

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (+) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo,
Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo
Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del
Anuario de Filosofía Jurídica y Social, este volumen contiene una
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

ESTUDIOS

un catálogo mínimo que concluye en la consecución de una "vida digna", "calidad de vida" o "bienestar", conformando "buenas razones" o "razones suficientes" preferibles a otras. Conducen a la esfera de la fundamentación de los derechos y responden a las interrogantes de ¿por qué debe aceptarse que tengo un derecho? y ¿en base a qué razones estaría justificado exigir del Derecho una respuesta normativa ante una exigencia? (36).

36. AÑON ROIG, M.J.: "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en BALLESTEROS, J. (ed.): "Derechos humanos", cit., pp. 112 y ss.; id.: "Necesidades...", cit., pp. 252 y 264.

REGLAS Y PRINCIPIOS EN CHILE: ¿JERARQUIA ENTRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES? *

JORGE CONTESSE SINGH **

Hace menos de diez años atrás, la Corte Suprema chilena, sostuvo —sin que hasta ahora exista alguna decisión en sentido contrario, de manera que cabe suponer que el criterio se mantiene— que frente a una eventual colisión entre la libertad de expresión y la protección a la honra, la última prevalecía. Esto es, tratándose de dos derechos fundamentales contemplados en el catálogo constitucional y susceptibles de entrar en conflicto, uno de ellos —la protección de la honra— era (y es) merecedor de una mayor tutela por parte de la judicatura.

El presente trabajo tiene por objeto revisar algunas ideas avanzadas por la doctrina constitucional chilena referentes a la (supuesta) relación jerárquica que existiría entre los derechos subjetivos-públicos

* Agradezco sinceramente los comentarios de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y, en especial, los de Francisco Cox, Mauricio Duce, Rodolfo Figueroa, Felipe González y Carlos Peña, quienes soportaron más de una lectura de versiones preliminares de este texto.

** Abogado del Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos y Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales.

contenidos en la enumeración del artículo 19 de la Carta Fundamental, y que ha permitido precisamente fundamentar pronunciamientos como el señalado más arriba. Mi intención es contrastar los planteamientos criollos dominantes en esta materia con ciertas tesis desarrolladas fundamentalmente por la teoría constitucional comparada, para luego dar paso —obligado, según espero mostrar— a conclusiones de relevancia para la interpretación de los derechos esenciales en especial, aquélla realizada por los tribunales).

Para ello, dedicaré las primeras tres partes del documento a revisar la forma como dos autores —cada uno de tradiciones jurídicas distintas— han abordado esta cuestión. Estableceremos diversas categorías de normas jurídicas, y cuál es la posición que los derechos constitucionales ocupan frente a ellas. En seguida, y conforme a la conclusión a la que llegaré en dichos apartados, revisaremos cómo la usual objeción sobre la perversa discreción judicial puede sortearse, sin desatender el esquema utilizado. Posteriormente, exploraré cuál ha sido la manera en que la práctica constitucional chilena ha tratado la materia, centrándonos en algunos casos ejemplares y en la doctrina más autorizada. Por último, planteo algunas consideraciones finales.

Reglas y principios

Una de las distinciones centrales que reclama la teoría de los derechos fundamentales es aquella que diferencia, en relación con la estructura de las normas a que ellos se refieren, entre reglas y principios⁽¹⁾. Las reglas, se dice, son normas que ordenan que algo debe

1. Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 81 y ss., y DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y ss. Dworkin, en rigor (y al igual que Alexy), habla de “reglas y principios” (“rules and principles”). Sin embargo, la traducción al español de su ensayo se refiere a ellas como “normas y principios”, por lo que al citar a este autor debe entenderse que habla de reglas cuando utiliza la expresión “normas”.

ser cumplido de manera definitiva o cerrada. Se caracterizan porque a propósito de ellas sólo caben dos posibilidades en torno a su eficacia: o se cumplen, o bien son inobservadas. Así, por ejemplo, quien quiera comprar un inmueble en Chile o inscribir una candidatura parlamentaria “por poder” *definitivamente* requiere que su título —compraventa y mandato— conste por escritura pública, de suerte que, si en efecto la venta y el poder son solemnes, entonces la compra y la inscripción de la candidatura serán válidas (las reglas —del artículo 1801 del Código Civil y del artículo 3º de la Ley 18.700, respectivamente— se cumplen). Y, a la inversa, si fuere el caso que la venta y el mandato no constan por escritura pública, entonces la regla no se cumple ([en teoría, al menos] la compra y la inscripción no serían válidas jurídicamente)⁽²⁾. Los principios, en cambio, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, de suerte que su cumplimiento o eficacia admite una gradación: los principios pueden aplicarse de manera más o menos intensa según sea la situación que efectivamente exija su aplicación, rehuyendo así la estricta posibilidad bivalente de cumplimiento que las reglas exhiben⁽³⁾.

Como observa Dworkin, se trata de una distinción que apunta a la orientación que unas y otros dan frente a algún caso en que de-

2. Este ejemplo aparentemente rebuscado se explica por una vergonzosa actuación de la clase política chilena. En agosto de 2001, numerosos candidatos a parlamentarios de un partido oficialista no cumplían con este requisito al inscribir sus candidaturas (faltaba la escritura pública). Como la regla era clara y no consultaba excepción alguna, la solución que se ideó fue, sin más, modificar la norma de la Ley de Votaciones (en un plazo récord para la tramitación legislativa) y, así, permitir que estos distinguidos políticos no quedaran fuera de las elecciones parlamentarias.

3. Al igual que los principios, las normas “dicen lo que debe ser” (mandan, prohíben o permiten, según fijan el artículo 1º del Código Civil chileno y el propio Alexy), pero al hacerlo, son capaces de considerar todas las posibles hipótesis a que ellas pueden dar lugar. Por ello, Dworkin señala que respecto del enunciado de una norma sería posible enumerar teóricamente todas sus posibles excepciones, en orden a satisfacer el carácter definitivo del mandato contenido en la regla (*ibid.*, p. 77).

ba resolverse respecto de una obligación jurídica: "las normas ['reglas', en Alexy] 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 [respecto de la obligación jurídica discutida]" (4). A su turno, los principios que integran el sistema jurídico cubren los hechos sobre los cuales se aplican diversa y gradualmente. Piénsese en el principio de la autonomía de la voluntad. Los civilistas no parecen discrepar en el hecho de que éste se observa en prácticamente todas las convenciones —y así es como debe ser, señalan, desde que se trata de un *principio* que informa todo el Derecho Privado— no obstante que la fuerza o grado en que se manifiesta en ellas pueda (y, por cierto, es) diverso. Así, podemos ver que no goza de la *misma* autonomía de voluntad quien negocia una compraventa de cosa mueble en una feria libre, en frente de aquel que celebra un contrato de adhesión con una empresa económicamente poderosa. En ambos casos, *hay* autonomía de la voluntad, dicen los civilistas, pero naturalmente que no en la misma intensidad, o sea, no hay el mismo grado de aplicación del principio según el cual las personas debemos gozar de la mayor libertad posible para celebrar contratos, sin que por ello tengamos que decir que el principio de la autonomía de la voluntad se cumple en un caso pero no en el otro; lo que ocurre es que el *peso* que éste tiene en cada caso es distinto. En ambas situaciones el principio *se cumple* (aplica), pero naturalmente que la intensidad de su aplicación difiere según cuál sea la hipótesis que demanda su aplicación. En consecuencia, y como puede verse, determinar si una norma jurídica corresponde a la estructura de una regla o, más bien, a la de un principio implica constatar una (primera) diferencia en cuanto a su *forma de aplicación*: las reglas se aplican binariamente —se cumplen o no— mientras que la aplicación de los principios es gradual, de manera que aquel consumidor desvalido que accede celebrar un contrato previamente elaborado por esa gran empresa, no obstante las pobres con-

4. *Idem*

diciones en las que llega al acuerdo de voluntades, igualmente goza de autonomía de la voluntad (y, por ello, el principio se cumple).

Desde luego, todavía es posible observar una segunda diferencia (y que importa definitivamente para este trabajo) entre las reglas y los principios jurídicos. Ella dice relación con el modo en que se solucionan las posibles contradicciones entre unos y otros. Si ambos, reglas y principios, son normas jurídicas, resulta natural que se presenten situaciones de antinomia, y en consecuencia, resulta asimismo obligatorio proveerse de mecanismos de solución a este problema.

De esta manera, cuando dos reglas entran en conflicto, indefectiblemente una de ellas desplazará a la otra. Su condición bivalente sólo permite que si una de ellas se cumple, la otra —que resulta ser contraria— sea eliminada. Dicho de otra manera, a menos que la regla tenga una excepción (en cuyo caso, simplemente no hay conflicto), habrá que determinar cuál de las dos normas contradictorias es jurídicamente válida. La pregunta que sigue, entonces, es: ¿cómo determinar cuál es *la* regla que vale? Para resolver esta cuestión, esto es, en orden a determinar cuál de las dos reglas contradictorias es jurídicamente válida y, en consecuencia desplaza a la otra del sistema, la teoría general del Derecho consulta distintos criterios de solución, siendo, en general, el criterio de temporalidad (según el cual la regla posterior deroga la regla anterior); el criterio de especialidad (que obliga a aplicar la regla particular antes que alguna de carácter más genérico), y finalmente, el criterio de jerarquía (en cuya virtud, será la regla jerárquicamente superior la que prevalecerá).

Ahora bien, cuando la contradicción (*colisión*) es entre principios jurídicos la forma de resolver ésta necesariamente resulta más compleja que la expuesta para las reglas. En efecto, si como sostiene Barros, los principios regulan las pautas de conducta de un modo más "elástico" que las demás normas (5), es claro que las colisiones que ellos presentan deben buscar una forma de solución que recoja

5. BARROS, Enrique, "Reglas y Principios en el Derecho", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 2, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1984, p. 270.

este carácter complejo o elástico. Las reglas mandan, prohíben o permiten *precisamente* algo; en los principios resulta normal que su actuación sea más imprecisa que la de las reglas, sin que por ello abandonen su carácter prescriptivo.

Dicho lo anterior, cabe revisar cómo es que se soluciona una colisión entre aquellas normas jurídicas que llamamos "principios". Si, como dijimos, los principios reconocen una aplicación gradual, parece posible entonces que en una situación de antinomia, dos principios "opuestos" puedan coexistir, no obstante su carácter contrario. En efecto, desde que los principios son normas que ordenan la realización de algo *en la mayor medida posible*, su verificación puede ser (y, en verdad, es) en grados distintos. Como dice Barros, "a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos 'mejor' y 'peor', mientras que a las reglas subyace una lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa 'sí/no'" (6). Por ello es que Alexy sostiene que frente a una colisión entre dos principios, uno de ellos *cede* en favor del otro (sin que ello implique que éste desaparezca, como ocurre con las reglas). Esta cuestión puede ser mejor comprendida siguiendo la idea dworkiniana del "peso relativo de los principios", esto es, aquella idea según la cual los principios tienen un peso o importancia que determina que, para el evento de alguna colisión entre ellos, uno de éstos será digno de mayor protección por tener precisamente mayor peso o importancia *relativa* que el otro.

Desde luego, la importancia o peso de cada principio —que determina nada menos que su mayor o menor aplicación a un caso particular— no tiene un carácter objetivo o cerrado (por ello su relatividad). Así, por ejemplo, hemos visto que la importancia (presencia) del principio de la autonomía de la voluntad es menor en unos contratos que en otros (valga insistir en que ello no implica que en un caso desaparezca y en el otro esté presente "en todo su esplendor"); la diferencia de importancia del principio está condicionada por las circunstancias que exigen su aplicación, de suerte que el "mandato de optimización" se verifica distintamente, según

6. Idem.

cuáles sean lo que Alexy llama "las condiciones fácticas y jurídicas" del caso que demanda la aplicación de la norma. Este carácter abierto que exhibe la aplicación de los principios, y que permea la eventualidad de que dos de ellos, otorgando respuestas en sentido contrario frente a algún caso, sigan siendo *válidos* conforme a Derecho, da origen al criterio de armonización que el autor germano denomina "relación de precedencia condicionada". Según esta tesis, el mayor peso que un principio tiene en un caso (su *precedencia*) está directamente condicionado por las circunstancias que reclaman su intervención, de tal manera que es perfectamente posible que en un caso (o sea, *bajo unas determinadas condiciones*) un principio preceda, en su aplicación, a otro; y que, dadas unas otras condiciones, sea este último el que se aplique, precediendo al primero.

Con lo anterior, cobra especial relevancia la primera diferencia descrita entre ambos tipos de normas: frente a las reglas, sabemos de antemano cuál de ellas será *desplazada* por la otra, y sabemos ello porque, como su mandato es definitivo, y en consecuencia no pueden coexistir dos reglas que dispongan cuestiones opuestas (a menos que una de ellas sea excepción de la otra), echaremos mano a alguno de los criterios ideados por la ciencia jurídica para resolver el problema. Así, entonces, primará la regla más especial, o la posterior, o bien, la que tenga mayor jerarquía.

En cambio, la relación de prioridad entre dos principios no puede ser establecida de antemano, como un mandato definitivo. A su respecto, sólo es posible, piensa Alexy, fijar un "procedimiento de ponderación racional", que se limite a proporcionar la forma con arreglo a la cual será posible decidir entre una u otra orientación, frente a un caso determinado (7).

7. Revisando la controvertida teoría de Dworkin sobre "la respuesta correcta", Alexy señala que ella es acertada sí y sólo si es posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, o sea, sólo en el evento que se pudiese concebir "una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, [una teoría que] determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos". El autor en comento, con todo, descrea de dicha posibilidad, por lo que postula una teoría "débil" de los principios. Vid. ALEXY, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 9-22.

En síntesis, la diferencia cualitativa que se observa entre los principios y las reglas —ambos, especies dentro del género “normas jurídicas”— se evidencia con ocasión de los criterios de solución que unos y otras contemplan para situaciones de colisión o conflicto, respectivamente. Las reglas, dada su aplicación binaria, no pueden permanecer en tensión: si hay conflicto, una de ellas debe desaparecer del sistema. Los principios, fieles a su aplicación gradual y “de peso”, entran en tensión, y en tal caso uno de ellos prevalecerá por sobre el otro, según las condiciones o circunstancias fácticas y jurídicas, desplazando (pero no haciendo desaparecer, como espero haber mostrado) a aquél que denota una menor importancia (8).

8. Una cuestión distinta (mas no distante) que a esta altura cabe nada más presentar, es el eventual conflicto entre principios jurídicos y reglas jurídicas. Hasta ahora, sólo me he referido a las posibilidades de choque entre normas de igual naturaleza (sean éstas reglas o bien sean principios). Sin embargo, es perfectamente posible que un principio y una regla, o sea, que los dos tipos de normas que hemos distinguido, estén en (aparente) contradicción. Pues bien, desde que los principios cobijan normas que han de observarse por exigencias de moralidad o justicia —lo que permea precisamente su vaguedad y carencia de contenido estricto—, y las reglas, en cambio, se limitan a (o, al menos, intentan) especificar todas las hipótesis que pueden caer bajo ella, resulta claro que el *contenido* de cada una de estas normas es distinto. Digamos que a los principios les otorgamos una prevalencia (frente a las reglas) porque ellos se sostienen *directamente* en razones fuertes; se sostienen efectivamente en consideraciones de moral o de equidad, según señala Dworkin, mientras que las reglas requieren fundar su validez conforme a criterios que no tienen relación *directa* con los parámetros expuestos para los principios (moralidad, equidad, justicia, etc.). Si prescindiéramos de los límites de contenido que las reglas —como toda otra norma jurídica— deben respetar, podríamos decir que ellas valen porque han sido originadas observando los procedimientos que el ordenamiento contempla para su creación y porque emanan de alguna autoridad investida regularmente de potestad normativa, pero no es el caso que ellas mismas *per se* sean capaces de justificar su validez, al modo en que los principios pueden. Podría decirse que a éstos les basta con mirar hacia su interior para sostenerse, mientras que ellas —las reglas— han de “mirar hacia fuera” para poder estar de pie. De esta forma, es posible percatar que la respuesta que debe darse frente a una contradicción de normas de naturaleza distinta necesariamente obliga a darle prioridad a un principio por sobre una regla.

Dos ejemplos pueden servir para ilustrar lo que acabo de sostener: el

Reglas, principios y derechos fundamentales

En el apartado anterior hemos visto que las normas jurídicas pueden ser caracterizadas, según su estructura, como reglas o bien como principios. He insistido en que, no obstante ambos tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados

primero de ellos, lo ofrece uno de los fallos más destacables que ha pronunciado el Tribunal Constitucional chileno, con ocasión del proyecto de ley orgánica sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, elaborado en 1985. En dicho pronunciamiento se dice que la norma según la cual el Tricel debe constituirse sesenta días antes de la convocatoria de la primera elección parlamentaria se aparta de la Constitución, ya que se trata de una regla que contraría “la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones [las que] demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima”. Nótese que la justicia constitucional falla en contra de una regla clara y expresa —que disponía una fecha determinada para la constitución del Tricel—, pero que naturalmente reñía con los principios que en materia electoral reconocía el articulado permanente de la Constitución, lo cual autorizaba, pensó el TC, para desatender el tenor literal de la norma y declararla, consecuentemente, inconstitucional.

El segundo caso es más reciente, por lo que (asumo) requiere menos explicación: se trata del sobreseimiento decretado en favor de Pinochet. Como se sabe, entre los argumentos acogidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, el más polémico —revocado posteriormente por la Corte Suprema— es aquel que recogía la aplicación del artículo 10 del Código Procesal Penal, el cual establece la llamada “cautela de garantías”. La polémica se centra en el hecho de que, según lo establece la Constitución (disposición trigésima sexta transitoria), el nuevo sistema procesal criminal debe comenzar a regir en la Región Metropolitana recién en 2004, por lo cual, arguyen los querellantes, la Corte ha dictado un fallo inconstitucional, desde que inobserva una regla clara y precisa contenida en la Carta Fundamental. No obstante ello, la argumentación de la Corte de Apelaciones parece técnicamente correcta: no era el artículo 10 del NCPP lo que se estaba aplicando, sino más bien, los principios de debido proceso que en él se recogen (la cautela de los derechos y garantías fundamentales del imputado durante la tramitación del proceso criminal), los que, precisamente por su cualidad especial de *principios*, deben ser aplicados aun en contra de una norma (nada menos que de rango constitucional, pero regla estructuralmente) que prescriba algo diverso. La salida de la Suprema pareció, más bien, una solución salomónica: dar la razón a los querellantes (el artículo 10 del NCPP no está aún vigente en Santiago,

prescriptivos, que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre cada una de estas clases de normas jurídicas. Siguiendo la tipología de Alexy, he dicho que la aplicación (y solución de antinomia) de las reglas es más simple que la de los principios, ya que aquéllas no presentan el carácter abierto de éstos, por lo que sus hipótesis fácticas de aplicación pueden, en general, preverse (aunque Dworkin dirá que *todas* pueden preverse). En el caso de los principios, en cambio, lo anterior no es posible: se trata de “mandatos de optimización” que no pueden pretender que los posibles casos de aplicación sean concebidos *a priori*.

Pues bien, lo que busco es determinar acaso puede hablarse de una jerarquización de los derechos fundamentales cuando nos enfrentamos con situaciones en que naturalmente se produce una tensión entre ellos, v. gr., la honra frente a la libertad de expresión, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación y el derecho de propiedad, la libertad de conciencia y el derecho a la vida, el derecho a un debido proceso y el derecho de persecución criminal, entre otros. Para esto, entonces, corresponde ver a qué categoría de las normas jurídicas que hemos presentado corresponden los derechos constitucionales (ya que son ellas mismas las que nos proveerán de alternativas distintas para solucionar el problema).

A estas alturas, no debiera ser extraña la respuesta a lo anterior. ¿Cuál es la estructura de las normas de derechos fundamentales? ¿Se trata de reglas o de principios jurídicos?

En general, las normas que contienen derechos fundamentales

por lo que no se aplica la “cautela de garantías”) y darla, al mismo tiempo, al querellado (sobresimiento definitivo por razones de salud mental).

Pues bien, en ambos casos se ve cómo es que en el evento de un conflicto entre una regla jurídica y un principio, e independientemente del rango normativo que tengan, necesariamente debemos orientar la solución hacia el principio, pues esta clase de norma está provista de razones de justicia y equidad más sólidas que las que una regla puede aducir para sostener su fuerza normativa. Se trataba, como vimos en los ejemplos, de dos claras reglas en pugna con dos principios: la transparencia de un proceso electoral (digamos, un principio de legitimidad democrática) y el derecho a la defensa en juicio (o debido proceso), respectivamente.

lo que hacen es otorgar una facultad al sujeto que las esgrime —de allí que una de sus denominaciones sea la de “derechos *subjetivos* públicos”—. O sea, según la definición del Código Civil chileno, serían normas que esencialmente *permiten* a los sujetos reclamar alguna cosa⁽⁹⁾. En esto no hay ninguna diferencia —y por ello la definición del Código es plenamente aplicable— con las normas que no se refieren a derechos constitucionales, por ejemplo, el derecho que tiene el vendedor de obtener el precio de la cosa vendida, según lo dispone el artículo 1871 del Código Civil —el que lo establece como obligación correlativa del comprador⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾.

9. Digo “reclamar alguna cosa” de manera muy lata, pues lo que me interesa enfatizar es el carácter de “derechos”, más que analizar —no obstante la tentación— cuestiones relativas a su *justiciabilidad*, es decir, preguntarse si los derechos fundamentales obligan tanto a particulares como al Estado, y si acaso todos ellos pueden ser exigidos de la misma forma y con la misma intensidad.

10. Por supuesto que si alguien tiene derecho a algo, entonces hay algún otro que tiene prohibido hacer cualquier cosa que implique afectar el goce de ese derecho, y por lo mismo, tiene también el deber de respetar el derecho de esa persona. Perfectamente es posible adaptar la definición que vengo utilizando, según sea el ángulo desde el cual se mire el contenido prescriptivo de la norma (lo que se hace patente cuando estamos en presencia de un derecho personal y su obligación correlativa).

11. No me estoy refiriendo a lo que en la práctica jurisprudencial chilena se suele llamar “propiedad sobre el crédito”, de suerte que algún interlocutor pudiera decirme que todavía es posible caracterizar el derecho que el art. 1871 y ss. le entrega al vendedor como el derecho fundamental de propiedad, y que en consecuencia, no sería ya un simple derecho subjetivo *privado*, sino en rigor (o además), sería público. Por una parte, no estoy revisando el contenido interno del derecho en cuestión, sino la estructura de la norma que lo contiene; y, por el otro, existen buenas razones técnicas para negar el carácter de “fundamental” al derecho que el vendedor tiene para exigir al comprador el cumplimiento de la prestación. (Sobre esto último, *vid.* JANA, Andrés y MARIN, Juan Carlos, *Recursos de Protección y Contratos*, Ed Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 27-58.

Ahora bien, para determinar correctamente si las normas de derechos fundamentales pertenecen a la categoría de las reglas o, más bien, a la de los principios jurídicos, parece conveniente revisar cuál es el objeto de regulación de ellas. Efectivamente, aquí es posible apreciar una diferencia entre estas normas y otras, que se refieren a otro tipo de derechos, digamos "subjetivos privados", ya que, según hemos visto, la forma de aplicación de unas y otras es diversa.

Suele decirse que los preceptos que contienen derechos humanos no son sino manifestaciones normativas de ciertos "valores" o "principios" del orden social que un Estado se da, y que, entiende, son anteriores a él. Así lo ha dicho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español —exhibiendo una nutrida jurisprudencia en esta materia— al intentar definir el concepto de "derechos fundamentales". El TC hispano los ha conceptualizado de la siguiente forma: "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran (...) expresión jurídica del sistema de valores" (STC 53/1985); o bien, como los "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de una comunidad nacional" (STC de 14.07.81); o finalmente, como "valores superiores, [que] responden a un sistema de valores y principios de alcance universal" (STC de 15.06.81).

Pues bien, aun cuando en la doctrina constitucional española no hay consenso para el empleo de los términos "valores" y "principios" al momento de referirse a los derechos fundamentales ⁽¹²⁾,

12. Algunos autores, como Vilas Nogueira, sostienen que es muy difícil que los "valores superiores" de una comunidad puedan ser objeto de positivización jurídica, toda vez que con ello perderían su carácter de "valores", pasando a ser meros preceptos jurídicos. De esta manera, señalan, no cabría más que "aceptar la homologación de los 'valores superiores del ordenamiento' con los 'principios de Derecho Constitucional'", dándole así un carácter *pre-constitucional* a los valores, entendidos como supuestos anteriores al ordenamiento jurídico. (VILAS, J., "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, N° 12, 1984, p. 97, citado por BONACHELA, M. y ORZA, R., "Los derechos fundamentales como

pareciera que con estas definiciones jurisdiccionales la cuestión planteada puede ir esclareciéndose (si es que aún permanece a oscuras).

Si los derechos subjetivos públicos tienen por objeto positivizar valores comunes y esenciales a toda la comunidad, y siendo los valores categorías axiológicas comprendidas como directrices hacia donde el orden social debe tender para su mayor concreción, parece claro que la estructura de las normas que los contienen (a los derechos subjetivos y públicos) no puede sino ser la de un principio jurídico, según los hemos caracterizado, esto es, como mandatos de optimización que demandan una aplicación gradual y abierta. Los principios nos orientan, encaminan en un u otro sentido una determinada respuesta jurídica a algún problema, nos dan el arranque para intentar alcanzar soluciones de justicia para algún caso, todo lo cual escapa a la acción normativa de las reglas.

Tomemos como ejemplo el derecho fundamental a la vida, contenido en el N° 1 del catálogo de derechos constitucionales de la Carta chilena. Cuando nuestra Constitución asegura a todas las personas "el derecho a la vida e integridad física y psíquica", ¿qué está haciendo? ¿Está la Constitución regulando los casos en que se afecta el derecho a la vida y señalando cuándo no es posible alegar tal afectación? Lo mismo cabe preguntarse respecto de la "libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa", y así con cualquiera de los numerales del artículo 19 del mal llamado "Código Político". En todos estos casos, la regulación normativa no admite aplicaciones a la manera de las reglas jurídicas, o sea, de modo bina-

'expresión jurídica de un sistema de valores' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, Vol. III, 1988, p. 2139). Alexy también analiza las intrincadas y diversas vinculaciones que es posible trazar entre los principios y valores concluyendo —luego de un complejo análisis— que ellos "se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente", reconociendo que en muchas ocasiones —y tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional alemán— es posible referirse a las "normas iusfundamentales" tanto de un modo como del otro (ALEXY, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 143).

rio, ya que es natural que estas normas no puedan contemplar detalladamente (todas) las situaciones en que los derechos se cumplen y (todas) aquellas en que se inobservan éstos. Si así fuera, entonces el N° 1 del art. 19, por sí mismo, sería capaz de dar respuesta a la pregunta acaso en Chile es lícito o no, desde el punto de vista constitucional, la comercialización de la denominada “píldora del día después”, y es evidente —pues basta con leer el precepto— que la Constitución, por sí sola, no hace eso (aunque, claro, muchos quisieran que así fuere). Por ello, cuando nos enfrentamos a una norma de derecho fundamental —como la que establece el derecho a la vida—, al no poder augurar con plena certidumbre los casos de cumplimiento y los de inobservancia de ella, estamos justamente en presencia de un “principio jurídico”, y no frente a una regla.

Lo anterior parece ser concordante con las categorizaciones que el TC español hace de los derechos fundamentales: es claro que la vida, la libre expresión de las ideas y cultos, y en general, la dignidad y autonomía de las personas, *son* valores que las comunidades (digamos *políticas*, para usar un término contractualista) se dan a sí mismas como merecedoras de reconocimiento y protección jurídica; y que, en igual sentido, se trata de normas que muestran una clara aplicación gradual, de donde se sigue que la manera de resolver una situación de antinomia pasa necesariamente por reconocer en estas normas de derechos humanos, manifestaciones de principios (en sentido amplio) que tienen un cierto “peso moral”, y que, consecuentemente, obligan al intérprete a adoptar, como mecanismo de solución de la controversia, aquél que la doctrina que hasta ahora nos ha guiado entiende que les es propio.

Pues bien, si las normas sobre derechos fundamentales son (estructuralmente) *principios jurídicos*, esto quiere decir que, para el evento de una tensión entre ellos, lo que corresponde es ver cuál de los derechos exhibe un mayor peso relativo en frente del otro, y naturalmente, para la situación en particular en que se presenta la colisión de derechos (“ley de precedencia *condicionada*”, *vid.* pág. 59). Esto es, para el caso (real, por cierto) de una colisión entre el derecho a la libre expresión de las ideas, por una parte, y el derecho a la honra, por otra, dado el carácter de principios que tienen estas dos normas (que consagran la libertad de expresión y la protección

a la honra), no es posible, desde un punto de vista técnico, dar una respuesta *a priori* y de manera definitiva respecto de cuál de ellas ha de primar. Lo que, en cambio, sí podemos hacer es determinar (para el caso específico) cuál de estos derechos tiene menor relevancia y, en consecuencia, debe ceder para dar mayor espacio al otro, sin que ello implique, como hemos dicho, que uno exista y el otro simplemente desaparezca (como ocurre con las reglas jurídicas). Así, y continuando con el ejemplo, habrá que atender a circunstancias tales como: quién es el sujeto cuya honra dice ser afectada (ya que no es lo mismo si se trata de un personaje público que si es un simple ciudadano); quién es el sindicado como agresor de la honra de esta persona (se trata de un medio de comunicación social o un particular); qué relevancia tiene para el debate público la información, y así, entre otras variables.

Derechos fundamentales como principios y calidad de la respuesta judicial

¿Significa lo anterior —concebir las normas sobre derechos fundamentales como principios— entregar la solución de importantes conflictos jurídicos a la mera discreción judicial? ¿Existen medios que permitan optimizar anticipadamente la calidad de la respuesta, frente a la irritante incertidumbre que puede provocar el ignorar la futura sentencia del juez? Si la certeza jurídica se considera relevante para la estabilidad e integridad del sistema legal, entonces estas interrogantes parecen importantes de ser atendidas ⁽¹³⁾

Dos tipos de respuestas es posible dar. La primera, de carácter técnico —y proveída por el propio Alexy—, se sostiene en la deno-

13. Si eventualmente el lector (o lectora) estima que con lo expuesto hasta aquí no se vislumbra, en verdad, un problema de *decisionismo* judicial, puede sortear este apartado y avanzar a la cuarta parte del trabajo, en la que analizo la situación chilena.

minada “máxima de proporcionalidad”, máxima —no principio—⁽¹⁴⁾ elaborada por el Tribunal Constitucional Federal que evidencia en forma nítida cómo es que las posibilidades fácticas y jurídicas determinan el cumplimiento —que, sabemos, es gradual— de los principios que contienen derechos fundamentales. Señala nuestro autor que la teoría de los principios permite construir un “procedimiento de ponderación racionalmente estructurado” capaz de hacer frente a la crítica de algunos que piensan que el criterio de ponderación o balanceo —que también sabemos, es la forma de solucionar la antinomia de esta clase de normas— “no es más que camuflaje a meras decisiones o intuiciones”⁽¹⁵⁾.

La máxima o regla de proporcionalidad se traduce en tres subreglas, las que permiten auscultar la constitucionalidad de decisiones legislativas (en tanto se trata de una formulación del órgano encargado de velar por la observancia de las leyes a la Constitución) como de otro tipo de decisiones jurídicas sometidas a la justicia constitucional. La primera de ellas, la “regla de adecuación”, establece que una norma es inconstitucional si, vulnerando en cualquier grado algún derecho, no promueve ningún otro. La norma es claramente inconstitucional y existe la posibilidad fáctica de cumplir con el mandato de optimización que impone el o los principios afectados decla-

14. Se trata de una máxima y no de un principio toda vez que las tres reglas que se derivan de la máxima de proporcionalidad —adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— “no son ponderadas frente a algo diferente”, como ocurre, según se ha explicado, con los principios jurídicos. En palabras del autor: “[n]o es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas [jurídicas]”. ALEXY, *op. cit.*, p. 112, nota 84. Ahora bien, no obstante este teorema es una descripción de lo que el Tribunal Federal hace como órgano de control de constitucionalidad de las leyes, es perfectamente posible, según espero mostrar, aplicar su lógica, *mutatis mutandi*, a las situaciones de colisión entre derechos fundamentales, o sea, a (lo que podríamos llamar) la otra cara de la justicia constitucional.

15. ALEXY, R., “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 45-46.

rándola inválida. No es éste un caso que ejemplifique, como puede observarse, la situación objeto del presente trabajo: hay sólo un principio (derecho fundamental) involucrado.

En seguida, la “regla de necesidad” —segunda subregla de la máxima de proporcionalidad— permite declarar la inconstitucionalidad de una norma toda vez que, protegiendo un determinado derecho (esto es, cumpliendo con el principio P_1), la norma lesiona otro derecho constitucional (P_2), y existe otra norma (o medio) que, promoviendo la realización del primer derecho (P_1), no lesiona —o lo hace, pero en menor intensidad— el segundo derecho individual (P_2). Aquí sí se trata de la situación que hemos estado presentando en las páginas anteriores. La primera norma sería inconstitucional por *innecesaria*, ya que —al igual que en el caso precedente— la aplicación del óptimo de Pareto impone el deber de preferir la segunda norma o medio, que es más benigno al segundo derecho (validando la primera norma, se favorece un principio — P_1 — pero se empeora la situación del segundo — P_2 —, cuestión que no ocurre con la segunda norma o medio empleado: se promueve la aplicación de P_1 y se promueve, a su vez, hasta donde es posible —hasta su óptimo— el principio P_2).

En el primer caso, la norma era inconstitucional por inadecuada, ya que no protegía ningún derecho y sí, en cambio, afectaba otro. Ahora, la norma es inconstitucional por innecesaria, porque es posible cumplir fácticamente de mejor manera los (dos) mandatos de optimización que apuntan en direcciones opuestas — P_1 y P_2 — con el segundo medio, que promueve la realización de un principio sin afectar el otro (o afectándolo, pero en menor magnitud).

Finalmente, la “regla de proporcionalidad en sentido estricto” sitúa la cuestión ya no en el plano de las posibilidades fácticas de cumplimiento de los mandatos, sino a nivel de las posibilidades jurídicas. Tratándose de una norma (o medio) adecuada y necesaria, aún es posible pronunciarse en contra de su juridicidad si es que los principios involucrados no se encuentran en el mejor o más óptimo equilibrio, esto es, no han sido correctamente ponderados. Se trata, ahora, de las posibilidades jurídicas de cumplir con los principios comprometidos en la colisión pues el elemento que determine la respuesta judicial será la “intensidad de la interferencia” que se produz-

ca en un derecho (principio) al cumplir el otro derecho (principio), de manera que “[c]uanto más *intensa* sea la interferencia en un principio, más *importante* tiene que ser la realización del otro” (16).

La frase de Alexy es explícita: el ejercicio de balanceo o ponderación consiste, final y efectivamente, en posar los derechos fundamentales sobre la balanza de la justicia, y aceptar que su inevitable inclinación (en una u otra dirección, según sea el caso) no es sino resultado de la mejor medición que el juez ha logrado hacer, considerando el nivel de injerencia en un derecho *en proporción* al mérito (o importancia) que el otro ostenta.

De esta manera, el juez constitucional —encausado, desde luego, por quienes litiguen frente a él— podrá echar mano a la máxima de proporcionalidad para la solución del caso, reduciendo el espacio *decisionista* que pudiera increpársele.

Esta es la primera respuesta que es posible formular frente a la nefasta preocupación que el sometimiento de casos difíciles a los tribunales de justicia suele constatar (la he llamado respuesta *técnica*). Ahora bien, en complemento con ella, todavía es posible argumentar en contra de la objeción citada, recurriendo a una respuesta más política que la anterior (aunque no por ello, carente de relevancia técnica). Se trata de la virtud que el foro judicial presenta para la discusión de lo que Dworkin ha denominado la “lectura moral de la Constitución” (17).

La lectura moral de la Constitución no (sólo) es, como podría pensarse, una tesis normativa de lo que abogados y jueces deben hacer cuando aplican la Constitución, sino, todo lo contrario, se trata

16. *Ibid.*, p. 47 (la cursiva es mía). Las posibilidades jurídicas consisten, pues, en los propios principios que se encuentran en tensión: la realización del principio P_1 —que ha pasado los tests de adecuación y necesidad— estará condicionada por la fuerza que el principio P_2 tenga en el caso, y sólo en esta tercera grada será estrictamente necesario realizar la ponderación de bienes (de allí el nombre de esta máxima parcial: proporcionalidad *en sentido estricto*).

17. DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

de una descripción de lo que cotidianamente unos y otros hacen cuando aplican los preceptos constitucionales que contienen derechos. Dworkin sostiene que la manera correcta de entender las cláusulas que contienen derechos fundamentales —como la libertad, la igualdad o la dignidad— es conforme al lenguaje natural en que ellas están formuladas, esto es, “un lenguaje moral sumamente abstracto” (18). En este sentido, explica, cuando las cortes deben resolver un caso que involucra principios constitucionales —como, por ejemplo, cuestiones vinculadas al aborto, la eutanasia o la llamada “discriminación positiva”— lo que en verdad hacen es intentar responder preguntas sobre moralidad (¿es *moralmente* correcto prohibir que las mujeres aborten? ¿pueden las personas optar por no prolongar sus vidas, en caso de padecer alguna enfermedad grave?, las acciones afirmativas en favor de colectivos vulnerables ¿transgreden o no cuestiones morales, como es, por ejemplo, la idea de igualdad entre las personas?).

Pues bien, desde que la lectura de las normas que contienen derechos fundamentales implica necesariamente un análisis *moral* de la Constitución, la objeción que suele presentarse al hecho de que los jueces decidan lo que finalmente es Derecho, radica en la circunstancia de ser éstos una especie de élite legal que, en la soledad de sus despachos, resuelven sobre materias de suma relevancia social, alejados, justamente, del sentir de la comunidad (19). Frente a esta crítica, se postula la necesidad de que la discusión de dichas cuestiones queden radicadas en el foro legislativo, ya que es él donde se encuentran genuinamente representadas las fuerzas políticas involucradas (o potencialmente involucradas) en el debate.

Dworkin responde a lo anterior señalando que el foro judicial se presenta como un mejor lugar para someter a prueba los asuntos

18. *Ibid.*, p. 7.

19. La denominada “objeción democrática” o “dificultad contramayoritaria” a la revisión judicial de las leyes ha sido estudiada y debatida latamente en el Derecho comparado. No pretendo aquí revisar los argumentos que en su favor y en su contra se han elaborado. Con todo, una muy interesante revisión de esta materia puede encontrarse en GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, y FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, con amplia bibliografía citada.

que involucran principios, desde que éstos no pueden quedar condicionados “al peso de los números o la influencia política” que suelen gobernar la discusión legislativa. En palabras suyas, “el proceso [de discusión parlamentaria] está dominado por alianzas políticas formadas alrededor de un asunto en particular que utilizan tácticas de presión hacia los legisladores para que voten de acuerdo con sus intereses”⁽²⁰⁾, lo cual no ocurre, piensa el autor, cuando ese mismo asunto (constitucional) es debatido en el seno de una corte de justicia. Aquí, el peso de los números o la influencia política (al menos en teoría) no cuentan. Sí cuentan, en cambio, los argumentos que apelan a aquellos principios morales contenidos en los catálogos de derechos constitucionales, todo lo cual incrementa, a su juicio, la calidad de la solución al problema que debe resolverse. Y el lugar natural para la discusión sobre dichas cuestiones no es sino el foro judicial.

Conjugando lo que hemos visto como respuestas frente a la objeción sobre la incertidumbre jurídica planteada hace algunas páginas, podemos agregar, como mérito del foro judicial, el que éste parece ser un escenario favorable al cumplimiento de ciertas reglas del discurso que supone la discusión sobre derechos fundamentales. Así, los denominados “principios formativos del procedimiento” o, en general, las normas sobre debido proceso permiten efectivamente que la respuesta judicial (expresada en la sentencia) sea producto de una deliberación en la cual todas las partes involucradas han podido argumentar (contradictoriamente), apelando a “razones públicas” (las reglas y principios jurídicos), y no meros intereses agregados, en un marco de igualdad (provisto por el propio procedimiento).⁽²¹⁾

Por cierto que lo anterior no excluye por sí solo la eventualidad de que un juez actúe discrecionalmente. Pero dicha posibilidad no es diversa a la eventualidad de que cualquier funcionario público se extralimite de sus facultades y actúe de manera ilegítima, lesionando

20. DWORKIN, *op. cit.*, p. 344 (la traducción es mía).

21. Análisis la vigencia de la razón pública en la práctica constitucional en CONTESSE, Jorge. “Liberalismo político y posibilidades de la razón pública en Chile”, en *Revista de Ciencias Sociales (homenaje a John Rawls)* Universidad de Valparaíso, N° 47, Valparaíso, 2002, en prensa.

los derechos de una persona, por lo que irse en contra de la interpretación judicial que aquí se ha propuesto basándose en este último problema nos llevaría a un ataque general en contra de todas las instituciones y personas que, por cualquier razón, pudiesen actuar antijurídicamente.

Hemos establecido que los derechos fundamentales como normas jurídicas responden esencialmente al carácter de “principios”, y que, consecuentemente, la forma de resolver las tensiones entre ellos ha de tomar el camino de especificar los pesos relativos de cada uno de estos derechos, para cada una de las situaciones de antinomia en particular, rechazando toda forma de criterio jerárquico “apriorístico”. Como lo anterior supone, inevitablemente, recurrir a cuestiones morales al momento de interpretar dichas normas, hemos visto, desde un punto de vista técnico y político, la forma en que la discreción judicial —entendida como la eventualidad de que el juez constitucional falle puramente con arreglo a sus convicciones propias— puede limitarse. Corresponde, ahora entonces, examinar cuál ha sido el comportamiento que la práctica constitucional chilena ha mostrado en esta materia.

Revisión crítica del tratamiento constitucional chileno: la tiranía del pasado

No obstante lo ambicioso del epígrafe que encabeza esta parte, sólo pretendo dar una mirada a la doctrina y a alguna jurisprudencia constitucional que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa. Según espero mostrar, la dogmática tradicional⁽²²⁾ se ha limitado en nuestro país a realizar un examen más bien

22. Entiendo por “dogmática constitucional tradicional” los textos que históricamente han dominado las discusiones y cuestiones sobre teoría constitucional (aunque el rigor me obligaría a hablar de “Derecho” constitucional más que de “teoría”). Aquí están CEA, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999; EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1999; SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1997, y VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1999.

exegético de la denominada "historia fidedigna del establecimiento de la ley" (léase Constitución), haciendo de la tarea de interpretación constitucional una pobre analogía de la hermenéutica civil, pasando por alto muchas veces las relevantes diferencias entre un tipo de labor interpretativa y el otro. Esto ha provocado un "efecto esterilizante" en la tarea de la justicia constitucional, tornándola insensible a las importantes cuestiones hasta ahora analizadas y que ha encausado insólitos pronunciamientos.

Parece, entonces, conveniente que nos detengamos en la doctrina y, en seguida, veamos algunos fallos relevantes que muestran una constante en las sentencias de los órganos que interpretan la Carta Fundamental, a saber, la remisión (o, en verdad, la deferencia) hacia los autores citados.

Así, en primer término, Evans —quien fuera miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución— señala que, entre las características de los derechos constitucionales, destaca el deber que tienen las personas de no "servirse de ese cuadro ético y jurídico [los derechos humanos], fruto de tan largos y difíciles esfuerzos de la humanidad, para conculcar con ellos los derechos y libertades de otros hombres", ofreciendo el ejemplo "esclarecedor" del uso de la libertad de expresión, "especialmente a través de los medios masivos de comunicación social [como instrumento para] injuriar, calumniar o difamar" (23). Esta afirmación sugiere la idea de que los derechos constitucionales pueden eventualmente prestarse para el abuso y, en consecuencia, para la violación de otros derechos o garantías. Sin embargo, Evans nada dice sobre la forma en que una situación de conflicto debiera ser resuelta, sino más bien parece señalar que, según su ejemplo, la (protección a la) honra de las personas necesariamente se yergue como un derecho fundamental que se ejerce *correctamente* —esto es, para el "desarrollo personal [del individuo] y para el progreso social"— frente a la libertad de expresión cuando se injuria, calumnia o difama a alguien. De manera que si ello es así, no correspondería hablar de *ejercicio* de la libertad de expresión, ya que ella no está siendo ejercida de acuerdo a los fines para los cuales

23. EVANS, *op. cit.*, p. 22.

los derechos constitucionales han sido consagrados (desarrollo personal y progreso social). En una palabra, sencillamente no alcanza a haber conflicto, porque no hay dos derechos fundamentales en juego; el abuso de uno implicaría que ese derecho mal ejercido debe ser desplazado de la situación en que se trata de determinar la solución al problema (que Evans no aborda).

Por su parte, el también comisionado y profesor de Derecho Constitucional Alejandro Silva, sostiene que "no resultará siempre acertado acudir" a las reglas de interpretación legal contenidas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil (arts 19 a 24), aun cuando pueda recurrirse a ellas si es que son compatibles con el resultado de la interpretación, "tomando en cuenta las consecuencias que afectan a toda la comunidad" (24). Ahora bien, con respecto a los criterios propios de interpretación constitucional, lo expuesto por Silva parece ser insuficiente para responder a la pregunta que nos hemos planteado. Dice el autor en comentario que "el primer criterio exegético pertinente a una norma constitucional es, sin duda, el que deriva de las *reglas gramaticales* a la luz de las palabras empleadas, de los giros verbales, de la sintaxis que coordina el sentido (25), considerando además el *contexto* y la *sistemática* del cuerpo normativo. Lo anterior puede, en mi opinión, aceptarse parcialmente, ya que implica desconocer todo lo que hemos expuesto (siguiendo a Dworkin y Alexy) sobre la especial estructura que las normas sobre derechos fundamentales tienen. En efecto, Silva no distingue si su planteamiento es aplicable exclusivamente a las normas orgánicas que la Constitución contempla o si, además, se aplica al contenido dogmático de ella, de modo que cabe suponer que su tesis de hermenéutica rige tanto para el uno como para el otro, por lo que la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales habría de hacerse también según este primer criterio.

En seguida, sostiene el tratadista: "[c]uando la expresión literal, afirmada en el contexto de una visión al mismo tiempo dogmática y

24. SILVA, *op. cit.*, p. 155.

25. *Idem.*

sistemática, se muestre aun insuficiente para concluir con evidencia la sustancia imperativa, podrá recurrirse a los antecedentes proporcionados por la *historia fidedigna del establecimiento de la regla en examen*" (26), previniendo que no podría, con todo, dársele valor interpretativo a la opinión de algún comisionado si ésta no fue posteriormente respaldada por la Comisión redactora mediante "el consenso consiguiente expresado de modo explícito" (aunque en tal caso, ya no sería *historia* del establecimiento sino una norma establecida). Una vez más se nos dice que, si por alguna razón no logramos determinar el sentido de la norma constitucional, la opinión de quienes produjeron el texto podrá ayudarnos en nuestra tarea.

En esta misma línea de pensamiento, que le atribuye una importancia gravitante a lo acaecido al interior de la Comisión Constituyente, se sitúan Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Al estudiar el Capítulo III de nuestra Carta Fundamental —que es donde se sitúa el catálogo de derechos y garantías—, dichos profesores examinan algunas clasificaciones que otros autores han formulado respecto de los derechos constitucionales, señalando que en esta materia "hubo consenso en la Comisión de que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, *por orden jerárquico*, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades" (27), lo que, en su concepto, justifica que se estudie metodológicamente a los derechos fundamentales del artículo 19 siguiendo ese orden (jerárquico). Revisando más adelante el derecho a emitir libremente opiniones, se dice que éste es "uno de los principales o de máxima jerarquía", (28), poniendo de manifiesto nuevamente la idea de que entre los derechos constitucionales existe un orden de prevalencia al modo de las reglas, sin advertir las diferencias entre éstas y los principios jurídicos.

26. *Ibid.*, pp. 155-156.

27. VERDUGO *et al.*, *op. cit.*, p. 197. La cursiva es mía.

28. *Ibid.*, p. 267.

Ahora bien, de todos los autores nacionales que hemos revisado es el profesor Cea quien, sin duda, ha abordado este tema de manera más frontal, aunque de un modo que parece sorprendente. Resulta útil detenerse en sus planteos, además, porque existen fallos de los tribunales que han recogido explícitamente su tesis según la cual hay una jerarquía entre los derechos fundamentales consagrados en la Carta. En palabras de este distinguido constitucionalista, "tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal" (29). Agrega que, en general, la colisión entre derechos "es sólo aparente", de suerte que el orden de preponderancia entre éstos es un imperativo que debe observarse cuando no ha sido posible por el intérprete conjugar tales derechos en (aparente) conflicto. Asombra, en primer término, la aversión que Cea parece mostrar hacia una situación tan común como necesaria para el desarrollo de la práctica constitucional, cual es la natural colisión en la que pueden entrar los derechos fundamentales. Común, porque es un hecho cotidiano que el ejercicio de ellos muchas veces influye en el legítimo ejercicio de algún otro; y necesaria (para la práctica constitucional), porque a través de estas situaciones se enriquece el debate público, deliberándose acerca de cuestiones relevantes para el desarrollo democrático de una sociedad abierta. Así, cuando algunos parlamentarios presentan un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, cuestionando la juridicidad del Decreto Supremo N° 20/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que extiende la denominada "restricción vehicular" a los autos con convertidor catalítico, no hay una *apariencia* de conflicto entre el derecho a vivir en un medio libre de contaminación y el derecho de propiedad de los dueños de dichos vehículos (a quienes se les asegurara en su momento, que al adquirir esa clase de autos

29. CEA, *op. cit.*, p. 172. Este pasaje (y otros más sobre esta materia) ya se encuentra formulado —de manera idéntica—, en "Presentación y estudio introductorio" al trabajo de PEÑA, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1996, p. 59.

no estarían sujetos a este régimen): *hay* un conflicto entre estos dos derechos constitucionales⁽³⁰⁾. Negarlo, es cegarse a la realidad.

Posteriormente, postula Cea que de acuerdo a esta idea de “jerarquía o gradación” debemos “principiar reconociendo y promoviendo los derechos más nucleares o configurativos de la personalidad de cada sujeto, para desde allí irradiar hacia los derechos corticales o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social”⁽³¹⁾. Conforme a lo anterior, el orden de prelación estaría constituido, según él, por “el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y 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 o propiedad, en sus diversas especies”⁽³²⁾.

30. Algunos comentarios sobre este fallo en nota 38.

31. CEA, *op. cit., supra*, nota 19, p. 173.

32. *Ibid.*, p. 172. Esta cita merece algunos comentarios. En primer lugar, no se entiende el hecho que Cea sostenga algunas líneas más atrás que “el presupuesto de todos [los derechos esenciales esté constituido por] la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal” y, en seguida, diga que es precisamente la vida y la integridad personal el derecho que debe encabezar el listado de preponderancia, sin hacer referencia alguna a la dignidad (eventualmente, y para intentar darle sentido a su afirmación, podría pensarse que este prestigioso jurista sólo se está refiriendo a los derechos enumerados explícitamente en el art. 19, por lo que la dignidad quedaría fuera; pero, claro, esto es sólo especulativo). En segundo término, si ése es el orden de prelación de los derechos fundamentales, es claro que el listado que presenta es incompleto, pues sólo incluye los derechos contemplados en los numerales 1º, 4º, 5º, 12, 13, 21, 23, 24 y 25 del artículo 19; esto es así, a menos que el autor considere que la libertad de conciencia (Nº 6), la igualdad (Nº 2), el debido proceso (Nº 3), la libertad de asociación (Nº 15), entre otros, no son derechos fundamentales. Finalmente destaca el hecho de que en su escrito de 1996 no haya ninguna pista para determinar el criterio conforme al cual se establece dicha ordenación. Pero en su texto de 1999, Cea agrega una frase final y sostiene que “[t]al orden de prelación no es, por último, arbitrario o caprichoso, sino lógico o racionalmente formulado con sujeción a finalidades de bien común” (p. 175). Esta frase, ciertamente, sólo agrega más palabras a una respuesta todavía insuficiente.

Pues bien, analizando específicamente el catálogo de derechos del artículo 19, Cea asegura que “no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica enunciada”⁽³³⁾. Cabe preguntarse de dónde extrae el profesor Cea esta aseveración tan determinante: naturalmente, citando la “historia fidedigna”, y en especial, la sesión 96ª de la Comisión de Estudio. Allí, en efecto, el comisionado Guzmán sostiene que si la nueva Carta sigue “el orden de la Constitución actual [de 1925], no se resguardará convenientemente *el orden jerárquico de las garantías*”⁽³⁴⁾. Esta opinión es avalada por el Presidente de la Comisión redactora, quien argumenta que “mientras haya acuerdo en cuanto a que ciertas garantías son fundamentales y [en consecuencia] tienen que ser consideradas primero”⁽³⁵⁾ resulta irrelevante, asegura, el orden en que se discuta su formulación positiva. Este debate entre Guzmán y Ortúzar —donde el primero sólo tuvo la adhesión de Silva y Evans (de manera que no hubo el “consenso consiguiente” exigido por Silva para citar las opiniones de la Comisión como fuente interpretativa)— discurre sobre la forma en que la Comisión debía abordar las diversas garantías que la nueva Constitución consagraría, pero, para nuestros efectos, lo notable es el planteamiento que le sirve a Cea para mantener la idea de jerarquía entre los derechos constitucionales⁽³⁶⁾.

33. *Ibid.*, p. 173.

34. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión Nº 96, celebrada el 19 de diciembre de 1974, pp. 30-31, citada por CEA, *op. cit.*, p. 174. Cursivas mías.

35. *Idem.*

36. En otro lugar, Cea estudia el choque entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, concluyendo —coherentemente con su tesis—, que la jurisdicción constitucional debe siempre dar protección a éste por sobre aquélla, dado que se trata de “un derecho humano de *indiscutible primacía*”. Vid. CEA, “Misión cautelara de la justicia constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, Tomo I, Santiago, 1993, p. 408 (las cursivas son mías).

Para terminar la ronda alrededor de la doctrina chilena, cabe mencionar el trabajo del también comisionado Diez (37). En él, parte el profesor explicando las reglas de interpretación constitucional, señalando que “[e]n general, las reglas del Código Civil sobre interpretación de la ley (...) tienen una aplicación analógica importante en la interpretación de la Constitución” (38), tesis que no hace sino explicitar la obsesión por utilizar el texto constitucional de acuerdo con los parámetros propios del Derecho Privado. No es posible, a mi juicio, desconocer las peculiaridades que el proceso interpretativo de la Carta Fundamental reclama de manera exclusiva, y que, consecuentemente, obligan al intérprete a ocupar criterios diferentes a las reglas que Bello escribió pensando en la tarea del juez civil, a mediados del siglo XIX. Ahora bien, es justo señalar que Diez, tras reproducir los artículos pertinentes del Código Civil, agrega que esta clase de interpretación tiene efecto relativo entre las partes a las cuales se aplica la controversia, por lo que “no se puede aplicar el mismo criterio de interpretación” en uno y otro caso (interpretación legal y constitucional). Esta suerte de contrasentido entre lo explicado en una página y otra, parece finalmente enderezarse con las citas que hace de algunos fallos del Tribunal Constitucional, el que junto con la Corte Suprema, ha desarrollado “con singular acierto”, según dice, los principios de interpretación sistémica y finalista que han de imperar en el ejercicio de determinar el verdadero sentido y alcance de la Constitución (39).

37. DIEZ, Sergio, *Personas y valores. Su protección constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

38. *Ibid.*, p. 331.

39. Compartimos esta afirmación del profesor Diez sólo parcialmente. Si bien es verdad que el Tribunal Constitucional chileno ha tenido (algunas) ocasiones para erigirse como un genuino “guardián de la Constitución” (así, por ejemplo, el fallo Rol N° 33/85 que recayó en el proyecto de ley orgánica sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, *vid.* nota 7) también es cierto que su actuación se ha limitado, casi exclusivamente, a sancionar los proyectos de ley que caen bajo su conocimiento como si se tratase de un tercer órgano legislador. En este sentido, destaca una de sus últimas actuaciones en que se le

Completado este recorrido por los escritos de los constitucionalistas nacionales, veamos someramente algunas sentencias pronunciadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia (40). En ellas, es posible apreciar ciertos elementos que se relacionan directamente con los postulados dogmáticos ya revisados. Así, encontramos un fuerte compromiso de los jueces con lo discutido por la Comisión de Estudio, lo que necesariamente determina el camino de sus resoluciones.

solicitó un pronunciamiento que sí está estrechamente vinculado con la protección de los derechos constitucionales. Se trata de la sentencia que resolvió el requerimiento presentado por veinte senadores en contra del Decreto Supremo 20/01, mediante el cual se extiende la “restricción vehicular” a aquellos autos con convertidor catalítico. En esta sentencia, el Tribunal, junto con evidenciar una clara deferencia hacia el legislador, simplemente hace caso omiso de la tesis que él mismo había sostenido en 1994 (conociendo del proyecto de ley sobre bases generales del medio ambiente, hoy Ley N° 19.300) en la que sostuvo que las normas que autorizaban las limitaciones a ciertos derechos (fundamentales) no podían ser de carácter reglamentario, es decir, la restricción a determinados derechos y garantías no podía hacerse a través de actos administrativos, sino que debía establecerse necesariamente por ley. Pues bien, este criterio interpretativo cede su lugar a la posición del TC en orden a que dicho acto administrativo no sería inconstitucional, aun cuando reconoce que “las normas legales en que se funda el DS N° 20 no cumplen a cabalidad con los requisitos de ‘determinación’ (...) y ‘especificidad’” que estos mismos jueces han considerado como necesarios para sancionar la constitucionalidad de un acto administrativo como aquél. Así las cosas, y a pesar de ser un fallo posterior al comentario de Diez, no parece que el Tribunal haya resuelto “con singular acierto” este conflicto entre derechos fundamentales, en una situación con un fuerte aroma a inconstitucionalidad.

40. La selección de las sentencias, que algún interlocutor pudiese considerar arbitraria, es cualitativa. Se trata de casos en los que se debatieron asuntos constitucionales y que motivaron algún debate fuera de las Cortes. Por supuesto que un análisis más complejo requeriría una mirada cuantitativamente mayor de casos fallados. Sin embargo, lo normal es que, aun cuando se suele invocar la afectación de un derecho constitucional, los casos, en sí mismos, no son casos constitucionales, en los que se discutan cuestiones sobre interpretación de derechos, limitaciones a éstos o problemas de colisión entre los mismos.

El primero de estos casos —que en algún sentido motivó este trabajo— es el tristemente célebre *Luksic y otros con Martorell y otros*. Como se sabe, el empresario Andrónico Luksic recurrió de protección en contra del periodista Francisco Martorell invocando la violación de su derecho constitucional a la honra y protección a la vida privada, en razón del libro “Impunidad Diplomática” escrito por éste, aduciendo que su trabajo no era sino “una recopilación de basura moral que nadie puede aceptar sin lesionar los valores fundamentales en que descansa la sociedad cristiana occidental” (41). Sin duda, es éste el pronunciamiento judicial más emblemático en torno a nuestro objeto de estudio: allí se resuelve, de modo explícito, que “[n]adie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19”, agregando que “la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia”. El epílogo es historia conocida: conforme a este orden descendente, la honra merece mayor protección que la libertad de emitir opiniones e informar. ¿Por qué? Porque el primero de estos derechos constitucionales llegó (ocho números) antes en la carrera jerárquica del artículo 19 de la Carta chilena (42).

41. *Luksic Craig y otros con Martorell Cammarella y otros*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, 1993, II, Sección V, pp. 164-174.

42. Esta es la misma tesis que desarrolla la Corte de Apelaciones de Santiago al acoger el recurso de protección interpuesto para prohibir la exhibición de la película de Martin Scorsese, “La última tentación de Cristo”, en 1997. Allí el Tribunal concluye, luego de un extenso análisis sobre los distintos enfoques para abordar la existencia de la persona de Cristo (la cual “[n]o puede dudarse”, considerando 3º), que hay lugar a la petición de los recurrentes toda vez que la protección a la honra (de Jesucristo) “prevalece con respecto a la libertad de emitir opinión o de informar” (cons. 14º) sin que se esgrima fundamento alguno para sostener ello. *Vid.* Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 1997, II, Sección V, pp. 99-116. En las páginas siguientes, otros dos distinguidos profesores de Derecho, José Joaquín Ugarte y Eduardo Soto, alaban el “impecable esquema argumentativo” de la sentencia, comentando los “complejos raciocinios de los falladores”, quienes correctamente prohi-

A propósito de estos mismos derechos, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró, en 1996, que la emisión de un conocido programa televisivo en el que se relataría el caso de un hombre condenado como autor de lesiones y aborto frustrado por haber enviado a su novia un paquete con pasteles envenenados para interrumpir su embarazo era un acto arbitrario e ilegal, no amparado por la libertad de informar, toda vez que ella “no puede *sobrepasar* la dignidad de otras personas” (43). Al afirmar lo anterior, el razonamiento de la Corte debe entenderse como refiriéndose a posiciones de prelación entre los derechos (libertad de expresión frente a la dignidad —en rigor, se reclama por la afectación a la intimidad, vida privada y pública), y, en este sentido, la dignidad no puede ser “superada” por el derecho a la libertad de expresión. Pero el tribunal no explicita si esta solución es aplicable “a todo evento” o sólo en este caso en particular. ¿Siempre la dignidad será un derecho “no superable” por la libertad de informar? ¿Cuándo sí y cuándo no? Estas son preguntas que el raciocinio judicial elaborado en la resolución comentada no permite dilucidar, como podría legítimamente esperarse de una sentencia de jurisdicción constitucional.

En esta misma línea se pronunció la Corte de Copiapó, conociendo un recurso interpuesto por el Director del Hospital Regional de dicha ciudad en contra —no obstante, él aseguró que era “en favor”— de un paciente que se negaba a practicarse una transfusión

bieron “la exhibición del filme [que] viola directamente un precepto constitucional, como es el art. 19 N° 4, pues permite que a través del citado filme se mancille la honra de una persona —Jesucristo, la más noble entre todas las personas que recuerda la historia humana (...) ‘que pasó por el mundo haciendo el bien’ y entregó su vida para la salvación de tantos— en forma arbitraria”.

43. *Cárdenas Negrier con Pinto Sepúlveda y otro*, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2337-96, considerando 10º (el destacado es mío). Copia del fallo en poder del autor.

de sangre, invocando su derecho constitucional a la libertad de culto y de conciencia (44).

Se trataba de un testigo de Jehová, quien argumentó que la circunstancia de recibir sangre ajena atentaba en contra del derecho que el numeral 6º del artículo 19 garantiza a todas las personas. Cabe destacar este fallo ya que en él, señala el recurrido, era más importante para la materialización de su plan de vida (“para su mayor realización espiritual”, en palabras del inciso 4º del artículo 1º de nuestra Constitución) el hecho de no recibir sangre ajena, a pesar de la negativa implicación que ello podía acarrear para su salud (y, eventualmente, para su vida). Se trata, como puede verse, de un evidente caso de colisión entre dos derechos fundamentales: por una parte, el derecho a la vida (invocado por el médico, en razón de su “deber profesional”), y, por el otro, la libertad de conciencia y de culto del afectado. Pues bien, al igual que en el caso anterior, la Corte resuelve esta disputa favoreciendo “el derecho *preponderante* que se trata de salvar”, esto es, en desmedro de las alegaciones del paciente religioso, acogiendo cualquier pretensión relacionada con la preservación de la vida de una persona (ya que es éste el derecho de máxima jerarquía, bien porque encabeza el listado del artículo 19, bien “porque sí”).

Por último, un cuarto caso en que se presenta un conflicto constitucional entre derechos —y que, corresponde decirlo, esta vez la Corte (de Santiago) sí advierte— es aquel en que una mujer recurre de protección en contra de su ex marido, por haber éste presentado ante un juzgado de menores una carta en que ella relataba sus desaveniencias personales (45). La actora consideraba que se ha vulnerado la protección constitucional a la inviolabilidad de la corresponden-

44. Omar Luz Hidalgo (Director del Hospital de Copiapó) con Luzmenia Bravo Bravo y otro, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, 1992, II, Sección V, pp. 219-222.

45. Villasante Butrón y otra con Altamirano Palma y otros, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-93. Copia del fallo en poder del autor.

cia como quiera que se trataba de un documento confidencial, y la Corte de Santiago —no obstante desestimar su petición— plantea el problema en términos de una “colisión de derechos”, por lo que se hace necesario resolver esta situación de antinomia: la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada frente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. A pesar de los sugerentes razonamientos del tribunal, éste termina abruptamente concluyendo que la “colisión de derechos debe ser resuelta haciendo prevalecer la garantía constitucional del racional y justo proceso”, por cuanto se trata de “uno de los basamentos en que descansa nuestro régimen republicano democrático” (cons. 9º). Esta solución, más que dar respuesta a la cuestión que nos hemos planteado, abre otras interrogantes. En primer término, y al igual que en el caso precedente, parece razonable preguntarse si el raciocinio desarrollado por la Corte es aplicable bajo cualquier circunstancia o sólo en el caso particular que conoció. Esto es, el que uno de los derechos involucrados en la disputa tenga caracteres de “basamento de nuestro régimen republicano”, ¿significa que siempre será prevaleciente en la colisión? En seguida, si así fuere, ¿no choca lo anterior con la solución que se da en el “caso Martorell”, “La última tentación...” y “pasteles envenenados”? ¿Acaso no está conteste la doctrina y la jurisprudencia en que la libertad de expresión constituye uno de los basamentos esenciales de cualquier régimen democrático? Como puede verse, son preguntas que la Corte no es capaz de responder, desde que concluye, sin mayor detención, en que lo ajustado a Derecho es optar por una garantía en desmedro de la otra.

¿Qué podemos extraer de estas sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia? Partiendo de atrás para adelante, el último pronunciamiento judicial —que sí se pone en la situación de una colisión entre derechos constitucionales— establece la primacía del principio del debido proceso sobre la inviolabilidad de la correspondencia privada. Esta conclusión merece, desde luego, la crítica común a todos los casos en el sentido de no desarrollar los motivos de técnica jurídica por los que la Corte opta por una garantía (no es que los fallos carezcan totalmente de argumentos —nada más impresentable que eso—, sino que las razones que se esgrimen no son suficientes para alcanzar las conclusiones a las que se arriba). Pero todavía es posi-

ble apreciar la pobreza en la técnica para resolver el caso desde que el tribunal parece no advertir que las normas sobre debido proceso amparan a las dos partes litigantes, vale decir, no es que sólo la parte recurrida pudiese invocar para sí la afectación a su derecho fundamental a presentar todo tipo de pruebas en orden a acreditar su contrapretensión. ¿Acaso no es una norma de debido proceso el que las comunicaciones privadas, para poder ser presentadas ante un tribunal, requieran de autorización judicial previa? Si ello es así, o sea, si para revelar una comunicación privada —protegida constitucionalmente por el artículo 19 n° 5— la propia Carta garantiza que es la ley la encargada de regular su intercepción o apertura, entonces hay aquí una cuestión que, al menos, debió haber sido considerada al momento de resolver la controversia. Como sabemos, la Corte ni siquiera se preguntó esto. Dicho en una palabra, no parece tan claro que el proceso sea —para utilizar las palabras de la Constitución— “justo y racional” si una de las partes, sin más, puede presentar cualquier clase de documento que pueda servirle de prueba aun cuando éste tenga una protección jurídica especial. Obsérvese que no estamos sosteniendo que la decisión de la Corte sea sustantivamente inapropiada; nada más, resaltamos que la forma como se llega a ella parece deficiente en cuanto no considera todos los elementos de Derecho involucrados en el caso.

Por su parte, el recurso conocido por el tribunal de Copiapó —que, valga recordar, falla en favor del derecho a la vida del (supuesto) agraviado en desmedro de su libertad de conciencia— no considera las llamadas “condiciones de precedencia” (46) que en él se presentan. En efecto, no es la misma situación si la persona por quien se recurre es un menor de edad o si, en cambio, se trata de un adulto respecto del cual el ordenamiento le confía, entre otras cosas, la posibilidad de decidir los destinos de la Nación a través del derecho a sufragar. Pues bien, en la especie, se trataba de una persona de veinte años que conscientemente había decidido no someterse al tratamiento médico por sentir que ello vulneraba su derecho constitucional a profesar cualquier ideología.

46. ALEXY, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 92.

Por lo demás, también es un dato relevante en esta situación la circunstancia, consignada en el fallo, de que la madre había ofrecido al médico recurrente una alternativa —sugerida por su congregación— para no tener que practicarle la transfusión de sangre. A la Corte sencillamente parece no importarle ello, no obstante que constituía una forma de evitar el verdadero agravio para el paciente sin tener que conculcarle su libertad de conciencia. Así, en el evento de que se hubiese utilizado los criterios desplegados por el Tribunal Constitucional alemán —teorema de la proporcionalidad y, en especial, su regla de necesidad— necesariamente la solución debió ser diversa: la sentencia se sitúa por debajo del óptimo paretiano, pues, queriendo proteger el derecho a la vida, afecta un derecho constitucional, no obstante existir un medio que implicaba, cuando menos, una vulneración de inferior magnitud a la libertad de conciencia invocada. Una vez más, no se pesa debidamente este hecho: se hace lugar a la acción porque, naturalmente, el derecho a la vida tiene una indiscutible primacía.

En el caso de los “pasteles envenenados”, la Corte tampoco se sitúa frente a un problema de delimitación del alcance de los derechos en tensión. Sin desarrollar alguna línea argumentativa consistente, señala que “nuestro ordenamiento jurídico (...) otorga a las personas el derecho de recurrir a los tribunales de justicia para impedir que su intimidad y su honra se vean injustamente expuestas al juicio público” (cons. 9°), lo cual, podría decirse, nada agrega a nuestro estudio: en verdad, parece tautológico afirmar que si alguien estima que está siendo víctima de una injusticia pueda acudir a los tribunales para obtener remedio. Lo singular del caso es que los jueces, al (pretender) hacerse cargo de la tensión con la libertad de expresión, comprenden que “la loable misión de informar que inspira al periodismo (...) no puede sobrepasar la dignidad de otras personas que, como en el presente caso, se oponen a la difusión que se pretende” (cons. 10°), lo que demuestra, una vez más, que en la judicatura chilena hace fuerza la idea de que entre los derechos fundamentales exista un orden *a priori*.

Finalmente, el primer caso revisado —*Luksic con Martorell*— no merece más detención de la que le hemos dado desde que explícita de manera grotesca la (supuesta) jerarquía entre los derechos

constitucionales del artículo 19 de nuestra Constitución, sin dejar el mínimo espacio para debatir cuestiones como las que aquí hemos expuesto.

Como queda claro, bajo esta argumentación que mantiene la idea de preponderancia entre los derechos subyace una lógica que concibe a las normas que los contienen como reglas jurídicas y no como principios. Esta singular tesis lo que hace, en verdad, es desprestigiar la especial estructura de principios de las normas sobre derechos humanos, sin advertir que ellas son —si se me permite la expresión— el puntapié inicial del largo partido que ha de jugarse en el foro judicial cuando deliberamos acerca de la protección que debe otorgárseles. Lo que la práctica constitucional chilena ha hecho es —para seguir con la analogía— concebirlos, no como el inicio, sino como el pitazo final del partido, esto es, como mandatos normativos definitivos y cerrados, respecto de los cuales “ya está todo dicho”, sin que haya lugar para la discusión acerca de su real alcance. No hay lugar para ello porque el constituyente nacional —dos comisiones de menos de diez personas cada una, ambas designadas por una Junta de Gobierno— ya resolvió las cuestiones sobre las que podría haber disenso, sea que la propia Constitución contemple esa solución, sea que las actas oficiales o “historia fidedigna del establecimiento” la consigne. Cualquiera sea el caso, la solución *siempre* ha estado, sólo que en algunas ocasiones habremos de demorarnos un poco más en encontrarla porque ella no aparece explicitada en la Carta (47) (48).

47. Esto queda en evidencia con la elocuente frase pronunciada por el comisionado Silva en una sesión de la Comisión de Estudio, quien manifiesta “la importancia que tienen las actas, no para el ciudadano que sencillamente va a leer el texto constitucional, sino para los Poderes Públicos que van a actuar en relación con el verdadero significado de la Constitución”. Es claro, pues, que para Silva “el verdadero significado de la Constitución” se encuentra en las actas. *Vid.* Actas Oficiales de la Comisión Concluyente, sesión N° 89, celebrada el 21 de noviembre de 1974, pp. 10-11 (el destacado es mío).

48. Esta obsesión de la práctica constitucional chilena por recurrir a las actas oficiales para argumentar en cuestiones constitucionales ha sido denunciada lúcidamente por Fernando Atria. Frente a la frecuente utilización de

Pues bien, este peligroso estado de cosas —que, insisto, ha pasado con toda impunidad en nuestra práctica constitucional, y que ha causado, en palabras de Atria, el “efecto esterilizante” de las actas en la doctrina chilena—, por el que las motivaciones e impresiones de una determinada generación siguen inspirando las razones aducidas para justificar ciertas decisiones constitucionales, ya había sido advertido, hace más de dos siglos atrás, por Thomas Paine.

A fines del siglo XVIII, Paine enarbola el derecho sagrado que tiene cada generación para conducir sus destinos con arreglo a sus propias expectativas, temores e intereses, sin que puedan quedar atadas por lo que generaciones pasadas decidieron como Derecho, cual

las actas de la Comisión Ortúzar por parte de la doctrina, Atria opone tres objeciones o “razones”. En primer lugar, la razón “jurídica”, por cuya virtud las actas no constituyen (técnicamente) sino expresiones de opinión de quienes tuvieron a su cargo la redacción del texto constitucional. Ahora bien, si dichas opiniones tuvieron la suficiente fuerza argumentativa para ser acogidas por parte de los comisionados, entonces ellas forman hoy parte de la Constitución misma. Pero si, en cambio, no tuvieron el “consenso consiguiente” (exigido por Silva), no puede dárseles más valor que el que tienen: el de una opinión (más o menos autorizada) sobre un determinado asunto, de la misma forma que un artículo especializado sobre la materia puede tener. En seguida, la razón “política” sugiere la imposibilidad de recurrir a las actas para encontrar el “espíritu del constituyente”, desde que se trata de un constituyente ilegítimo (al menos en su origen) desde el punto de vista político, esto es, desde la perspectiva de que la Constitución es un texto normativo que supone un cierto consenso en (y de) la comunidad (“política”). Como los comisionados no fueron elegidos democráticamente por la Nación —verdadero titular de la soberanía— simplemente no son los representantes (políticos) de la soberanía nacional y, en consecuencia, lo que ellos pensaban y discutían al redactar la nueva Carta no es (porque no representa) el espíritu de la Nación. Finalmente, la razón “dogmática”: el permanente uso de las actas oficiales en la argumentación constitucional explica, según Atria, “el efecto esterilizante” que impide la reconstrucción racional de los preceptos constitucionales toda vez que lo señalado por los comisionados en su momento tiene “fuerza de Constitución”, de manera que la explicación de cada artículo e inciso constitucional se resuelve citando los “largos y tediosos” debates promovidos al interior de la Comisión. *Vid.* ATRIA, Fernando, *Los peligros de la Constitución*, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 36, Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, pp. 18-19.

es precisa y lamentablemente la situación a la que asistimos hoy en Chile. Valga aquí reproducir sus palabras, las que no obstante haber sido escritas hace tanto tiempo, resulta innegable su actual valor:

“[c]ada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas *en todos los casos* como las edades y las generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, y tampoco tiene ninguna generación derecho de propiedad sobre las generaciones que la sucederán” (49).

A esta altura es dramáticamente claro cómo la doctrina y jurisprudencia chilena discrepan con el planteamiento reproducido arriba, como quiera que han perpetuado la doctrina originalista de interpretación constitucional, conforme a la cual corresponde interpretar la Ley Fundamental de acuerdo a la intención del *constituyente* (por oposición a una interpretación finalista, que se propone buscar la “intención viva de la Constitución”). (50).

49. PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre* (trad. de Fernando Santos). Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 36.

50. *Vid.*, entre otros, ZAPATA, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pp. 63-94 y DWORKIN, Ronald, “El drama constitucional”, en *El dominio de la vida* (versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres), Ariel, Barcelona, 1994, p. 170 y ss. En otro lugar, el filósofo norteamericano, examinando la práctica legal de ese país ayudado por Hércules —“juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobre humanos”— critica la utilización de este método interpretativo (que aquí llama “teoría del significado del orador”), sin negarle valor a las circunstancias históricas que rodean la sanción de algún estatuto legislativo. En sus palabras, “Hércules interpreta la historia en movimiento porque la historia que debe hacer y de la mejor manera posible es toda la historia a través de su decisión y más allá de ella. No enmienda estatutos anticuados para adaptarse a nuevas épocas, como lo sugiere la metafísica del significado del orador. Reconoce en qué se han convertido los viejos estatutos desde entonces”. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia* (trad. de Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, p. 247.

Así, no hay duda en que han cumplido cabalmente con esta tarea: la Comisión constituyente comprendió que entre los derechos constitucionales debía haber una cierta jerarquía, atando —gracias al favor de la deferente doctrina y jurisprudencia nacional— a las generaciones venideras a esta idea, insultándolas y representando la peor de todas las tiranías: aquella que tiene la pretensión de gobernar más allá de su propia tumba.

Conclusiones: reconstruir la práctica

En las páginas precedentes, hemos analizado la posición que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional chilena sostienen acerca de la relación de jerarquía existente entre los distintos derechos fundamentales contemplados en el catálogo del artículo 19 de la Constitución.

Hemos revisado cómo la doctrina comparada —en especial, Alexy y Dworkin— muestran que las normas jurídicas pueden catalogarse como reglas o bien como principios, contemplándose varias diferencias entre ambas categorías, destacando aquella que dice relación con la manera como se solucionan las situaciones de antinomia entre ellas. Así, mientras las reglas jurídicas contienen mandatos normativos definitivos, los principios, en cambio, se conciben como “mandatos de optimización”, todo lo cual implica que, en presencia de una contradicción o colisión, los últimos deban entrar en un juego de balanceo a fin de determinar cuál de ellos ha de prevalecer concretamente, cuestión que no ocurre en el caso de antinomia de reglas jurídicas. Aquí, según mostramos, una de ellas necesariamente debe ser desplazada del sistema, o sea, debe ser invalidada.

Vimos, también, la respuesta que estos mismos autores formulan a la objeción que suele aparecer cuando a los jueces se les someten casos que involucran cuestiones morales, como inevitablemente ocurre, según explica Dworkin, cada vez que se discuten asuntos donde los derechos constitucionales están implicados. Sostuvimos, siguiendo a Alexy, que todavía es posible elaborar un “procedimiento de ponderación racionalmente estructurado” que gobierne estas discusiones, sin que ello implique un uso *decisionista* de las normas y principios jurídicos que deben aplicarse, y cómo es que el foro ju-

dicial aparece como un escenario propicio para este tipo de debates.

Finalmente, y a la luz de lo anterior, dimos una mirada —por cierto, inacabada— a la práctica constitucional chilena, la cual se ha mostrado impermeable a estas relevantes distinciones técnicas que, en definitiva, permiten que la deliberación colectiva sobre importantes asuntos sociales no evolucione como ocurre con otras cuestiones. La persistente utilización de las actas constitucionales para argumentar en estos casos ha, precisamente, conspirado en contra del desarrollo dogmático y jurisdiccional, pues en ellas hay constancia de la opinión de los autores del Texto Fundamental en el sentido de que los derechos allí consagrados tendrían un orden de prelación, por lo que, frente a una tensión de derechos, la solución a ella estaría dada por la aplicación del criterio de jerarquía, propio de las reglas jurídicas y no de los principios, según vimos ⁽⁵¹⁾.

Es por esta razón que se hace necesario intentar avanzar argumentaciones que se han desarrollado en el Derecho comparado. Se trata de formas de razonamiento (legal y judicial) que tienden a una mejor comprensión del “fenómeno constitucional”, que se proponen hacer frente a estos (reales) problemas que van determinando el grado de vigencia que los derechos tienen en nuestra comunidad. Debe extrañarnos —y no, como suele acontecer, alegrarnos— que los casos sobre tópicos de derechos constitucionales sean fácilmente resueltos; en ellos, es necesario y conveniente que las interrogantes sean más que las respuestas.

Aceptar que la Constitución es un documento que no está lla-

51. Con todo, una paradójica luz de esperanza se asoma en este oscuro panorama. Una reciente doctrina muestra cómo la aplicación al modo de reglas no corresponde cuando se trata de dos derechos fundamentales en tensión, en particular, la honra y la libertad de expresión. Así, es notable como Corral comprende que “[r]esulta imposible decidir *a priori* que en todos los casos [de colisión de derechos] debe prevalecer o el derecho a la vida privada o el derecho a la libertad de expresión e información. Habrá que analizar caso por caso y juzgar cuál de los derechos en juego debe prevalecer o sostenerse”. CORRAL, Hernán, “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980”, en Navarro, E. (ed.), *20 años de la Constitución chilena: 1981-2001*, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 2001, p. 224. La paradoja radica en que Corral no milita, como podría esperarse, en la dogmática constitucional chilena. Se trata, en verdad, de un profesor de Derecho Civil.

mado a regular las conductas humanas al modo de un Código normativo —de allí el (profusamente expandido) error que comete Cea al denominarla “Código Político”— no implica, en ningún caso, quitarle fuerza normativa y entregarla al arbitrio de los jueces, como piensan algunos. Al contrario, adscribir a una Constitución de principios importa un compromiso con la responsabilidad que a las comunidades políticas les cabe en las decisiones referentes a cómo estiman que es valioso vivir, y cuándo es posible jurídica y moralmente que el Estado o alguna persona desarrolle ciertas políticas públicas o ciertas conductas, respectivamente.

Una sociedad que elude su deber de confrontar las impresiones e intereses de los miembros que la componen es una sociedad que se empobrece, ya que, mientras los procesos de desarrollo económico la van haciendo comercialmente más sólida, ella se queda, no obstante, estancada en los necesarios debates sociales que le permiten ser, en definitiva, una comunidad de iguales, dispuesta a discutir lo que ahí acontece.

El desarrollo de la práctica constitucional, en efecto, sirve a este propósito. Por ello, es obligación de los actores que la componen —en especial, los abogados que son quienes presentan los argumentos con los que posteriormente los jueces elaboran sus fallos— comprender el importante papel que les toca cuando han de llevar ante los tribunales de justicia casos como los analizados en este trabajo. Perpetuar la forma como hasta ahora se ha argumentado en sede constitucional no sólo implica mantener el *status quo*, esto es, comprender las cláusulas que contienen derechos fundamentales como si fuesen reglas jurídicas, sino, lo que es más grave, paralizar la imprescindible deliberación colectiva que permite generar identidades y actitudes sociales responsables.

El propósito de este trabajo ha sido simplemente denunciar este nefasto estado de cosas, no con el objeto de destruir gratuitamente lo que se ha dicho por otros, sino con la convicción de que es imperioso convocar a las generaciones actuales a que debatan cómo es que piensan que debemos ordenar nuestra vida en comunidad, toda vez que, seguramente, muchas respuestas serían diversas a los dogmas que hoy rigen en nuestra sociedad. Una vez más, la práctica constitucional a ello sirve.