede establecer una clara prelación valorativa de uno de los bienes aquí en cuestión frente al otro. Habrá que decir sin vacilar que, a la vida humana, y asimismo a la dignidad humana, corresponde un rango superior a otros bienes, en especial a los bienes materiales. El Tribunal Constitucional Federal otorga claramente una prelación valorativa, incluso frente a otros derechos fundamentales, a los derechos a la libertad de opinión y a la libertad de información, a causa de su “significación, sencillamente constitutiva”, para la colectividad democrática. Pero en la mayoría de los casos, se tratará, o bien de derechos de igual rango, (...) o de bienes cuya disparidad excluye la comparación abstracta”¹⁸⁵.

La pregunta se presenta entonces: ¿posee la vida, u otros derechos, una especial importancia que debe ser considerada en la ponderación? ¿esa importancia excluye un procedimiento ponderativo por una jerarquía abstracta?

Estas preguntas trataremos de resolverlas a través de la formación de un subsistema de los derechos fundamentales. Restringimos el análisis a un punto de vista metodológico y dogmático, y no a uno de fundamentación. Trataremos en este capítulo por lo mismo, aunque sea muy brevemente debido a los fines de esta tesis, i) el concepto de sistema en la teoría de Derecho; ii) el concepto de subsistema en los derechos fundamentales y iii) la posibilidad de comprender una distinta importancia de los derechos fundamentales en el sistema, y cómo ella puede incluirse en el modo de solución de las colisiones de los derechos fundamentales.

1. Consideración del sistema en la teoría del Derecho¹⁸⁶

El concepto del “sistema” jurídico es uno de los temas más recurridos y por lo mismo, conocidos en la teoría del Derecho. SAVIGNY, en su *Sistema del Derecho Romano Actual*, postulaba que “todas las instituciones jurídicas están ligadas en un sistema, y que sólo pueden ser comprendidas por completo dentro del vasto contexto de este sistema”¹⁸⁷.

Y es que el fenómeno jurídico normativo se presenta a través de los textos que contienen prescripciones normativas, pero que a su vez, son textos en los cuales las normas jurídicas no se encuentran desligadas unas de otras, sino que en mutua referencia recíproca. Ya STAMMLER decía que cuando se aplica una norma de un código, en realidad se aplica *todo* el código. Así se hace también la necesaria interpretación “sistemática” como forma de descubrir el significado normativo dentro del contexto y lugar sistemático de una norma jurídica.

Además de ello, grandes partes del ordenamiento jurídico se encuentran ligados a valores y principios, determinadas ideas valorativas, cuya función es “justificar con la idea de Derecho las decisiones de valor que sirven de base a las normas, unificarlas y, de este modo, excluir en lo posible las contradicciones de valoración”¹⁸⁸.

Gran ayuda es por lo mismo la visión sistemática no sólo para la interpretación y búsqueda de sentido de las normas jurídicas, sino que además para el desarrollo judicial del Derecho.

El concepto de sistema está vinculado hacia la búsqueda de una cierta unidad, por medio de la que pueda exponerse un análisis coherente de la normativa que se encuentra vigente. Importante es por lo mismo la formación del sistema para cualquier parte general de una disciplina jurídica.

La construcción de un tal sistema debe realizarse teniendo en cuenta dos notas distintivas: la unidad y la coherencia. El orden, que busca la necesidad de ofrecer una coherencia interna que sea racionalmente captable; y la unidad, que implica que la misma no pueda romperse en una serie de temas individuales y desconectados, sino que reconducirse a unos principios básicos¹⁸⁹.

Ahora bien, en orden a alcanzar esas dos notas distintivas, LARENZ nos hace ver que un sistema “interno” posee además unas cuantas características: la existencia de un orden jerárquico interno y una armonía interna¹⁹⁰. Ésta última determina la complementación y la restricción recíproca de las normas jurídicas integrantes del sistema. Es decir, aparte de la jerarquía que pueda establecerse entre las normas integrantes de un sistema, la armonía significa que, en una determinada regulación, las normas no sólo se complementan, sino que también se limitan recíprocamente.

Es a través de éstas características que pueden formarse las notas distintivas de unidad y coherencia de todo sistema. Pero LARENZ aquí da una afirmación que puede ser de mucha importancia para el tema tratado aquí. Reprodúzcamola:

“Es característico de tal un sistema, en primer lugar, la existencia de un cierto orden jerárquico interno; pero, en segundo lugar, la armonía, no totalmente “preprogramada”, de diferentes principios de igual rango en los diferentes grados de concretización. Por lo que se refiere al “orden jerárquico interno”, es claro que la Ley Fundamental atribuye un rango superior a la vida, a la libertad y a la dignidad del hombre que a los bienes materiales. En el Derecho Privado no existe, en cambio orden jerárquico alguno entre los principios (...) más bien la regulación legal permite conocer una “armonía” de estos principios, de manera que éstos

¹⁸⁵ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., p. 408.

¹⁸⁶ Sobre el concepto de sistema en la teoría del Derecho, vid.: LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., capítulo VI, y CANARIAS, Hans-Wilhelm: *El sistema...* ob. cit.

¹⁸⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl: *Sistema de Derecho Romano Actual*, (Góngora y Compañía, Madrid, 1878), p. 9.

¹⁸⁸ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., p. 437.

¹⁸⁹ Vid. en este sentido, VERGARA BLANCO, Alejandro: *Instituciones de Derecho de Minería*, inédito, pp. 122-125.

¹⁹⁰ LARENZ, Karl: *Metodología...* ob. cit., pp. 467 y ss.

en parte se complementan y en algunos sectores parciales se restringen también recíprocamente, no estando siempre determinado hasta el final el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro. Observa acertadamente Canaris: "Los principios reciben su peculiar contenido de sentido sólo en una armonía de complementación y restricción recíprocas". Sólo en su armonía se aclararán el alcance y plena significación de los principios"¹⁹¹.

La cuestión en definitiva para los efectos de esta tesis es, cómo poder aplicar el concepto de sistema al catálogo de derechos fundamentales y, sobre todo, ver cómo pueden lograrse las notas de unidad y coherencia de los derechos fundamentales a través de sus características de jerarquía y armonía. Pasemos por ello al siguiente apartado en donde trataremos estas cuestiones.

2. Construcción del subsistema de derechos fundamentales

Con la positivización de los derechos fundamentales, éstos pasan a ser parte del ordenamiento jurídico, y por lo mismo, pasan a ser parte de un sistema jurídico, sobre el cual deben predicarse sus características esenciales, a saber, la unidad y la coherencia.

Ahora bien, un ordenamiento jurídico está formado por reglas, valores y principios, pero además, se encuentra formado por subsistemas normativos, que son "conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige no considerar a las normas que lo forman como autónomas, independientes y vinculadas sólo a través de la cadena de validez al Ordenamiento, sino como dependientes de un subsistema y de los criterios que lo identifican"¹⁹².

Si la constatación es cierta, entonces la complejidad de los ordenamientos jurídicos se acrecienta. En efecto, el análisis que debe hacer el jurista no se asienta sólo en la cadena de validez de normas, una reconducción hacia la norma fundante en terminología kelseniana y, por lo mismo, una jerarquía o puesto que ocupan las normas de dicho ordenamiento en el mismo. Es necesario el análisis de subsistemas que se generan dentro de él. Entonces un tal ordenamiento no es sólo un conjunto de normas, sino que un conjunto de subsistemas que gozan de unidad y de coherencia, y que además poseen una determinada jerarquía o puesto dentro del ordenamiento.

La cuestión puede complicarse aún más al considerar a los derechos fundamentales como un subsistema dentro del ordenamiento. Sobre todo por la consideración de que un tal subsistema puede encontrarse abierto hacia la moralidad, y que por lo mismo, no se trata de un sistema cerrado, cuestión que ciertamente no abordaremos en esta tesis.

Este sistema abierto posee dos funciones principales¹⁹³. Una función de prolongación de la norma básica hacia las restantes normas y subsistemas del ordenamiento jurídico, y una función de atribución a los sujetos de derecho de libertades, derechos subjetivos e inmunidades. Ello es lo que la doctrina denomina como las funciones objetivas y subjetivas de los derechos fundamentales, o doble naturaleza de los mismos. FERNANDEZ SEGADO,

siguiendo la doctrina emanada del Tribunal de *Karlsruhe* y adaptándola al caso español, lo describe como sigue:

"(...) los derechos tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son "derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia". Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva, los derechos son "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra constitución (art. 1.1)". (...) Esta vertiente objetiva de los derechos fundamentales que complementa su tradicional naturaleza subjetiva, y que los erige en "componentes estructurales básicos" del ordenamiento jurídico, al que dan sus contenidos básicos, se explica en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización política y jurídica"¹⁹⁴.

Así, este sistema de derechos fundamentales se transforma en parte esencial de la estructura de la organización jurídica. Particularmente aquello es cierto en la medida de que el subsistema de derechos fundamentales se encuentra en una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico, no sólo porque los derechos fundamentales están recogidos en el texto constitucional, sino que además, y en cierto sentido en una forma más importante, porque ellos se encuentran en mayor conexión con los valores fundamentales propugnados por nuestra Constitución.

En efecto, en su artículo 1 inciso 1, la Constitución señala que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Por lo mismo, prescribe como valores fundamentales a la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad. Los mismos son base y sustento de las demás "bases de la institucionalidad" que se incardinan hacia su protección. Así la supremacía constitucional y el principio de juridicidad se presentan como principios tendientes a la protección de los valores básicos. De una misma manera se presenta el subsistema de los derechos fundamentales, en la medida que ellos se encuentran destinados a dar una mayor realización a la idea de dignidad. Y es esta idea de dignidad de la persona humana la que da el sentido de unidad y coherencia al subsistema de derechos fundamentales, realizándola de manera directa.

Ahora bien, lo que interesa para los efectos de esta tesis no es la determinada posición del subsistema de los derechos fundamentales, sino que la posición misma de los derechos fundamentales dentro de tal subsistema y, en la medida de la posibilidad de descubrir una jerarquía entre los mismos, o la posibilidad de que una cierta "importancia" de ellos pueda incorporarse al juicio ponderativo. Para ello utilizaremos un concepto ideado por la doctrina alemana: el "orden jerárquico de valores".

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...*, ob. cit., p. 355.

¹⁹³ En este sentido, vid., *idem*, p. 360.

¹⁹⁴ FERNANDEZ SEGADO, Francisco: La teoría jurídica de los derechos fundamentales", en *Revista española de derecho constitucional*, N° 39, (1993), p. 209.

Orden jerárquico de valores

El Tribunal Constitucional Alemán ha utilizado el concepto de "orden jerárquico de valores" en varias de sus sentencias como forma de argumentación¹⁹⁵. Así lo hace por ejemplo en el fallo *Littb* al señalar que:

"...La Constitución) no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores (...) este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental"¹⁹⁶.

Por lo visto, sería éste un orden inmanente a la Ley Fundamental, que operaría en el catálogo de los derechos fundamentales de la Constitución alemana. Parece así partir de una concepción jerárquica abstracta general de valores recogidos en la Constitución, verdadero sistema axiológico, "que subyace o se deduce de los derechos fundamentales constitucionales, y en concreto de la vertiente objetiva de los mismos, e irradia a todo el ordenamiento jurídico"¹⁹⁷.

Pero bien, ¿significa aquello que los derechos fundamentales se encuentran ordenados jerárquicamente dentro de una Constitución? ¿Significa por lo demás, que los conflictos o colisiones de derechos fundamentales pueden ser resueltos acudiendo a este orden de valores establecido en una Constitución?

Pareciera que para la doctrina donde mismo se originó el concepto, la respuesta a la pregunta anterior sería negativa. Parte la doctrina alemana de un presupuesto: el concepto de "orden jerárquico de valores" es en sí equívoco. No debe representarse con ello, por lo menos en la visión que tiene los alemanes frente al asunto, una especie de "tabla rasa", donde numéricamente pueda decirse, en abstracto, qué derechos fundamentales deben primar sobre otros derechos fundamentales, no importando cuál sea el derecho invocado. En efecto, DÍAZ REVORIO, razonando sobre la base de la experiencia alemana, nos aclara que en la práctica es dudoso que dicha jerarquía tenga un carácter rígido, o que incluso se halla llegado a construir una tal jerarquía. En realidad, para el autor español lo que existe es una jerarquía "blanda" o "simple preeminencia" en muchos, y no un catálogo donde los derechos fundamentales se encuentran jerárquicamente posicionados.

En el mismo sentido se pronuncian HÄBERLE y BÖCKENFÖRDE. El primero de los autores nos señala que "no puede interpretarse la Constitución como un firmamento abstracto de valores, que sean externos o superiores a la propia Constitución, pues ello supondría negar el valor intrínseco y la autonomía del Derecho"¹⁹⁸. El segundo dirá que:

"(...) no existe con claridad una fundamentación racional del orden de valores, ni un sistema de preferencias racionalmente reconocible para la determinación de la jerarquía de valores (...)"¹⁹⁹.

No se trata, por lo mismo, de una jerarquía "dura" y general, sino que más bien una más blanda y dinámica. Ello puede entenderse de por la siguiente razón. El tribunal, en un caso de colisión de derechos fundamentales debe razonar sobre la base del método de la ponderación, que presupone la igualdad de los derechos a ponderar. De ser lo contrario, no existiría nada que ponderar, se aplicaría sencillamente el principio jerárquico para provocar la preferencia abstracta y perpetua de un derecho frente a otro. En este sentido ALEXI nos dice, razonando sobre lo decidido en el fallo *Lebach*:

"(...) es dudoso que a distintos valores o principios se les puedan atribuir valores jerárquicos abstractos. (...) Pero la imposibilidad de un orden "duro" (numerológico cardinal) de este tipo no dice nada acerca de la posibilidad de órdenes más "blandos" y, desde luego, nada en contra de la concepción de ponderación"²⁰⁰.

Asimismo, LARENZ también desecha la posibilidad de establecer un orden jerárquico abstracto de preferencia de los derechos fundamentales. Nos dice:

"La expresión (...) orden jerárquico de valores, es ciertamente equívoca. No debe representarse algo así como un catálogo completo de valores válidos "en sí" (con inclusión del puesto jerárquico que a cada uno corresponde). Una cosa tal, si es que hubiera de ser posible en absoluto sobrepasa las facultades y también la competencia de un legislador constitucional. (...) En modo alguno se quiere con ello decir que se pueda leer en la Ley Fundamental, en cierto modo como en una tabla el "valor posicional" de cada uno de los derechos fundamentales o principios constitucionales. Que ésta no es la opinión del Tribunal Constitucional Federal, se manifiesta claramente por el hecho de que, en caso de una colisión de derechos fundamentales o bienes jurídicos protegidos por la Constitución (...) se sirva preponderantemente de la "ponderación de bienes en el caso particular"²⁰¹.

Pero si se observa bien, lo que en realidad nos quieren expresar ambos juristas alemanes es la imposibilidad de establecer una relación jerárquica abstracta entre los derechos fundamentales, creando al efecto un cierto valor posicional de los mismos en una Constitución. Una tal jerarquía dinámica es creada a partir de la relación de precedencia condicionada, verdadera regla jurídica, que emerge tras un proceso ponderativo. Pero es una jerarquía "dinámica", y por lo mismo, susceptible de ser modificada por medio de un nuevo razonamiento en consideración a nuevas circunstancias.

En cierta manera, estos autores refuerzan las críticas hacia una solución de la colisión de los derechos fundamentales por medio de la jerarquización abstracta de los derechos. Por ello debe ser preferida una jerarquización "más blanda" o dinámica: el resultado de la ponderación.

¹⁹⁵ Vid. en ese sentido BVerGE 32, 311, 316 la que señala que sería el caso de infracción del Derecho Constitucional, "cuando se apoya en una concepción en principio inexacta acerca de la significación y alcance de un derecho fundamental, o cuando el resultado de la interpretación no es compatible con las normas jurídicas fundamentales y con el orden de valores en ellas establecido". La traducción es de LARENZ, *Metadogla...* ob. cit., p. 339.

¹⁹⁶ Reproducida en SCHWABE, Jürgen: *50 años...* ob. cit., pp. 132 y ss.

¹⁹⁷ DÍAZ REVORIO, Francisco: *Valores superiores e interpretación constitucional* (ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997), p. 222.

¹⁹⁸ HÄBERLE, P., citado por DÍAZ REVORIO, Francisco: *Valores...* ob. cit., p. 228.

¹⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, E. W., citado por DÍAZ REVORIO, Francisco: *Valores...* ob. cit., p. 229.

²⁰⁰ ALEXI, Robert: *Teoría...* ob. cit., pp. 156 y 157.

²⁰¹ LARENZ, Karl: *Metadogla...* ob. cit., pp. 339-340.

Pero las cosas se complican un poco más. Si bien es cierto que ambos admiten que no puede establecerse una jerarquía abstracta de los derechos fundamentales, precisan que unos derechos fundamentales pueden poseer “pesos” distintos. Recordemos lo que más arriba nos decía LARENZ, en el sentido de que era claro que la Ley Fundamental (alemana) se atribuye un rango superior a la vida, a la libertad y a la dignidad del hombre que a los bienes materiales

Lo anterior nos recuerda las argumentaciones que desde nuestra Constitución daba CEA EGAÑA, *supra* cap. IV, para optar por una solución jerárquica a la colisión de los derechos fundamentales. Y es que pareciera que los derechos fundamentales no gozan de una misma importancia o posición dentro del subsistema de derechos, sino que algunos podrían ser “más fundamentales que otros”, sin perjuicio de que todos ellos contribuyan a la mayor realización de la persona humana y su dignidad. Piénsese por ejemplo en el distinto “peso” que tienen, o parecieran tener, el derecho a la vida y a la integridad física por un lado y el derecho de autor por otro.

Reflexiónese, además de que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución tuvo en consideración ese distinto peso en la elaboración del catálogo del artículo 19. En dicha comisión se señaló que:

“El señor Guzmán expresa que al seguir el orden de la Constitución actual, no se resguardará convenientemente el orden jerárquico de las garantías porque la Carta Fundamental vigente contiene una serie de derechos bastante menores que la libertad personal o la libertad de locomoción que están colocados en lugar preferente (...) si se adopta el criterio con que están actualmente agrupadas las garantías o derechos constitucionales no se justifica el hecho de que una garantía de menor entidad esté considerada antes que otra de jerarquía superior”²⁰².

Claro es entonces el sentido de que los derechos fundamentales no se encuentran agrupados dentro del catálogo de garantías de la Constitución chilena al azar.

Además, una argumentación que tiene en cuenta los “pesos” abstractos de los derechos fundamentales ha sido seguida por nuestros tribunales. Decidir es el considerando 3º de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Impunidad Diplomática”, ya tantas veces citado aquí, y que señala:

“Que el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”.

La argumentación jerárquica se muestra perfecta en esta sentencia en la medida que incorpora en su razonamiento u criterio de jerarquía abstracta: el que la sociedad se organice para preservar y promover esos derechos.

Pero si una solución jerárquica abstracta está hoy prohibida, según vimos ya en el capítulo IV, ¿cómo agregar ese distinto “peso abstracto” que arrastran consigo los derechos dentro del sistema a la argumentación constitucional? O bien, ¿debemos dejar de lado todo este tipo de consideraciones en una argumentación de derechos fundamentales?

A primera vista, pareciera que dejar de lado de que existe una consideración de importancia abstracta mayor en algunos derechos fundamentales que en otros es muy apresurado. Es por lo mismo que pensamos que su utilización es posible, pero con una matización importante: a través de su incorporación como criterios formales a la ponderación.

La anterior es la solución que dan desde las miradas de sus propias realidades jurídicas tanto ALEXY, de manera individual, como PECES-BARBA MARTÍNEZ, de manera conjunta, como explicaremos. Daremos una mirada entonces a la jerarquía interna del subsistema de los derechos fundamentales.

Posición preferente de los derechos en la ponderación

De partida, debemos decir que ALEXY en su *Teoría de los Derechos Fundamentales* se ocupará de las normas de derecho fundamental, pero no tanto de ubicar las mismas en un conjunto que demuestre unidad y coherencia, es decir, dentro de un subsistema normativo, al menos no desde una perspectiva consciente y global²⁰³. Será PECES-BARBA MARTÍNEZ, en su *Curso de Teoría de Derechos Fundamentales*, quién hará la consideración del conjunto.

El autor español, desde una perspectiva dogmática y también desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, y por lo mismo, universal, considerará los derechos fundamentales como un conjunto, es decir, como sistema. Y ello por una razón bastante clara: “precisamente por ese origen común del valor libertad principalmente, y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad (valores esenciales de la Constitución española), que suponen una explicitación y un intento de desarrollar integralmente la idea de la dignidad de la persona humana, no pueden entenderse aisladamente, sino que esa raíz común lleva a una interdependencia y una mutua implicación”²⁰⁴.

Y dentro de ese “subsistema” se ocupará de algo fundamental para esta tesis: la jerarquía interna del subsistema de derechos fundamentales. En efecto, para PECES-BARBA MARTÍNEZ, una “escalera de fundamentalidad” puede distinguirse dentro del subsistema de derechos fundamentales, que lleva a determinar los distintos peldaños dentro de la misma.

El problema: una tal operación donde pueda establecerse *a priori* esa escalera de fundamentalidad “es muy complicada”²⁰⁵. Pero va a intentar por dos vías. Una primera es la consideración acerca de si un determinado derecho fundamental es más próximo o es más imprescindible para la “real vigencia” de la dignidad humana y de la libertad. Pero desechará esta vía, en consideración de que se llegaría fácilmente a “construcciones arbitrarias y subjetivas que no tienen mucho sentido, y que recordarían las construcciones exhaustivas del iusnaturalismo racionalista.

²⁰² Actas Oficiales, sesión 96ª, pp. 30-31.

²⁰³ Si bien toda su teoría de derechos fundamentales puede considerarse sistemática, por el sólo hecho de dar tanta consideración a la optimización de los derechos en sus circunstancias jurídicas, lo que lleva a armonizar los derechos con otros, dentro de un sistema por medio de la ponderación.

²⁰⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso...* ob. cit., p. 361.

²⁰⁵ Ídem., p. 365.

Queda la segunda: el considerar que la importancia y jerarquía de un derecho fundamental, sería que el derecho en estudio se “completase en su redacción constitucional, cerrándose en su ámbito de contenido, sin necesidad de desarrollo legal o jurisprudencial”²⁰⁶. Es decir, su mayor importancia implicaría su mayor “resistencia” al desarrollo legislativo y a su interpretación. Pero también es desechado este camino, ya que por el mismo se llegaría al absurdo que aquellos derechos que requieren menos argumentación son los superiores en el sistema. Desde esa perspectiva, por ejemplo, el derecho a la vida sería inferior que el de propiedad, en “abstracto”, lo que suena poco razonable.

Es por lo mismo que el autor español señalará que desde este punto de vista (importancia o posición preferente de los derechos en el sistema) lo mejor es sólo dar “criterios de interpretación” para la solución de la colisión de los derechos fundamentales, casos en que la jerarquía tendría “un valor práctico y operativo”. Así nos dice que:

“En este sentido parece que deben prevalecer aquellos derechos que más afecten o protejan al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad, que tengan más extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona o que más vitalmente afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen un sistema de derechos fundamentales, aunque también se pueden producir conflictos entre esos criterios, con lo cual habrá que estar en estos supuestos, al análisis tópico del caso concreto. (...) Son criterios de ponderación que los tribunales deben tener en cuenta para analizar los límites de los derechos, y la resolución de los conflictos en casos de colisión entre ellos”²⁰⁷.

Es decir, criterios de jerarquía abstracta (importancia de un derecho fundamental en el sistema) se incorporan en un caso de colisión a los argumentos concretos del proceso ponderativo.

Y aquí el aporte de ALEXY se presenta, en el sentido de determinar dónde entran éstos argumentos abstractos. Ya en el capítulo IV al tratar los aspectos metódicos de la ponderación tuvimos la ocasión de analizar que éste era un proceso argumentativo que se desarrollaba en tres fases: i) la determinación el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; ii) la definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en el sentido contrario y finalmente, iii) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

El primero de aquéllos, para el autor alemán, es concreto, ya que las afectaciones se producen en relación a las circunstancias tópicas. Pero el segundo paso es tanto concreto como abstracto. Es allí donde pueden tenerse en consideración la importancia de un derecho fundamental dentro del sistema. Así, y siguiendo el ejemplo que nos da el mismo ALEXY, la vida humana, y por lo mismo, la importancia de su satisfacción como derecho, “tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer o no hacer lo que se quiera”²⁰⁸. Por lo mismo, la importancia que tenga en un caso concreto la protección del derecho a la

vida, puede determinarse a la vez por medio de consideraciones concretas, circunstancias del caso, como también por abstractas.

DÍAZ REVORIO²⁰⁹ parte de estos mismos supuestos. Reconociendo la utilidad del método planteado por el autor alemán, nos señalará que la ponderación no parte de una ordenación abstracta jerárquica de los valores que informan a los derechos constitucionales, sino que “de su importancia relativa en ciertas circunstancias, que pueden venir establecidas previamente”.

Así pues llegamos a la conclusión de que los derechos fundamentales tienen una posición dentro del subsistema de derechos fundamentales, y algunos de ellos una posición preferente frente a otros, derivados de la cercanía con valores constitucionales superiores. Dicha posición preferente puede incorporarse al proceso de ponderación, mas nunca sustituirlo.

²⁰⁶ *Idem.*, p. 366.

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ ALEXY, Robert: *Epllogo...* ob. cit., p. 31.

²⁰⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco: *Valores...* ob. cit., p. 231.

VII CONCLUSIONES

Presentaremos las conclusiones generales de esta investigación, en orden a comprobar la hipótesis que enunciamos en la introducción. Lo haremos de una manera segmentada, de conformidad a la sucesión de capítulos de este texto.

1º. En el capítulo II de este trabajo expusimos acerca de la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ya que, como explicamos con anterioridad, muchas de las colisiones de derechos fundamentales se dan entre particulares que sostienen pretensiones contrarias en un juicio, amparadas por contrapuestos derechos fundamentales.

Comenzamos en dicho capítulo por analizar nuestra doctrina. Muchos se encuentran conformes acerca de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas. Gran parte lo hace por el alcance de la jurisprudencia del recurso de protección. Sin embargo, en algunos autores puede encontrarse referencia a la *Drittwirkung* alemana, como modelo de la irradiación de los derechos en el ordenamiento privado. De ello ha derivado la crítica, la que, por cierto, parte de la misma doctrina alemana.

Dicha referencia nos llevó a investigar en qué consiste realmente la *Drittwirkung*. Nos dimos cuenta de que aquella es una construcción para explicar la protección que dan los tribunales cuando, por un acto de un particular se afectan los derechos fundamentales. En tal sentido, parte de un presupuesto esencial, que la explica y justifica: los derechos fundamentales para la doctrina *iuspublicistica* alemana son derechos contra el poder público.

Sin embargo, dicho presupuesto es propio de la óptica alemana. Así, y utilizando los cánones propios de la Constitución chilena, puede apreciarse que ello no es necesario, de lo que deviene que una doctrina como la *Drittwirkung* es completamente superflua para entender el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, la cual bajo nuestro punto de vista, se produce por el sólo cambio de destinatario de los mismos.

Hay que hacer presente que, por la extensión y fines de este trabajo, dejamos sí abierta una cuestión, cual es cual es la intensidad de la influencia de los derechos en las relaciones de terceros, o con otras palabras, los márgenes de una Constitución. Obviamente se deja de la do también la crítica que de ello deviene, sobre todo respecto de la objeción de preservación de la autonomía de la voluntad en el ámbito privado.

2º. En el capítulo III, expusimos acerca de las antinomias de normas jurídicas, definiendo aquellas como una situación que se produce cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles entre sí. Como un ordenamiento jurídico no puede dar señales

contradictorias, tanto la doctrina, como la propia legislación, han elaborado mecanismos de resolución de antinomias, a los que, comúnmente se les denomina clásicos. Ellos son: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad.

Por su parte, señalamos que los derechos fundamentales pueden producir a la vez señales contradictorias para los destinatarios de dichas normas jurídicas. En efecto, analizados los casos jurisprudenciales, nos percatamos de que las partes invocaban derechos fundamentales para sostener sus pretensiones, derechos que amparaban conductas contrarias entre sí. Pero dichas colisiones no se daban en "abstracto" Frecuentemente los textos constitucionales, y en particular nuestra Constitución, contienen un estatuto de garantías que es, en una mirada estática, coherente. Mas esa coherencia inicial se pierde en otro momento del discurso jurídico: el de la aplicación. En este sentido identificamos antinomias en concreto, típicas de los derechos fundamentales que se encuentran en colisión, derivadas de las circunstancias concretas de cada caso.

Señalamos que frente a estas antinomias en concreto no es posible la operatividad de los criterios tradicionales. En efecto, los derechos fundamentales están contenidos en un mismo texto, que es a la vez de la mayor importancia, lo que hace necesaria una nueva forma de argumentación.

Así distinguimos entre dos modelos de normas: las reglas y los principios. Las antinomias de reglas, conflictos de las mismas, podían resolverse a través de los criterios tradicionales, de manera que una de ellas sería inválida, o bien, podía establecerse una excepción a su aplicación, de manera definitiva. Ahora bien, los principios en colisión operan no en la dimensión de la validez, sino que en la dimensión del "peso", y de esta manera no puede decirse que uno de ellos carece de validez o no debe aplicarse perpetuamente, sino que debe aplicarse un sistema de ponderación que permita la construcción de una relación de precedencia condicionada.

Así postulamos, con la ayuda de diversos autores, que los derechos fundamentales operan como los principios, y que éstos son mandatos de optimización, que fuerzan a la ponderación en caso de colisión.

3°. En el capítulo IV, expusimos dos de los criterios de solución de colisiones de derechos fundamentales que se han dado en la doctrina. Ellos comparten la idea de que al generarse una colisión de normas *ius*fundamentales, debe establecerse una relación de precedencia: abstracta, en el caso de la jerarquización de derechos; condicionada, en el caso de la ponderación de bienes.

En el caso de la jerarquización, expusimos sus líneas centrales y además sus críticas, las que hicieron en definitiva que no compartamos, en parte, una visión jerárquica de los derechos fundamentales. Es fundamental dentro de aquellas, las que hacen eco de las decisiones de los Tribunales Internacionales, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que rechazó una argumentación jerárquica para salvar la colisión de derechos.

Pero sí dejamos en claro que la jerarquía de los derechos fundamentales podía ser aprovechada, ya que algunos de los derechos pueden considerarse, dentro del sistema de los derechos fundamentales, de más importancia que otros. Dejamos por lo mismo la exposición para el capítulo final de ésta investigación.

Así, la ponderación de bienes se muestra como una buena forma de argumentar y de precisar una relación de precedencia condicionada, para que, en un caso concreto y derivado las consecuencias de ese mismo caso, pueda justificarse como más adecuado un derecho fundamental frente a otro.

4°. Pero el trabajo en conjunto no quedará completo sin la exposición de las ideas de quienes piensan contrario a lo aquí desarrollado. Con dicho objetivo analizamos en el capítulo V las ideas contra la colisión y la ponderación de derechos.

Generalizando, agrupamos el conjunto de autores exponentes de esta línea, y consideramos que la unidad de la persona derivada de su dignidad, como además, la unidad de las Constituciones, como sus dos puntos de fundamentación. A partir de esta doble unidad, los autores señalan que los derechos fundamentales en verdad no colisionan. Una tal "contradicción" entre los mismos es siempre aparente y nunca real. Asimismo, contrarios son frente a la ponderación, señalándola como una técnica subjetivista.

A su vez, los autores se pronuncian a favor de una forma de solución de ese conflicto aparente: la delimitación de derechos fundamentales.

Sin embargo, la crítica pareciera obedecer a la no comprensión correcta de la ponderación como forma de solución de los conflictos constitucionales, ya que, más que ser una forma irracional de justificar la aplicación de un derecho fundamental y "desaplicar" otro, se encuentra incardinada hacia la creación de una relación de precedencia condicionada que determine que derecho fundamental es el más adecuado para ser aplicado, y por lo mismo, ser ese derecho lo prescrito definitivamente por el ordenamiento constitucional para dicho caso concreto. Lejos de ser un procedimiento irracional, tiende a justificar y facilitar la decisión judicial al respecto, con plena sujeción al texto constitucional, cosa que la delimitación de derechos logra, pero en mucha menor medida.

5°. Por último, en el capítulo VI concentramos nuestros esfuerzos en dar una visión sistemática o de conjunto a los derechos fundamentales. Ello con un objetivo: el lograr incorporar la importancia abstracta que puedan tener los derechos fundamentales en el proceso de la ponderación. Partimos entonces de un supuesto de las teorías jerarquizadas, cual es que algunos derechos fundamentales poseen una mayor importancia que otros. Pero introdujimos una matización: la importancia abstracta no puede ser utilizada de manera única para solucionar la colisión de derechos, deben observarse además las condiciones concretas.

Al finalizar, sólo me resta esperar que esta tesis contribuya al desarrollo de la ciencia jurídica, especialmente del derecho constitucional y a la teoría de los derechos fundamentales, razonados a partir de la Constitución chilena de 1980. Esperamos pues, que el presente trabajo sea un pequeño aporte al respecto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo: "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", en *La constitucionalización del derecho chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ____ "Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46 (1993).
- ATRIA LEMAÎTRE, Fernando: "Las circunstancias de la de derrotabilidad", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, 2000.
- ____ "Implicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, N° XII, agosto de 2001.
- BARNÉS VÁSQUEZ, JAVIER: "Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis: "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", en: *Cuestiones Constitucionales*, N° 12, 2005.
- CASTRO FRÍAS, Maritza: "Privacidad, vida privada y honra frente a la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Público*, vol. 64, 2003.
- CEA EGAÑA, José Luis: *I Derecho Constitucional Chileno*, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.
- ____ *II Derecho Constitucional Chileno*, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- ____ *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999.
- CINCIARDO, JUAN: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

- DE LORA, P.: "Tras el rastro de la ponderación", en: *Revista española de derecho constitucional*, N° 60, 2000.
- DÍAZ REVORIO, FRANCISCO: *Valores superiores e interpretación constitucional* (ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997).
- DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE: III *Los Derechos Constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, 2002.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL: "La fuerza normativa de la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, 2002.
- _____: "Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?", en: *Revista Estudio Constitucionales*, 2005
- FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO: "La teoría jurídica de los derechos fundamentales", en *Revista española de derecho constitucional*, N° 39, (1993).
- GARCÍA TORRES, JESÚS y JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1986.
- GÓMEZ BERNALES, GASTÓN: *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005.
- GÜNTHER, K.: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa* N° 17-18, 1995.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *El derecho privado constitucional de Chile*, Ed. Universidad Católica de Valparaíso, 2001.
- KANT, IMMANUEL: *Metafísica de las Costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- KAUFMANN, ARTHUR: *Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2002.
- HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático en los términos de la teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.
- HESSE, KONRAD: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona 2001.
- LOCKE, JOHN: *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Ed. Ágora, Buenos Aires, 1959.
- MARTÍN, REX: *Un sistema de derechos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.
- MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, número especial de las Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, 1998.
- MARTÍNEZ-PUJLATE, ANTONIO: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA: *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000.
- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: *Dogmática Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- _____: *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2002.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Ed. Siglo Veintiuno Editores SA, Ciudad de México, 1981.
- NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, "Los instrumentos procesales para la protección de los derechos fundamentales", en GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN: *Lecciones de derechos humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- PIZARRO WILSON, CARLOS: "Los derechos fundamentales y contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*", en *Gaceta Jurídica*, N° 221, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS: "Observaciones a las antinomias y al criterio de la ponderación", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, 2000.
- _____: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Neoconstitucionalismo (s)*, (ed. Trotta, Madrid, 2003
- _____: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, 2003.
- SERNA BERMÚDEZ, PEDRO: "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre unidad e información", en *Iura*, N° 4, 1994.
- SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflicto de derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO: IV *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- SILVA IRARRÁZABAL, ALEJANDRO: *Tratamiento jurisprudencial de los conflictos de derechos fundamentales*, (Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, PUC, 2003.
- SCHWABE, JÜRGEN (recopilador) en: *50 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal*, (Fundación Honrad-Adenauer, Bogotá, sin fecha.
- SOTO KLOSS, EDUARDO: "Recurso de Protección", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, 1984.
- _____: *El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983.
- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN: *Introducción al Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- STARCK, CHRISTIAN: "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002.
- TOLLER, FERNANDO: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial por daños derivados de la información*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: *Instituciones de Derecho de Minerva*, inédito.
- VON MÜNCH, INGO: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*, Editorial Civitas, Madrid, sin fecha.

PORTADA

Palacio Arizta, construido
en 1917 según los planos del
arquitecto Alberto Cruz Montt.

Encargado por el entonces
senador Francisco Arizta Lyon,
fue su residencia particular hasta
1924. Pasó al Fisco de Chile
y estuvo destinado a diversas
instituciones estatales.