



**Tesis de pregrado
Escuela de Derecho
Universidad Católica de Temuco**

***Sobre el conflicto (aparente o genuino)
entre derechos constitucionales.***

Profesor: Jesús Escandón Alomar.
Alumnas: María Cecilia García Petit.
Paola Colombre Aburto.

Temuco, diciembre de 2005

ÍNDICE

ABTSTRACT.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I.....	8
CAPÍTULO II.....	19
CAPÍTULO III.....	44
CAPÍTULO IV.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	52
APÉNDICE.....	60

ABSTRACT

A partir de la década de 60` comienza la discusión en la comunidad jurídica en torno a los principios jurídicos. En éste sentido, mucho se ha hablado de éste tema en la comunidad internacional. Es por ello que para no dar cuenta de las realidades ya tratadas en otros trabajos anteriores, hemos querido dar un enfoque distinto a éste tema tratando en especial los conflictos entre derechos fundamentales, su existencia y como se solucionan a la luz de nuestro Tribunal Constitucional.

Para lograr éste objetivo, hemos realizado una análisis las sentencias de éste tribunal desde el Rol N° 1 hasta el Rol N° 435, para posteriormente formar un subconjunto de sentencias que tratan el tema que nos convoca en específico.

La finalidad de ésta selección, es dar respuesta a las interrogantes de si nuestro ordenamiento jurídico es constitucionalizado y si los conflictos entre derechos constitucionales existen.

Palabras claves:

Derechos fundamentales – Sentencias – Tribunal Constitucional -

Neoconstitucionalismo – Principios.

INTRODUCCIÓN

La voz *constitución* proviene del griego y del conjunto de acepciones posibles, pueden distinguirse como relevantes; a) constitución como naturaleza y b) constitución como artificio.

En occidente, la Segunda Guerra Mundial generó una reacción de la comunidad jurídica, dicha reacción, con la perspectiva del tiempo se ha denominado; movimiento *neoconstitucionalista*. Sin llegar a caracterizar totalmente dicho movimiento, podemos decir, prima facie, que su objetivo fue proteger los derechos fundamentales de la acción del estado, a través de la inclusión en los textos constitucionales de catálogos de estos derechos.

Para lograr dicho objetivo nos ha sido necesario seguir al profesor Paolo Comanducci.¹ Postulamos entonces, la existencia de cuatro niveles de análisis del problema de los derechos fundamentales.² De dichos cuatro niveles, el análisis realizado

¹ COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales* /en/ Revista de derecho Universidad Católica de Temuco. N° 4, año 2003. Pág. 13 – 27.

² **A.- Nivel histórico-sociológico.** Analiza, por una parte, las generaciones de derechos fundamentales y su evolución histórica y, por otra, cuales son los derechos vigentes en las actuales sociedades y cual es su eficacia de las garantías.

B.- Nivel dogmático. Estudia las reglas que confieren derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado, como son interpretadas y como son resueltos los conflictos entre los mismos derechos.

C.- Nivel Filosófico-Político. Busca la justificación moral o política de los derechos fundamentales, y donde el centro de la discusión crítica está en la adecuación de la realidad jurídica a un modelo propuesto y/o sobre las instituciones jurídicas existentes.

D.- Nivel Teórico. Se discute el concepto de derechos fundamentales, su estructura, tipología y se construyen modelos explicativos de la realidad jurídica. COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de*

en este trabajo se enmarca en un nivel dogmático, pues pretendemos determinar la existencia real o aparente de conflicto entre los derechos fundamentales y como estos conflictos serían resueltos.

Sin embargo, lo anterior no obsta a que se asuman ciertos postulados o consecuencias en otros niveles.

En esa perspectiva, durante el siglo XX, particularmente a finales de la década de los 60', comienza la discusión en la comunidad jurídica en torno a los principios jurídicos. Podemos estipular —como lo hacen la mayoría de los juristas— que el inicio de la discusión data de 1967, fijando como hito la publicación por parte de Ronald Dworkin del artículo *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*

Respecto a la pregunta de cómo se justifican las decisiones en el razonamiento práctico, tenemos que, existen dos grandes perspectivas para dar respuesta a esta pregunta; el universalismo y el particularismo. En este acápite, no trataremos en que consiste cada uno, sino que sólo diremos porqué optar por uno u otro.

Partiremos enunciando las razones por las cuales el particularismo debe ser descartado.

La construcción de la decisión a un caso determinado, para el particularismo, parece, en un sentido, un ejemplo de una decisión arbitraria.

El particularismo objeta la idea que una propiedad ? pueda, en un caso **P'** estimarse como una razón a favor de una decisión **X** y, en un caso **P''** estimarse como una razón en contra de una decisión **X**.

Para el universalismo cualquier propiedad ? que se verifique en un caso **P'** puede ser presentada como invariablemente relevante desde el punto de vista normativo, aún cuando pueda ser vencida, en determinados casos **P''** por razones con mayor peso.

El particularismo postula que ningún caso determinado resulta idéntico a otro caso determinado.

Pensamos que la racionalidad del discurso práctico está dada por la exigencia de universalidad.

Dos casos **P'** y **P''**, semejantes en sus características no morales, debieran recibir idéntica solución normativa. A nuestro juicio, es certera la afirmación del particularismo; “al comparar dos casos semejantes, siempre, a lo menos, alguna propiedad estará presente en una caso y en otro no.

Pero, asimismo, ello no quiere decir que esa propiedad no se encuentre presente en ningún otro caso, puesto que cualquiera que sea la propiedad que se tome en cuenta, siempre puede existir algún otro.

El particularismo, puede afirmar sin contradicciones el hecho de que cada caso **P'** posea alguna propiedad ? que lo diferencia de cualquier caso **C**, es compatible con la idea de que para describir un caso **P'**, sólo pueden tomarse en cuenta propiedades generales, porque estas propiedades distintivas, pueden verificarse en muchos otros

casos. Dicha paradoja puede ser aceptada por el particularismo, no obstante, señalar que como ningún caso particular es idéntico a otro caso particular, pues la necesidad de universalidad resulta completamente irrelevante.

Respecto del universalismo, se ha cuestionado la imposibilidad de ofrecer una reconstrucción de todas las propiedades generales normativamente relevantes que permita realizar frente a cada caso, un balance perfecto entre todas las normas concebibles para determinar qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes, sin embargo, lo anterior no implica que justificar una decisión frente a un caso, no signifique lo que el universalismo ha señalado que significa, es decir, poder subsumir el caso como una instancia de una norma general o de un conjunto de normas generales. Esta objeción planteada al universalismo, no demuestra que ésta postura sea incorrecta, sino que podría deberse a que los sistemas normativos desde los cuales efectuamos nuestras evaluaciones pueden ser imperfectos.

Hoy, a mediados del 2005 muchos bosques han sido talados para fabricar el papel necesario, donde escribir sobre la distinción entre principios y reglas. Nosotros, a riesgo de reduccionismo, sólo pretendemos configurar un panorama mínimo sobre el estado actual del debate.

CAPÍTULO I

La Metástasis Constitucional

1.- Objetivo.

El objetivo de este capítulo es dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿El sistema jurídico chileno es un ordenamiento jurídico constitucionalizado?

Para dar respuesta a esta interrogante revisaremos la posición de Guastini sobre la constitucionalización de los ordenamientos, y utilizaremos las categorías del profesor Comaducci sobre los modelos de constitución y de neoconstitucionalismos.³ Para finalizar ensayando una respuesta a la pregunta planteada.

2.- La Constitucionalización.

Un ordenamiento jurídico determinado, es constitucionalizado, sí y solo si, el sistema jurídico es colmado por la respectiva constitución. Existe metástasis

³ GUASTINI, R. “*La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*”, en GUASTINI, R. Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001. y COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales /en/* Revista de derecho Universidad Católica de Temuco. N° 4, año 2003. Pág. 13 – 27.

constitucional. En este orden de ideas, siguiendo a Guastini,⁴ afirmamos que para predicar la constitucionalización de un ordenamiento jurídico un pool de características:

Las características que debe poseer un sistema jurídico constitucionalizado son:

CARACTERÍSTICAS DE GUASTINI	PROCEDENCIA EN EL CASO CHILENO	
	Alto grado	Bajo grado
1.- Una constitución rígida que incorpora derechos fundamentales.	X	
1.1.- Constitución Escrita.	X	
1.2.- Protegida contra la legislación ordinaria.	X	
1.3.- Modificación constitucional solo a través de procedimientos especiales.	X	
2.- Eficacia de la constitución garantizada por vía constitucional.	X	
2.1.- La rigidez debe asegurarse a través de procedimientos que garanticen la conformidad de las leyes con la constitución.	X	
2.2.- El órgano controlador puede ser jurisdiccional o no jurisdiccional, existiendo tres modelos; control a posteriori e inconcreto realizado por todos los jueces, control a priori e inabstracto y control a posteriori e inconcreto realizado solo por jueces del tribunal constitucional.	X	
3.- Fuerza vinculante de los preceptos constitucionales.	X	
3.1.- Ideología jurídica que inspira el ordenamiento jurídico.	X	
3.2.- Existencia de principio generales implícitos y normas generales programáticas.	X	

⁴ GUASTINI, R. Obra citada.

4.- Sobreinterpretación de la Constitución.	X	
4.1.- Dependerá de la postura de los interpretes frente a la constitución sea; literal o extensiva.	X	
5.- Normas constitucionales aplicadas directamente en relaciones jurídicas.	X	
5.1.- El neoconstitucionalismo postula que el rol de la constitución es regular las relaciones sociales, de esta forma la constitución produce efectos directos a los particulares.	X	
6.- Interpretación adecuadora de las leyes.	X	
6.1.- Consiste en armonizar la ley a la constitución interpretando el texto legal de una manera que resulte del todo armoniosa con lo establecido en el texto constitucional.	X	
7.- Influencia de la constitución en el debate político.	X	
7.1.- Se confiere al tribunal constitucional la capacidad de dirimir el conflicto entre poderes del estado.	X	
7.2.- Los jueces constitucionales usan el principio de igualdad reconstruido como racionalidad de las distinciones y clasificaciones legislativas y por otro lado la ponderación de los principios cuando hay conflictos de derechos constitucionales.	X	
7.3.- Postura de los actores constitucionales y los actores políticos; las normas constitucionales son usadas para fundar sus acciones y decisiones políticas.	X	

Siguiendo a Guastini, debemos decir que las características señaladas no las únicas posibles para caracterizar a un sistema como constitucionalizado. Para considerar constitucionalizado a un ordenamiento no es necesario que procedan todas

copulativamente, basta que se den en mayor o menor medida. Son esenciales la 1 y la 2, de la tercera a la séptima es posible que se den en diferentes y variados grados. Sin embargo, vale la pena destacar que las características, 3, 4 y 5 se encuentran relacionadas entre sí, de manera que es útil analizarlas en bloque.

Considerando las dificultades que implicaría una justificación pormenorizada de cada una de las características reseñadas para el caso Chileno (al propio Guastini le toma 32 páginas aplicarlo al caso italiano)⁵ asumiremos como postulado (en sentido filosófico) la constitucionalización del ordenamiento jurídico chileno. Es decir, será una afirmación que no someteremos a discusión (siendo ello lógicamente posible).

3.- Modelos de Constitución.

Modelos de Constitución		
	Norma	Orden
Descriptivo	A Descriptivo/norma	B Descriptivo/orden
Valorativo	C Axiológico/norma	D Axiológico/orden

⁵ GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico; el caso Italiano* /en/ Actas del XV Congreso de Derecho Constitucional de Derecho Comparado (Bristol 1998). Traducción de José María Lujambio.

En este apartado se analizarán sólo dos de los modelos, por efectos de pertinencia, espacio, y tiempo.

3.1.- Modelo A.

Según este modelo la constitución en cuanto contenido es un conjunto de normas jurídicas positivas, y en cuanto continente un documento escrito o un conjunto consuetudinario de normas.

Las normas constitucionales, son en relación a otras normas, fundamentales, es decir, piedra angular del sistema jurídico.⁶

3.2.- Modelo C.

Este modelo concibe a la constitución de la misma forma que el modelo A. Sin embargo, difiere de éste modelo, pues entiende a las normas jurídicas positivas establecidas con rango constitucional con un determinado contenido, un especial valor que la constitución posee *per se*, de donde emana la constitucionalidad de las normas.⁷

4.- Teoría del derecho e ideología; el neoconsitucionalismo.

⁶ En otras palabras constitución es un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas. COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Pág. 13 – 27.

⁷ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Pág. 13 – 27.

El movimiento neoconstitucionalista⁸ se vincula con la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, en un sentido, pues éste movimiento ha tenido pretensiones de prevalecer por sobre antiguas posiciones positivistas y iusnaturalistas.⁹ Utilizaremos la tipología del profesor Paolo Comanducci para tratar sistemática el movimiento neoconstitucionalista.

4.1. Neoconstitucionalismo Teórico.

Analizar la estructura y el papel que juega la constitución en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Puede defender, en ocasiones el **modelo A** de constitución. Pero, en otras el **modelo C**.

La interpretación constitucional es singular con respecto a la interpretación de la ley y estas singularidades dependerán del modelo de constitución que se postule.

Adoptando el modelo **A**, la interpretación constitucional presenta aspectos comunes con la interpretación de la ley: a) La Ley y Constitución son documentos normativos y, b) interpretación legal y constitucional son especies de un género; la interpretación

⁸ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Pág. 13-27.

utilizaremos la tipología del profesor Paolo Comanducci Cita bibliográfica. De Paolo Comanducci.

⁹ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Pág. 13-27. El antepasado histórico del neoconstitucionalismo, el movimiento constitucionalista, tuvo como objetivo limitar el poder y defender los derechos fundamentales, y se vinculó habitualmente con posiciones iusnaturalistas, aunque no necesariamente, pues han existido positivistas adhirientes al constitucionalismo, pero sin embargo rechazan la idea que las constituciones y sobre todo los principios y derechos constitucionales en ellas contenidos, instituyen un puente entre el derecho positivo y la moral .

jurídica.¹⁰ De esta forma, para el neoconstitucionalismo teórico sólo existen diferencias grado entre la interpretación legal y constitucional no cualitativas.

Adoptando el modelo C, nos encontramos frente al neoconstitucionalismo ideológico.¹¹

4.1.1.- Críticas al Neoconstitucionalismo Teórico.

Atendiendo a la capacidad explicativa de una teoría, debemos decir, junto con Comanducci¹² que la teoría del derecho neoconstitucionalista tiene o, puede tener una mayor capacidad explicativa que la teoría iuspositivista; en relación a la estructura-funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos.

El neoconstitucionalismo teórico, si acepta una conexión contingente entre derecho y moral, no es incompatible con el positivismo metodológico. Al decir de Comanducci es su hijo legítimo.

Comanducci, critica el neoconstitucionalismo teórico a que adscriben Ferrajoli y Zagrebelsky, pues reconstruyen el status y las tareas de la teoría del derecho en forma inaceptable.

Ferrajoli postula que la ciencia jurídica, en los países democráticos es necesariamente normativa; la *descripción* de la constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento jurídico. Una vez interpretada la constitución como

¹⁰ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Página 13-27. Entendida como la atribución de significado a un texto normativo.

¹¹ Idem, p. 13-27

¹² Idem, p. 13-27

un continente cuyo contenido es un conjunto de valores, que cuentan con adhesión política.¹³

La tarea de la ciencia jurídica es denunciar la invalidez del material normativo infraconstitucional opuesto a esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar lagunas, las que de axiológicas, devienen en técnicas.¹⁴ A su vez, tiene el deber de denunciar las lagunas técnicas producidas si la constitución establece un derecho y no existe una ley que instituya las obligaciones correspondientes.¹⁵

Pues de acuerdo a la definición de derecho subjetivo de Ferrajoli,¹⁶ éste es una posición de ventaja que implica la existencia de una obligación correspondiente a otro sujeto. Por su parte Comanducci postula que esa tesis de laguna técnica por ausencia de la obligación correspondiente proviene de un neoconstitucionalismo ideológico, no teórico, y del rol normativo asignado a la ciencia jurídica.¹⁷

Para ser coherente con la definición teórica de derecho subjetivo, Ferrajoli debería concluir, junto con Kelsen, que a nivel teórico si se instituyen en un sistema jurídico determinados derechos sin las obligaciones correspondientes, estos derechos no son tales.¹⁸

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Primera edición, Madrid, España: TROTTA, 2001.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Octava edición. México: PORRÚA S. A., 1995. Trad. Roberto Vernengo de "Reine Rechtslehre".

No es el caso de una laguna técnica. No existe derecho subjetivo.

Desde la política del derecho, estamos frente a una laguna axiológica.

Podemos predicar que el legislador debe colmarla.

La técnica normativa de instituir derechos sin las obligaciones correspondientes es ajena al modelo de legislador racional, etc.¹⁹

La alternativa: modificar la definición teórica de derecho subjetivo.

Distinguir entre derechos perfectos; como aquellos que cuentan con obligaciones correspondientes y, derechos imperfectos; como aquellos que no cuentan con dichas obligaciones.²⁰

Comanducci critica a Ferrajoli, señalando que éste confunde la implicación lógica (permitido implica no prohibido) con la implicación en el interior de una teoría, ya que para Ferrajoli el derecho subjetivo supone una obligación correlativa, por una parte, y por otra, la tesis política del derecho, de *iure condendo*, según la cual, si existe un derecho reconocido a nivel constitucional, debe existir una obligación correlativa reconocida a nivel legislativo.²¹

Según Comanducci, se trata de dos cosas distintas; sostener que de la primera se deriva la segunda equivale a afirmar la tesis de que el conjunto de proposiciones que disponen como el derecho debe ser, esto es, sin lagunas ni contradicciones, derive de un

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

²¹ (Ferrajoli plantea que si hay un derecho social y no está la obligación correlativa, estamos ante una laguna).

conjunto de proposiciones que describen como es el derecho.²² Esta tesis no es concordante con las premisas divisionistas de la teoría neoconstitucionalista postulada por el mismo Ferrajoli, si no más bien vinculable a la familia del iusnaturalismo jurídico.²³

4.2. Neoconstitucionalismo Ideológico.

En tanto ideología, el neoconstitucionalismo define como primer objetivo garantizar los derechos fundamentales. Se diferencia del constitucionalismo cuyo objetivo era limitar el poder del estado.

El neoconstitucionalismo ve en el estado constitucional democrático un apoyo en la defensa de los derechos fundamentales y no amenazas.²⁴

La constitucionalización es un valor, por lo cual debe ser propugnada, defendida y ampliada. Es necesario acentuar efectiva tutela a los derechos fundamentales y, dirigir acciones, legislativas y judiciales que tiendan a concretar y garantizar los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado conecta necesariamente derecho y moral. Los principios morales pasan al derecho a través de la constitución. La

²² COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

²³ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

²⁴ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

obligación de obedecer la constitución y la ley dictada conforme a ella es comprendida como una obligación moral.²⁵

El neoconstitucionalismo ideológico adopta un **modelo C** de constitución, *prima facie*, postula radicales diferencias entre interpretación de constitucional y legal; tales singularidades derivan de la propia particularidad del objeto interpretado.²⁶

4.3. Neoconstitucionalismo Metodológico.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene que, en ordenamientos jurídicos constitucionalizados, los derechos fundamentales constituyen un enlace entre el derecho y la moral, es decir, apoya la tesis de una conexión identificativa y/o justificativa entre derecho y moral.

²⁵ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Página 13-27 Para Comanducci, es una variante del positivismo ideológico, que apoyaba la idea de obediencia a la ley como una obligación moral.

²⁶ Ver DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 1989. Ver también, VVAA. *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*. /en/ Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales, publicación de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso (Chile), editorial EDEVAL, N° 38, Primer y segundo semestre 1993.

CAPITULO II

Entre comodines, ases, reinas y reyes.

1.- Cuestiones preliminares.

La voz principio es vaga. *Prima facie* podemos decir que principios son normas que cuentan con las siguientes singularidades; a) Poseen una lógica ordinal,²⁷ b) Tienen una formulación categórica,²⁸ c) Su condición de aplicación es amplia o flexible y d) En caso de conflicto entre dos principios, aquel que resulta postergado no pierde validez por el sólo hecho de no ser aplicado.²⁹ -³⁰

²⁷ BARROS, Enrique. *Reglas y Principios en el derecho.* /en/ Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Nº 2. Chile: EDEVAL. 1984. Pág. 270...Para Contesse, los principios [...] 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, rehuendo así la estricta posibilidad bivalente que las reglas exhiben [...]CONTESSE S. Jorge. *Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos fundamentales?.* /en/ Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Nº 20. Chile: EDEVAL. 2002.

²⁸ Para Enrique Barros [...] Atendida su función los principios no se expresan en juicios hipotéticos, como las reglas, sino en juicios categóricos. Mientras las reglas se expresan en la fórmula “si a, entonces b”, el principio contiene una prescripción implícita que, dicho metafóricamente, aspira a ser aplicada en todas las situaciones posibles [...] BARROS, Enrique, obra citada.

²⁹ [...] Cuando dos reglas entran en conflicto, indefectiblemente una de ellas desplazará a la otra [...] La pregunta que sigue entonces es, ¿Cómo determinar cual es la regla que vale? Para resolver esta cuestión, esto es, en orden a determinar cual 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 a la regla anterior); el criterio de especialidad (que obliga a aplicar la regla particular antes que algunas de carácter más genérico), y finalmente, el criterio de jerarquía (en cuya virtud, será la regla jerárquicamente superior la que prevalecerá) [...] CONTESSE, Jorge. Obra citada.

³⁰ Como señala Hart no hay razón alguna para aceptar este contraste radical entre principios y reglas en un sistema jurídico una regla derrotada en competencia con otra en un caso dado podría al igual que un principio sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se la juzgue de mayor importancia que la otra regla rival. Hart también advierte que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios y que un principio podría prevalecer en ciertos casos cuando entra en competencia con una regla. La existencia de tales conflictos podría de manifiesto que las reglas tampoco poseen carácter de todo/nada,

Por su parte, las reglas son normas que ordenan que algo deba ser cumplido de manera definitiva o cerrada. Si y solo si, caben sólo dos posibilidades en torno a su eficacia; se cumplen o no. Si dos reglas entran en conflicto, indefectiblemente una desplazará a la otra.

La discusión sobre principios y reglas que comenzó intentando dar una definición positiva de cada uno de ellos, hoy busca determinar un criterio que permita establecer cuando estamos frente a un principio o a una regla.

Para la determinación de un criterio diferenciador, existen diversas posturas. Por una parte están aquellos que defienden una diferenciación lógica o estricta, y por otra, aquellos que sólo postulan una diferencia de grado.

2.- Tesis de diferenciación estricta/lógica.

Las reglas y principios son categorías jurídicas distintas, de diferente naturaleza normativa, plenamente independientes, aunque interrelacionadas, que presentan una particular estructura.

El problema es señalar cuál sería el criterio que autoriza esta distinción categórica.

pues serían susceptibles de entrar en conflictos con principios que prevalecen sobre ellas y, al igual que los principios no permitirían derivar una solución normativa concluyente pues resultarían aplicables únicamente cuando no sean derrotadas por algún principio de mayor peso. HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Segunda Edición (reimpresión). Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1963. Trad. De Genaro Carrió de *The Concept of Law*.

Podemos distinguir dos subgrupos de teorías, las estructurales y las finalistas/teleológicas.

2.1 Estructurales.

Encontramos autores como Ronald Dworkin y, en España, M. Atienza y J. Ruiz Manero.³¹

Para Dworkin, que nos permitiría hacer la distinción es la “cualidad del todo o nada”, (*all – or – nothing*) propia de las reglas frente a la cualidad del “peso” de los principios.

En este sentido, las reglas se aplicarían de manera disyuntiva, es decir, un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo una cláusula que conceda preferencia a una de estas reglas, que establezca una excepción, o declarando inválida una de ellas.³²

A *contrario sensu*, los principios deben como razones no concluyentes por sí mismas, aplicar un principio es ponderar “peso” relativo de cada uno.³³ Pues ello no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas se han satisfecho.

³¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan. *Tres enfoques de los principios jurídicos*. En Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje. Revista de ciencias y sociales. Editorial EDEVAL. N° 38, 1993.

³² Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio.*, Barcelona: Ariel Derecho S.A. 1989.

³³ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio.*, Ariel Derecho S.A., Barcelona, 1989, pp. 72-80.

Dworkin, destaca que la diferencia entre reglas y principios es de carácter lógico, dos son los rasgos que justificarían tal distinción; a) los principios se distinguen de las reglas pues poseen carácter no concluyente a diferencia de las reglas y, b) los principios poseen una “dimensión de peso” que carecen las reglas, respecto de las cuales solo puede hablarse de una “dimensión de validez”.³⁴

Para Atienza y Manero [...] la diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada [...].³⁵

Las reglas presentarían el supuesto de hecho al que se refieren de manera precisa, y también contendrían todas las posibles excepciones a su aplicación. Por ello aplicar una regla es decidir si el caso particular es subsumible o no en el caso genérico que constituye el supuesto de hecho de la regla y no ponderar su peso. Esto se acerca en gran medida a la caracterización de la aplicación de las reglas como “todo o nada” de Dworkin.³⁶

2.2 Finalista/teleológica. ³⁷⁻³⁸

³⁴ Idem.

³⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Ariel Derecho S.A. Barcelona 1996, p. 9.

³⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Ariel Derecho S.A. Barcelona 1996, p. 9.

³⁷ Alexy ha expresado que los criterios propuestos para distinguir entre reglas y principios han sido, en primer lugar; la generalidad: los principios serían normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas serían normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. En segundo lugar, la importancia dentro del orden jurídico: desde este punto de vistas, los principios serían normas más importantes que las reglas. Además, como otros criterios se han discutido la “determinabilidad de los casos de aplicación”, la forma de su génesis, el carácter de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios, continúa Alexy, podrían sostenerse tres tesis totalmente diferentes sobre el carácter

Alexy, plantea que [...] el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...]³⁹

Los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en gradualmente, la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, donde el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas contrapuestas.

Las reglas, por su parte, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Una regla válida exige hacer lo que impone, ni más ni menos. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.⁴⁰

de la distinción: a) Todo intento por dividir las normas en dos clases (reglas y principios) es vano debido a la pluralidad de normas existentes, b) Las normas pueden dividirse de manera relevante en la clase de las reglas y principios, pero la distinción es solo de grado. c) Las normas pueden dividirse entre reglas y principios y entre ambas categorías media una diferencia cualitativa. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 .Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Traducido por E. Gastón Valdés. Pág. 82 y sgtes.

³⁸ COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales* /en/ Revista de derecho Universidad Católica de Temuco. N° 4, Temuco, Chile, año 2003. Pág. 13-27.

COMANDUCCI, Paolo. Obra citada. Página Con similar criterio el profesor genovés, Paolo Comanducci ha sostenido que es posible distinguir una tesis de separación fuerte y una tesis de separación débil entre reglas y principios.

Según la primera, la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es condición necesaria y suficiente de la diversidad en su interpretación y aplicación, de la diversidad en la argumentación a partir de ellas y de la diversidad en la solución de conflictos sobre la base de ellas.

Según la segunda tesis la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de conflictos. COMANDUCCI, Paolo. *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*. /en/ Paolo Comanducci, Assagi metaética due. Torino, Giappichelli, 1998:81-96. De esta forma, podemos decir que el intento de Dworkin es un intento por justificar una tesis fuerte de distinción entre reglas y principios.

³⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 86.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 86 – 87.

3.- Tesis de la diferenciación cuantitativa o de grado.

Esta tesis, difiere de la anterior señalando la imposibilidad de establecer un límite en términos cualitativos entre la zona de apertura de los principios y la zona de penumbra de las reglas.⁴¹ En consecuencia, la diferencia entre reglas y principios debe buscarse en sede interpretativa.⁴²

Es imposible establecer una diferencia *a priori* entre reglas y principios, *ex-ante* a su aplicación. La distinción [...] surge exclusivamente en el momento de la interpretación – aplicación [...] ⁴³

Cualquier norma del ordenamiento jurídico puede operar como regla o principio, y en consecuencia, en todo conflicto de normas puede ser invocada la ponderación como el criterio adecuado para resolver una antinomia, y no sólo cuando estemos en presencia de enunciados normativos que tengan ciertas características.⁴⁴

Detrás de toda regla hay un principio. Siempre esta al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte e invocar la ponderación como un medio de resolver las antinomias normativas.

⁴¹ AARNIO, Aulis. *Las Reglas en serio*, /en/ La normatividad del derecho. Primera edición. Barcelona: GEDISA, 1997.

⁴² Cfr. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998.p. 61.

⁴³ Prieto Sanchís, Luis. “La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*. A.A.V.V. Mc Graw Hill / Interamericana de España. Madrid.1997p. 347.

⁴⁴ *Ibid...*

Este debate tiene importantes implicancias teóricas y prácticas. Optar de tomar parte en una u otra tesis va a ser relevante en la forma cómo los principios se van a operativizar en la práctica.⁴⁵

La consecuencia de establecer una distinción, en sentido fuerte, es que todas las normas del ordenamiento jurídico se podrán adscribir a una de las dos categorías. A *contrario sensu*, establecer una distinción, en sentido débil, implica aceptar que todas las normas del ordenamiento pueden, en la práctica, operar como reglas o principios.

4.- La argumentación y la justificación de las decisiones jurídicas.

Tradicionalmente se ha dicho que los principios, en tanto *principios generales del Derecho*, como en el sentido post-dworkiniano, han cumplido y siguen cumpliendo una eficaz labor respecto de la explicación sobre el funcionamiento del derecho.

Sólo a partir de la discusión post-dworkiniana se ha puesto énfasis en su singular importancia para la argumentación y el razonamiento jurídico.

Desde la codificación y hasta mediados de la década del cincuenta del siglo pasado, las estructuras de razonamiento y justificación de las decisiones jurídicas se basaban exclusivamente en la lógica formal, es decir, primaba el silogismo.

⁴⁵ Para una mayor información de esta discusión revisar: Prieto Sanchís, Luis. *La doctrina...*, *Cit.*, p. 347-351., Peczenik, Alexander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*, en *Doxa*, N° 12, 1992, pp. 327-331, Atienza y Ruiz Manero, *Objeciones de principio. Respuesta a Alexander Peczenik Y Luis Prieto Sanchís*, en *Doxa*, N° 12, 1992, PP. 333-352. y Luis Prieto Sanchís, Luis. *Dúplica a los profesores Manuel Atienza Y Juan Ruiz Manero*, en *Doxa*...pp. 315-325.

Hoy, las teorías modernas de argumentación jurídica distinguen dos ámbitos de racionalidad: la racionalidad interna y la racionalidad externa.⁴⁶ Recalcan que los criterios acerca de lo que se considera una argumentación apropiada son diferentes en uno y otro contexto.

La distinción entre la justificación interna y externa de las decisiones jurídicas, constituye la base de los modelos de razonamiento jurídico, por ello, nos detendremos en este punto.

4.1. Justificación interna.

Aquí adquiere importancia la aplicación del razonamiento silogístico.⁴⁷

Este modelo satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad, sirviendo de base al principio de justicia formal, el cual exige tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría.⁴⁸ Para observar una regla en una fundamentación jurídica se requiere que, como sucede en el silogismo, la decisión jurídica se siga lógicamente de la regla.

⁴⁶ “cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas como correctas, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión”. Wróblewsky Jerzy. “Justificación de las decisiones jurídicas”, en Id, *Sentido y hecho en el Derecho*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, trad. F.J. Ezquiza, 1989, p.35.

⁴⁷ La premisa mayor del silogismo está constituida por la norma que el juez considera aplicable al caso *in abstracto*. La premisa menor está constituida por un enunciado acerca de los hechos que configuran el caso concreto. La conclusión adscribe la consecuencia jurídica prevista por la norma a la acción del sujeto. Cfr. Comanducci, Paolo. *Razonamiento Jurídico*, Fontamara, S.A., México, 1999. pp. 72-73.

⁴⁸ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada..

En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, sería posible sin embargo afirmar cualquier conclusión.⁴⁹ Lo anterior, se traduce en la exigencia de que en la construcción de las premisas debe aducirse por lo menos una norma de carácter universal.⁵⁰

Esta es la forma más elemental de justificación de las decisiones jurídicas.

Siendo necesaria, por sí sola es insuficiente.

Aunque la lógica formal fuera la única herramienta a nuestra disposición sólo podríamos hablar de racionalidad de las decisiones jurídicas en un sentido muy débil.⁵¹

Se han esbozado por los autores una serie de consideraciones, sobre esta forma de fundamentación,⁵² de donde no es difícil concluir que es necesario poseer otras formas de control racional adicionales; la racionalidad o justificación externa.

4.2. La justificación externa.

La razonabilidad externa es corrección material en el razonamiento.

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 215.

⁵⁰ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

⁵¹ COMANDUCCI, Paolo. Obra citada.

⁵² a) No dice nada sobre cómo establecer las premisas, es decir, parte de ellas como algo ya dado, b) No dice nada sobre cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre si un determinado paso está o no autorizado, c) Sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica, d) No permite considerar como argumentos válidos aquellos en los que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sean altamente plausibles. e) No permite dar cuenta de las formas más típicas de argumentar en el Derecho (y fuera de él), por ejemplo la analogía y, f) No determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal, (por ejemplo, “condeno a S a la pena de Z”), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial (“debo condenar a S a la pena de Z”): un enunciado como “debo condenar a S a la pena de Z, pero no le condeno”, no representaría una contradicción lógica. Cfr. Atienza, Manuel. “Argumentación jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón y Francisco Laporta, Editorial Trotta, 1996. Cit. pp. 232-233.

[...] el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna [...] ⁵³ Su rol es superar las limitaciones de la lógica deductiva.

Tratándose de enunciados consistentes en reformulaciones de normas, la justificación externa se realiza a través de principios. Sin embargo, ellas no garantizan lograr *aceptación* ⁵⁴ para todos los problemas, ni que alcanzada ésta, todos estuvieran dispuestos a seguirla. Ante un mismo caso, las reglas permiten que varios participantes lleguen a soluciones igualmente racionales pero incompatibles entre sí.

Este análisis no tiene por objeto estudiar todos los problemas que se presentan en la justificación externa de los enunciados constitucionales, pero trataremos uno de estos, cual es: la justificación externa en la aplicación judicial de normas que tienen la estructura de principios jurídicos, singularmente, normas constitucionales que consagran derechos fundamentales.

5.- Utilidad de la distinción entre reglas y principios en la justificación externa.

Es hora de hacer sinapsis entre este tema y los principios jurídicos. Hemos dicho que la principal utilidad que evidencia la distinción entre reglas y principios es la relevancia de estas categorías para el razonamiento jurídico.

⁵³ 17 Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 222.

⁵⁴ AARNIO, Aulis. *Las Reglas en serio*, /en/ La normatividad del derecho. Primera edición. Barcelona: GEDISA, 1997.

La operación típica de las reglas sería la subsunción, la que se operativiza mediante una inferencia deductiva.⁵⁵ Los principios, a *contrario*, se aplicarían a través de la ponderación.

Si relacionamos estas ideas con las antes expuestas, diremos que las reglas constituyen una premisa mayor idónea para la justificación interna; en tanto que los principios deben operar necesariamente en el ámbito de la justificación externa.

Se derivan importantes consecuencias; a) no resulta posible aplicar principios en base a subsunciones, sin que previamente se justifique la premisa mayor, la que estaría constituida, precisamente, por la regla de preferencia condicionada que resulta de la aplicación de todo proceso de ponderación.

Sabemos que la ponderación es la forma propia de razonamiento de los principios, de este modo, será esta operación la que constituirá la principal fuente de justificación externa cuando esté en juego la aplicación de principios.

6.- ¿Porqué los principios sirven para justificar decisiones?

Consideramos que los principios son útiles para justificar decisiones, por su función integradora, que se traduce en entregar una solución a aquellas controversias que la norma jurídica no prevé. En los casos difíciles,⁵⁶ los principios guían decisiones.

⁵⁵ ALCHURON y BULIYGIN, /en/ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Ampliada y revisada, 7ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1995,

⁵⁶ HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Segunda Edición (reimpresión). Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1963. Trad. De Genaro Carrió de *The Concept of Law*.

En determinadas circunstancias si dos principios entran en conflicto, siempre uno precederá al otro, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean el caso, los principios tendrán distinto peso, lo que no significa que el principio desplazado pierda validez.

Según Prieto Sanchís⁵⁷ esto se debe a que [...] la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia y jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos [...] el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales [...] sino que se decanta en concreto a la luz de las necesidades y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna [...] ⁵⁸

Por su parte Alexy ilustra la operativización del procedimiento de la ponderación analizando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, señala que generalizando este proceso puede extraerse la regla que denomina “Ley de la Ponderación” que se resume: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. ⁵⁹

⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en *Neoconstitucionalismos(s)*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 143.

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 .Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Traducido por E. Gastón Valdés.

De esta forma se deja en evidencia que el peso de los principios no es determinable absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de “peso-relativo”; situación que puede ser representada mediante curvas de indiferencia, como las utilizadas en las ciencias económicas, sólo que en las ponderaciones jurídico-constitucionales, los bienes en cuestión estarían representados por el grado de importancia que se le otorgue a un derecho fundamental **F'** respecto de otro **F''** en una situación concreta.

Agrega Alexy, que si bien las curvas de indiferencia aclaran las ideas que hay detrás de la ley de la ponderación, no ofrecen un procedimiento definitivo para la decisión, pues quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto, no dice nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo hay un grado de importancia muy alto.

Pero en cambio, dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionada que representa el resultado de la ponderación.⁶⁰

Este modelo de fundamentación de ponderación que se presenta evita dificultades que se encuentran vinculadas con su concepto.

⁶⁰ Según Alexy, los argumentos citados para la fundamentación de tales enunciados no tienen ningún carácter específico, sino que sería pertinente tomar cualquier argumento propio de la argumentación jurídica, lo cual desde luego no le quita racionalidad, a menos que se diga que la argumentación racional siempre se vuelve no-racional o irracional.

Desvirtua la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la base en la cual pudiera decidirse la ponderación y, por lo tanto, la máxima de la ponderación de bienes sería una fórmula vacía.

Si bien la ley de la ponderación en tanto tal, no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos, el modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional.

La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado. No es que no diga nada, por tanto no es una fórmula vacía.

Ahora bien, el resultado de toda ponderación es un enunciado de preferencia condicionado que se expresa de la siguiente manera:

(F' P F'') C

Siendo **F'** y **F''** dos principios opuestos; **F'**: derecho a la vivir en un medio ambiente libre de contaminación y **F''**: la libertad de ejercer cualquier actividad económica, **C** la condición de preferencia, en tanto que **P** representa la relación de preferencia.

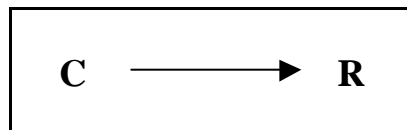
Así, de un enunciado de preferencia sobre una relación de preferencia condicionada se sigue una regla, que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene

preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia y en la cual puede ser subsumido el caso concreto.⁶¹ De acuerdo con la ley de colisión, de aquí se sigue la siguiente regla:



C R Que bajo la condición **C2**, ordena la consecuencia jurídica de **F' (R)**.⁶²

Si el principio **F'**, bajo las circunstancias **C**, precede al principio **F''**: (**F' P F''**) **C**, y si de **F'** bajo las circunstancias **C** resulta la consecuencia jurídica **R**, entonces vale una regla que contiene a **C** como supuesto de hecho y a **R** como consecuencia jurídica:



[...] En términos menos técnicos: las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente [...] ⁶³

En términos generales, este es el razonamiento que debe estar presente en todo proceso de ponderación. ⁶⁴

⁶¹ PAREDES, Felipe. *Los principios jurídicos y las justificaciones de las dcisiones judiciales dore derechos fundamentales*.

⁶² Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*., Cit. pp. 157 – 158.

⁶³ PAREDES, Felipe. Obra citada.

En este sentido, considerando los conflictos de derechos fundamentales, siguiendo a Felipe Paredes proponemos vías de solución al problema.⁶⁵

7.- ¿Existen conflictos entre derechos fundamentales?

Hay situaciones que involucran principios jurídicos, consagradores de derechos fundamentales en (aparente) conflicto,⁶⁶ y las decisiones en torno a la ponderación de derechos constitucionales pueden estar fundadas en buenas razones.

De manera que calificarlas de irreflexivas o arbitrarias nos parece injustificado.

Argumentos como los de Alexy no logran sortear la acusación de discrecionales. Clasificar los grados de afectación de un derecho fundamental en tres categorías es a lo menos discrecional ¿Porqué no son 4, 5 o 18 las categorías de afectación?

Por otra partes, ubicar la afectación de un derecho de un caso concreto en una de las tres categorías es igualmente discrecional.

⁶⁴ [...] Sin embargo, este procedimiento suele adoptar ciertas formas particulares o algunas modalidades de ponderación que resultan más aconsejables para un determinado asunto, sobre todo si consideramos la naturaleza de los asuntos que son sometidos a la decisión de los tribunales [...] Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ El problema en cuestión resulta independiente de la concepción que se asuma respecto de la caracterización del derecho. Tanto un iusnaturalista; que afirma la existencia de normas morales y de justicia universalmente válidas y asequibles a la razón humana y, que conjuntamente afirma que un sistema normativo no puede ser calificado de “jurídico” si contradice dichas normas morales o de justicia, como un positivista incluyente; que acepta que dentro de los sistemas normativos pueden existir, al menos, relaciones contingentes entre derecho y moral, también un positivista excluyente; que afirme que no existe relación, ni siquiera contingente entre derecho y moral, deben dar respuestas al problema planteado.

Al respecto, debemos señalar que en nuestra línea de argumentación, las referencias a la moral no aportan en nada a la solución del problema planteado, pues en el dominio de la moral, también debe responderse a la pregunta sobre si son posibles los conflictos entre valores (derechos) morales, y si frente a dichos conflictos la decisión que ha de adoptarse puede justificarse sobre la base de una jerarquía predeterminada o dependiendo del contexto particular de cada caso, que no hace más que reproducir el problema en idénticos términos.

Tomar una decisión cuando la afectación de un derecho es igualmente grave que la afectación de otro derecho en conflicto con el primero es discrecional.

Ponderar las razones que justifican la afectación de un derecho como de mayor peso que aquellas que la descalifican es también discrecional, incluso, sin contar con la posibilidad de que existan razones incommensurables entre sí.

Por todo ello, es posible concluir que si la operación de ponderación entre derechos constitucionales en conflicto tiene las características que le atribuye Alexy, ella consistiría, tal como sostiene Guastini,⁶⁷ en establecer entre los derechos en juego una jerarquía axiológica móvil, es decir, una preferencia valorativa elaborada por el intérprete, que sacrifica uno de los derechos y aplica el otro respecto del caso concreto, de carácter inestable, válida sólo atendiendo el impacto sobre el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con otro caso, razón por la cual la solución de conflictos futuros resultaría imprevisible.⁶⁸

Entonces, esta operación sería doblemente discrecional: porque instituiría *ex novo* una jerarquía de valores entre los derechos implicados y porque modificaría el valor relativo de tales derechos a tenor de los diversos casos concretos⁶⁹

Ante estas situaciones es posible adoptar tres posturas distintas.

- a) La primera tesis que podríamos denominar débil, señalaría que las normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales no son estrictamente

⁶⁷ GUASTINI, R. *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*, en GUASTINI, R. Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001. Página 147.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

contradictorias entre sí. Consideradas en abstracto.⁷⁰ Pero ello no implica que en un caso particular las normas puedan generar un (aparente) conflicto.⁷¹

- b) La segunda tesis, que también puede ser considerada débil, sostiene que siempre ha de encontrarse aquella interpretación de la Constitución que eluda posible conflictos, en aquellas situaciones que admitan más de una posible interpretación las cláusulas constitucionales deben ser interpretadas descartando todas aquellas interpretaciones que conduzcan a contradicción entre cláusulas de la misma jerarquía.
- c) De la tercera tesis podemos predicar que es fuerte con respecto a la inexistencia de conflictos entre derechos constitucionales, pues postula que las normas constitucionales han de ser consideradas compatibles en abstracto y frente a cualquier caso particular. De ésta forma, siempre es posible hallar una solución unívoca y predeterminada por la constitución. Esta tesis ha sido fundada sobre la base de dos argumentos.
 - i. El primer argumento resume la idea de la existencia de una jerarquía entre los derechos que permite superar cualquier conflicto. Esto sólo resulta

⁷⁰ Esta abstracción puede graficarse de la siguiente forma, decir “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y afirmar que existe libertad para desarrollar cualquier actividad económica, son dos aserciones que no pueden tenerse como enunciados contradictorios.

Esto no obsta a que existan genuinas contradicciones dentro de un mismo texto constitucional. El profesor Ferreres Comellas cita al respecto el caso de los artículos 14 y 57.1 de la Constitución española: el primero prohíbe toda discriminación en razón de sexo, en tanto que el segundo da preferencia al varón respecto de la mujer en el orden sucesorio al trono. Ferreres Comellas 1997: 29.

⁷¹ Ver sentencia del tribunal Constitucional Español en STC 154/2002 del 18 Julio de 2002.

defendible si se justifica que existe una jerarquía a priori entre la totalidad de los derechos consagrados en la constitución.

- ii. El segundo argumento, postula la idea ya expuesta de que todo (aparente) conflicto puede ser superado a través de la interpretación, de manera tal, que es posible armonizar dos derechos en lo que respecta a sus implicancias frente a un caso particular.

Prima facie, creemos razonable postular que los argumentos i) y ii) si bien su diferente presentación son un mismo y único argumento, esto porque el argumento ii) fundado en la interpretación constitucional no hace más que reiterar implícitamente lo señalado en el argumento c.1, pues interpretar la constitución no puede sino significar intentar determinar lo que la constitución ya dice.

La armonización entre derechos constitucionales frente a sus consecuencias ante casos particulares es imposible de sostener si no se presupone la existencia de criterios preestablecidos para la solucionar los (aparentes) conflictos.

Ahora bien, el dilema del conflicto (aparente) entre derechos constitucionales tiene dos alternativas de solución; rechazar la posibilidad de conflictos genuinos con la exigencia de justificar la existencia de una jerarquía completa y abstracta, a priori y definitiva de los derechos fundamentales,⁷² o bien se acepta la posibilidad de genuinos

⁷² La aceptación de una jerarquía con las características referidas implica la inexistencia de conflictos genuinos entre derechos constitucionales; todo conflicto será meramente aparente y producto de una limitación cognoscitiva, pues una vez se conozca detalladamente la jerarquía, del conflicto se desvanecerá por completo y será posible una solución unívoca al caso particular.

Creemos que ésta alternativa trae aparejada dificultades insuperables; a) la existencia de una jerarquía completa, abstracta, a priori y definitiva en general no es posible fundarla sobre el texto explícito de la

conflictos entre derechos constitucionales, pero se admite una amplia discrecionalidad judicial para resolver los conflictos.⁷³⁻⁷⁴

Como ya hemos dicho, Alexy ha pretendido justificar la existencia de dos diferentes tipos de normas en el derecho, desde una perspectiva de una separación fuerte entre principios y reglas.⁷⁵

Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debería ceder frente al otro, pero sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado.

constitución y resulta difícilmente justificable que intuitivamente la jerarquía sea revelada al intérprete. b) la frecuente aparición de casos particulares totalmente nuevos hace patente la insuficiencia de una jerarquía abstracta, completa, a priori y definitiva, pues resulta indispensable realizar permanentes ajustes, de manera que aunque se acepte la existencia de ciertos criterios jerárquicos entre los derechos constitucionales, esos criterios no parecen ser completos, abstractos, definitivos, ni formulables a priori.

⁷³ Esta alternativa, en tanto y cuanto rechaza la existencia de una jerarquía con las características indicadas, implica que los conflictos (genuinos) que se produzcan por aplicación de las normas que contienen derechos fundamentales deberán resolverse a la luz de las particularidades de cada caso individual.

Esta posición, nos parece ser la más realista, es decir, aquella que se ajusta con mayor propiedad a la concepción que tienen los propios operadores constitucionales sobre su trabajo, pues muchos de ellos señalan que en situaciones como las comentadas la clave de solución del caso consiste en atender a su propia singularidad.

De esta forma, esta alternativa de solución obliga al reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad judicial, porque aquello que es relevante para la solución del caso es lo peculiar de cada caso, de manera que el criterio utilizado para justificar una decisión semejante no puede universalizarse, ni siquiera para un caso análogo.

⁷⁴ La discrecionalidad resulta muy problemática porque en diversos planos (normativo, político, democrático e ideológico liberal) resulta a lo menos cuestionable el mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos, pues implica sujetarse a la decisión de un órgano judicial no elegido democráticamente (no representativo) e irresponsable políticamente.

⁷⁵ Para Alexy, lo que funda la existencia de principios es que en caso de conflicto en ellos se debe acudir a una preferencia condicional, no incondicional entre ambos. En caso de conflicto entre principios habría dos normas que aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, pero sería distinta la forma en que se soluciona el conflicto. En el caso de las reglas, un conflicto entre ellas solo podría ser solucionado estableciendo una preferencia incondicional de una sobre la otra, lo que equivaldría a declarar inválida a una de las reglas. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Traducido por E. Gastón Valdés.

La solución de la colisión en el caso de los principios consistiría en establecer entre ellos una relación de preferencia condicional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Alexy sostiene que el concepto de relación de preferencia condicional permite dar una respuesta simple al problema del peso de los principios.

El problema del argumento de la preferencia condicional, incondicional, es que por sí solo no puede ser utilizado para justificar la existencia de dos tipos de normas en el derecho. De acuerdo con el análisis efectuado un conflicto entre dos normas cualquiera puede ser resuelto estableciendo una preferencia incondicional o una preferencia condicional entre ellas. De las diversas formas en que un conflicto entre normas puede resolverse, no se sigue en absoluto que existan dos diversas especies de normas en el derecho. Por otra parte, el que los principios se encuentren sujetos a excepciones no exhaustivamente enumerables por su posible colisión con otros principios, mientras que las reglas no, es algo que también resulta altamente controvertible.

En la propuesta teórica de Alexy, la reconstrucción de la operación de ponderación,⁷⁶ se refiere al modo de justificar una decisión ante un caso individual de conflicto entre derechos fundamentales.

Alexy parece sostener que las circunstancias que permiten justificar la preferencia condicional de uno de los principios en juego son relativas al contexto particular del caso, de forma que tales circunstancias han de ser descriptas de cierto modo a través de ciertas propiedades que podrían reiterarse en otros casos.

⁷⁶ Si bien está desarrollada en la obra del profesor alemán con cierta ambigüedad.

Pero, si el criterio que se utiliza para justificar la resolución de un conflicto entre dos principios, en un caso particular, es compartido por otros casos de iguales características, estos casos que tienen en común un criterio o propiedad general, deben recibir la misma solución. Salvo, claro está, que los casos presenten otra propiedad igualmente general y relevante que permita diferenciarlos.

Pero, la asignación de relevancia de una cierta propiedad o criterio general, suele no contar con fundamento expreso en ninguna norma preestablecida en el sistema jurídico. De esta forma, el criterio que nos permite justificar la preferencia condicional de un principio frente a otro en cierto caso, no tiene fundamento legal expreso. En consecuencia, la reconstrucción de Alexy no puede eludir el cargo de discrecional.⁷⁷⁻⁷⁸

⁷⁷ Sobre la discrecionalidad judicial y la operación de ponderación o balance entre derechos constitucionales priva a estos de su fuerza normativa, pues lo ubica en un mismo pie de igualdad, con valores objetivos y políticas, quitándoles así su carácter de muros de contención o de “cartas de triunfo”, en expresión de Dworkin. Por otra parte, Habermas señala que no existen estándares racionales para la operación de ponderación de modo que ella constituiría un ejercicio de arbitrariedad o al menos, de irreflexibilidad si es que sea apoyada en pautas y jerarquías consuetudinarias por lo que quedaría fuera del dominio de la justificación racional.

No obstante para Habermas, el que los principios constitucionales no poseen significados estables más allá y con carácter independiente de su aplicación a casos concretos, no mella la legitimidad de las democracias constitucionales contemporáneas (tal como pretenden autores como Waldron). HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge. Polity. 1996. Pág. 256-259.

⁷⁸ Creemos que la objeción de Habermas es descartable porque arbitrariedad o irreflexibilidad no son sinónimos de discrecionalidad. Una decisión es arbitraria si no posee justificación, o tal justificación es solo aparente o inhábil. Es irreflexiva si no cuenta con razones en su apoyo.

Por un parte, si seguimos a Dworkin, podemos entender a lo menos, tres sentidos de la voz discrecionalidad; a) Haciendo referencia a aquellos casos en que un operador tiene autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro, esta situación es de frecuente ocurrencia cuando el operador forma parte de una jerarquía donde algunos tienen una autoridad superior. b) En lo respectivo a un problema, cuando el adjudicador no está vinculado por pauta general alguna impuesta por alguna autoridad y, c) Para aludir a situaciones, en las que, por alguna razón, las normas que cierto adjudicador debe de utilizar como fundamento de sus decisiones no pueden aplicarse mecánicamente sino que exigen una cuota de juicio o discernimiento del adjudicador.

Con todo, podemos afirmar, con cierto grado de certeza que el problema aquí analizado se refiere a la segunda de las acepciones. Si bien, es dable sostener que la tercera acepción o bien es una

Alexy ha tratado de salvar las objeciones de Habermas apoyándose en la idea que los conflictos entre derechos constitucionales deben resolverse sobre la base de un principio de proporcionalidad⁷⁹ que se traduciría en tres exigencias: a) Adecuación,⁸⁰ b) Necesidad⁸¹ y c) Proporcionalidad en sentido estricto.

Para Alexy los grados en que un derecho puede resultar afectado por otro derecho pueden clasificarse en tres categorías; leve, media y grave. Debiendo, una afectación leve ceder ante afectaciones más graves, y a su vez, las razones que justificarían una interferencia semejante pueden ser más fuertes o más débiles.

Alexy considera que una forma de mostrar que es posible la racionalidad respecto de los juicios de intensidades, de interferencia y grados de importancia, de modo que el resultado pueda determinarse racionalmente a través de la ponderación, consiste en analizar ejemplos paradigmáticos, lo cual nos permitiría apreciar cuales son nuestros presupuestos cuando resolvemos casos por medio de la ponderación de derechos.⁸²⁻⁸³

particularización del segundo sentido, o bien, la diferencia es tan sutil con la tercera acepción que no se alcanza a percibir.

⁷⁹ La máxima de proporcionalidad exigida por Alexy que permiten determinar la constitucionalidad de decisiones legislativas como de otro tipo de decisiones jurídicas sometidas a la justicia constitucional.

⁸⁰ Significa que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho. Esto se traduce en que una norma debe ser declarada inconstitucional si vulnerando en cualquier grado algún derecho no promueve ningún otro.

⁸¹ Significa que el sacrificio impuesto al ejercicio un derecho sea necesario para preservar otro derecho. Esta regla permite declarar la inconstitucionalidad de una norma siempre que, protegiendo un determinado derecho, la norma lesiona otro derecho constitucional, siempre que exista otra norma que promoviendo la realización del primer derecho, no lesiona o lo hace en poca intensidad el segundo derecho. De este modo la primera normas sería inconstitucional por innecesaria, bastaría el otro medio y la segunda norma.

⁸² El papel de los casos paradigmáticos en el razonamiento práctico ha sido destacado, en otros, por Dworkin (1986:255-257) y Hurley (1989:212). Por su parte, a juicio de Moreso los casos paradigmáticos

La afectación de un derecho violaría el principio de proporcionalidad sino está justificada por el hecho de que la omisión de tal afectación daría lugar a una afectación de otro derecho, en la medida en que esta última sea, al menos, tan intensa como la primera. Los juicios relativos a la proporcionalidad de la afectación de un derecho tendría pretensión de corrección, y tal pretensión se justificaría a través de juicios relativos a grados de intensidad de las razones que lo fundamentan. Con ello se evitaría, a juicio de Alexy, la conclusión de que los juicios de ponderación se encuentran fuera del dominio de la justificación y la corrección.

Por su parte, Ronald Dworkin rechaza la posibilidad de que los jueces tengan amplia discrecionalidad judicial,⁸⁴ frente a los casos difíciles.⁸⁵ El núcleo de la interpretación constructiva de Dworkin consistiría en sostener que a menudo los jueces citan algún principio, propósito o meta general que un amplio sector del derecho existente ejemplifica y que señala hacia una respuesta para el caso en cuestión.⁸⁶

constituyen el trasfondo inarticulado en cual el razonamiento práctico tiene lugar. Su consideración permitiría restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, ya que solo resultarían admisibles aquellas reconstrucciones que den cuenta de manera satisfactoria de los casos paradigmáticos. Moreso (2004).

⁸³ En principio, nosotros estimamos que la apelación a casos paradigmáticos no constituye una buena base para apoyar la racionalidad de nuestras evaluaciones sobre el peso de diferentes derechos en conflicto ello en razón de que las apreciaciones que formulamos sobre lo que consideramos casos paradigmáticos no revelan sino, nuestras intuiciones o nuestras convenciones y ninguna de las dos cosas permite extraer conclusión alguna sobre la racionalidad de la operación.

⁸⁴ Hart señala que la importancia que típicamente se atribuye en el derecho a los procedimientos por analogía ayuda a explicar la reticencia a aceptar que los jueces crean derecho. (Hart 1994)

⁸⁵ Este rechazo a la discrecionalidad judicial carece de fundamento. Si aceptamos que los principios son parte del derecho, si se considera que dos principios pueden entrar en conflicto frente a un caso particular y que un conflicto semejante ha de resolverse sobre la base de un examen de las características peculiares del caso – lo que implica rechazar la posibilidad de establecer una jerarquía predeterminada entre los principios-, la conclusión que se impone es que los jueces seguirán gozando de discrecionalidad en situaciones semejantes.

⁸⁶ Ante la postura de Dworkin, el profesor inglés Herbet Hart señala que si paralelamente se sostiene que un cualquier caso difícil pueden presentarse distintos principios que susriten analogías y que el juez

Aún cuando la distinción entre reglas y principios, tal como la presenta Dworkin, no se sostenga al examen de los diferentes modos de resolución de conflictos entre normas permite apreciar con mayor claridad las características de la operación que se ven involucrados los jueces cuando han de solucionar conflictos entre derechos fundamentales.

deberá decidir entre ellos apoyado en su buen juicio, este procedimiento difiere pero no elimina el momento de la creación judicial del derecho. Sólo si para todos los casos semejantes pudiera hallarse en el derecho algún conjunto único de principios de orden superior que asignara un peso relativo a todos los principios potencialmente rivales, la discrecionalidad no solo sería diferida sino eliminada.

CAPITULO III

Las resoluciones del Tribunal Constitucional

1.- Objetivo.

Este capítulo tiene por objeto, tras un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, determinar la existencia de conflictos genuino o aparentes entre derechos constitucionales, y analizar cual ha sido la solución dada por el tribunal a cada caso concreto.

[Para estos efectos se realizó una clasificación de las sentencias a objeto de analizar aquellas que presentaban conflictos de derechos constitucionales, entendiendo como tales, los consagrados en el artículo N° 19 de la Constitución. Se descartaron aquellas sentencias en que la situación se trata más bien de una interpretación diversa que dan las partes a una misma garantía, remitiéndonos, por tanto, a aquellas en que encontramos dos o más garantías en contradicción en forma explícita.

2.- ¿Cuándo se da el conflicto de derechos fundamentales?

El conflicto se presenta cuando en un caso concreto nos encontramos con garantías constitucionales que colisionan, se ven enfrentadas debido a las particularidades que presenta dicho caso, esto, porque entendemos que si consideramos las garantías en abstracto no se presentan contradicciones entre ellas.

Para determinar cuando se dan estos conflictos es que se analizan las sentencias que pronuncia el Tribunal Constitucional, ejerciendo principalmente las funciones que le entrega la Constitución en el artículo 80 N° 1, 2, 5, 10 y 11.⁸⁷

3.- ¿Cómo se solucionan estos conflictos?

En el Capítulo III se expusieron tres tesis acerca de como solucionar estos conflictos, así se señaló que existían dos tesis llamadas débiles que aceptan la existencia de conflictos, y una fuerte que niega dichos conflictos.

La tesis fuerte plantea que existirían jerarquías entre los derechos constitucionales, que permitirían superar cualquier posible conflicto. En este sentido, el profesor José Luis Cea, plantea que existe tal jerarquía entre las garantías consagradas en el artículo 19 de la Constitución, y que esta se encontraría dada por la especial disposición en que se encuentran consagradas, es decir, por el orden en el que fueron establecidas en el catálogo. Esto significa, entonces, que el derecho a la vida se encontraría por sobre todos los demás garantías.

⁸⁷ Se deja constancia de que si bien nuestra carta fundamental se modificó en septiembre de éste año, hemos dejado la antigua numeración, y que las sentencias con las que hemos trabajado hacen alusión a éstos artículo.

Nuestro objetivo consiste, entonces, en determinar si efectivamente ha sido esta la postura que ha tomado el Tribunal Constitucional en sus decisiones, o bien ha tomado una vía distinta para establecer sus decisiones.

4.- Análisis de las sentencias.

En base al criterio de selección que hemos señalado anteriormente, logramos determinar un subconjunto de 15 sentencias emanadas del tribunal Constitucional Chileno. De esas sentencias que procedimos a analizar pudimos extraer varias conclusiones, de todo orden de ideas. En este sentido, hacemos notar que dentro de las sentencias clasificadas, se tratan distintas materias y se hace alusión a las diversas facultades que la Constitución entrega a este tribunal en su artículo N° 82.

Antes de llegar a determinar la forma en que éste tribunal resuelve los conflictos entre derechos fundamentales del Artículo 19 de nuestra carta, debemos hacer algunas precisiones:

En primer lugar, nos encontramos frente a la situación en que varias de las sentencias y no solo aquellas que fueron seleccionadas, presentaban un conflicto entre derechos más bien aparente que real, en segundo lugar, podemos decir que en muchos de los casos, se presentaba cierta colisión de un derecho fundamental del artículo 19, pero sin tener contrapartida en otro derecho, sino que solo se trataba de un problema de interpretación en el sentido de que un mismo derecho era presentado desde dos puntos de vista, sirviendo así de argumento tanto para requirentes como para los requeridos. En

tercer lugar, se dio la circunstancia de que nos encontramos con varias sentencias que contenían conflictos explícitos de derechos fundamentales del Art. 19, pero que no fueron resueltas en base a ellos, sino más bien en base a otras normas constitucionales, y generalmente se trató de cuestiones de forma. Y Por último, tenemos que en la mayoría de las sentencias seleccionadas, no se dio un conflicto absolutamente explícito, en el sentido de señalar el fallo específicamente que derechos fundamentales estaban en colisión, de tal modo que tuvimos que hacer un análisis detenido para llegar a determinar cual era el otro derecho para así configurar el conflicto.⁸⁸

En definitiva podemos decir que, en caso de conflictos entre derechos fundamentales, el tribunal constitucional no mantiene una postura unívoca al decidir, ya que respecto de dos derechos constitucionales en conflicto, relativos a situaciones distintas, éste tribunal ha fallado de manera diversa, lo que desvirtúa la posibilidad de la existencia de un orden jerárquico dentro del artículo 19 de nuestra carta. En éste sentido, las particularidades de cada caso han hecho que el tribunal opte por uno u otro derecho.⁸⁹

⁸⁸ Lo normal es que las sentencias no dicen explícitamente que hay conflicto entre dos o más derechos fundamentales, podemos citar por ejemplo la sentencia ROL N° 220 relativa al proyecto de ley de transplante de órganos. En ésta sentencia se hace alusión expresa a que la norma viola los derechos consagrados en los artículos 19 N° 1 y 2, pero no se hace referencia explícita al derecho que sirve de fundamento a éste proyecto de ley. Sin embargo, del análisis detallado de los considerandos se pudo deducir que el argumento esgrimido era el art 19 N° 9, configurándose así el conflicto.

⁸⁹ En éste sentido, ver en anexo N° 1 las sentencias Rol N° 146, 163 y 373.

Podemos fundar nuestra postura además, en la sentencia Rol 220, que respecto del conflicto entre los derechos contemplados en el Art. 19 N° 1 y 2 V/S Art. 19 N° 9, éste tribunal optó por éste último, lo que derriba la tesis del orden jerárquico de éstos derechos.

CAPITULO IV

A modo de Conclusión

Al comenzar ésta investigación tuvimos como fin último responder a la pregunta de si existen conflictos entre derechos fundamentales y en el evento de que haya colisión real o aparente entre este tipo de derechos, cómo ha sido resuelto por el tribunal constitucional.

Sin embargo, para contestar éstas interrogante, tuvimos que plantearnos otras preguntas que debieron ser respondidas en forma previa.

En primer lugar, hicimos alusión al Cómo se justifican las decisiones en el razonamiento práctico, lo que nos llevo en forma directa a hacer una breve mención al particularismo y universalismo, señalando los pro y los contra de cada una de éstas teorías.

Si bien en el análisis concluimos que había más argumentos para quedarnos con el universalismo, consideramos que por sí sola ninguna de las dos, es suficiente para justificar las decisiones.

Uno de los elementos que diferencia estas teorías es el relativo a las operaciones de ponderación y subsunción, operando la primera en la tesis particularista y la segunda en la universalista. En éste sentido creemos que estas operaciones, respecto de

conflictos entre derechos fundamentales, no son contradictorias entre sí, sino que más bien operan en momentos distintos. Concluimos esto en base a que nosotros adscribimos al modelo de constitución axiológico como norma, respecto del cual se señala que habría especificidad en cuanto a la interpretación de la constitución y la ley.

En éste mismo orden de ideas, se señala que para aplicar una norma requiere de una interpretación y que las formas de interpretar una u otra son diferentes (existe especificidad) ya que los principios que están contenidos en la carta fundamental constituyen cláusulas abstractas, lo que implica que no pueden ser interpretados igual que una regla. Además, estos no poseen la lógica cardinal de las reglas en cuanto éstas últimas pueden expresarse en los términos si/no.

Los principios no se aplican a diferencia de las reglas en un todo o nada, tiene aplicación gradual, a veces un mismo principio se aplica por sobre otro, y en un caso diverso, donde se encuentren estos mismos principios la situación se puede invertir,⁹⁰ pero ello no significa que el principio desplazado en uno y otro caso pierda validez, a diferencia de lo que ocurre con las reglas.

En base a esto concluimos que se debe realizar primero el proceso de ponderación para luego pasar a la subsunción.

En otro orden de ideas, consideramos que respecto de la interrogante de si existen o no conflictos entre derechos fundamentales, damos una respuesta afirmativa, ya que del análisis que realizamos de las sentencias del tribunal constitucional pudimos

⁹⁰ En éste sentido, ver en anexo N° 1 las sentencias Rol N° 146, 163 y 373.

evidenciar que no existiría un orden jerárquico dentro de los derechos que consagra el artículo 19.⁹¹

En cuanto a la forma como se resuelven estos conflictos en las sentencias del Tribuna constitucional, concluimos que, la solución que da éste tribunal va a estar determinada por la particularidades que presenta cada caso, lo que no significa que la decisión sea arbitraria, puesto que de todas formas la decisión estaría fundada en una norma universal que contiene las características relevantes, esto porque del análisis de las sentencias pudimos evidenciar que la solución en última instancia se toma atendiendo a las demás normas de la constitución, constituyéndose en la norma general que fundamenta sus fallos.

Finalmente, si bien es cierto que la solución en última instancia estaría dada por la constitución, eso no nos permite evadir la situación de que exista cierto grado de discrecionalidad, pero que en ningún caso implica arbitrariedad.

⁹¹ Ver en anexo N° 1 sentencia ROL N° 220.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AARNIO, Aulis. *Las Reglas en serio*, /en/ La normatividad del derecho. Primera edición. Barcelona: GEDISA, 1997.

- 2.- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Trad. de Ernesto Garzón Valdés de *The Rational as Reasonable*.

- 3.- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 .Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Traducido por E. Gastón Valdés.

- 4.- ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, en *Radio Iuris*. Vol. 16, Nº 2, 2003:131-140.

- 5.- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- 6.- ATIENZA, Manuel. “Argumentación jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón y Francisco Laporta, España: Trotta, 1996.

- 7.- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan. *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, España: Ariel, 1996.

- 8.- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan. *Tres enfoques de los principios jurídicos*. En Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje. Revista de ciencias y sociales. Editorial EDEVAL. N° 38, 1993. Páginas.

- 9.- ATRIA, Fernando. *Los peligros de la constitución. La idea de igualdad ante la jurisdicción nacional* /en/ Cuadernos de análisis jurídicos. Escuela de derecho, universidad Diego portales. Chile: Alfabetá, diciembre 1997.

- 10.- BARROS, Enrique. *Reglas y Principios en el derecho*. /en/ Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. N° 2. Chile: EDEVAL. 1984.

- 11.- COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento Jurídico*, México: Fontamara, S.A., 1999.

- 12.- COMANDUCCI, Paolo. *Principi giuridici e indeterminazione del diritto.* /en/ Paolo Comanducci, Assagi metaética due. Torino, Giappichelli, 1998:81-96.
- 13.- COMANDUCCI, Paolo. *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali.* /en/ Analisi e diritto – Ricerche giurisprudenza analítica. 2002-2003:317-330.
- 14.- COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales* /en/ Revista de derecho Universidad Católica de Temuco. N° 4, Temuco, Chile, año 2003.
- 15.- CONTESSE S. Jorge. *Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos fundamentales?.* /en/ Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. N° 20. Chile: EDEVAL. 2002.
- 16.- COZZANI V., Claudia y GONZALEZ G., Lionel. *El positivismo jurídico y los principios en el derecho.* En Revista de Ciencias Sociales, N° 46. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1° y 2° semestre de 2001. EDEVAL.
- 17.- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio.*, Barcelona: Ariel Derecho S.A. 1989.

- 18.- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge. Harvard University Press. 1986.
- 19.- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press. 1996.
- 20.- ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. 2ª edición, Barcelona, España: Gedisa, 1995. Trad. De Carlos Gardini de Solomonie Judgements.
- 21.- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Primera edición, Madrid, España: TROTTA, 2001.
- 22.- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Primera edición, Buenos Aires, Argentina: Paidós Ibérica S. A., 1999.
- 23.- GUASTINI, Ricardo. *Conflictos entre principios*. /en/ Ricardo Guastini, Estudios de Teoría Constitucional. México, Fontamara, 2001.
- 24.- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge. Polity. 1996.

- 25.- HABERMAS, Jürgen. *On Law and Disagreement Some Comments on "Interpretative Pluralisms"*. En Ratio Iuris. Vol. 16. Nº 2 . 2003:187-194.
- 26.- HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Segunda Edición (reimpresión). Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1963. Trad. De Genaro Carrió de The Concept of Law.
- 27.- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Octava edición. México: PORRÚA S. A., 1995. Trad. Roberto Vernengo de "Reine Rechtslehre".
- 28.- NAVARRO E., Pablo y REDONDO, María Cristina. *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Primera edición, Barcelona, España: Gedisa S. A. 2002.
- 29.- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Ampliada y revisada, 7ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1995,
- 30.- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1992.

31.- Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales titulado *Sobre el Razonamiento jurídico*. Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, N° 45 Chile: EDEVAL, Primer y segundo semestre de 2000.

32.- Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales titulado *John Rawls. Estudios en su homenaje*. Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, N° 47 Chile: EDEVAL, Primer y segundo semestre de 2002.

33.- Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales titulado *H. L. A. Hart y el concepto del derecho*. Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, N° 28 Chile: EDEVAL, Primer semestre de 1986.

34.- Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales titulado *Ponencias: los principios en el derecho*. Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, N° 46 Chile: EDEVAL, Primer y segundo semestre de 2001.

35.- Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales titulado *Ronald Dworkin, estudios en su homenaje*. Facultad de derecho y ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, N° 38 Chile: EDEVAL, Primer y segundo semestre de 1993.

- 36.- PECES-BARBA M., Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- 37.- PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en *Neoconstitucionalismos(s)*, Madris, España: TROTTA, 2003.
- 38.- Revista Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Año I N° 1. Argentina. 2001.
- 39.- Revista Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Año II N° 2. Argentina. 2001.
- 40.- Revista Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Año III N° 3. Argentina. 2001.
- 41.- Wróblewsky Jerzy. “Justificación de las decisiones jurídicas”, en Id, *Sentido y hecho en el Derecho*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989. trad. F.J. Ezquiza.
- 42.- ZAPATA, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Corporación Tiempo 2000, 1ª ed. Santiago: VIS Ltda. 1994.

43.- ZAPATA, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1991)*.
/en/ Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica.
Vol. 18 N° 2. Santiago: Alfabetá, Mayo-agosto 1991.

44.- Sentencias Tribunal Constitucional Chileno. Rol 1 a Rol 435. Disponibles en
www.tribunalconstitucional.cl

ANEXO 1

Fichas de análisis de las sentencias del Tribunal

Constitucional.

Para fines de éste trabajo, del universo de 435 sentencias emanadas del tribunal Constitucional chileno, se realizó una selección de aquellas sentencias que contenían conflictos de derechos fundamentales, basadas en el criterio de conflictos explícitos de derechos consagrados en el artículo 19 de nuestra carta fundamental.⁹²⁻⁹³

Rol:	19
Materia:	Requerimiento en contra del Ministro de Interior Sergio O. Jarpa Reyes formulado por Fabiola Letelier del Solar y otros.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 1 V/S Art. 19 N° 17
Solución:	Sería un caso de conflicto aparente, ⁹⁴ ya que las causales que esgrimen los requirentes no se encuentran contempladas dentro de las que la constitución establece, por lo que se soluciona en base a otros criterios.

Rol:	56
Materia:	Proyecto que modifica la ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios

⁹² Se excluyeron de ésta selección aquellas sentencias en que, sin perjuicio de contener alusiones a principios fundamentales del artículo 19 de nuestra Constitución, para sus considerandos y respectiva resolución se fundaron en un mismo principio interpretados de distintos puntos de vista.

⁹³ Se consideró en éste trabajo hasta la sentencia ROL N° 435 de fecha 3 de febrero de 2005.

⁹⁴ Se consideró ésta sentencia para nuestro estudio, sin perjuicio de contener un conflicto que a criterio de nosotras es más bien aparente, como forma de ilustrar que es posible encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentencias que si bien hacen alusión a una posible colisión entre dos o más derechos fundamentales, fueron resueltas por nuestro Tribunal Constitucional en base a otros criterio, por lo que no alcanzó a pronunciarse sobre la colisión aludida.

Principios en conflicto:	Art. 19 N° 2, 12, 20, 22, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 2 y 15
Solución:	Se declara que es constitucional la norma sometida a éste tribunal, ya que se reconoce que es deber del Estado asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones.

Rol:	102
Materia:	Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de enseñanza.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 11 V/S Art. 19 N° 16
Solución:	Se declara la inconstitucionalidad del artículo 74 porque se le otorgan facultades amplias y genéricas a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y General Director de carabineros para convalidar títulos, estudios y grados obtenidos fuera de Chile, sin precisión de ninguna clase de requisitos, condiciones o referencias y en cuya redacción sólo se alude al informe de un organismo no determinado.

Rol:	146
Materia:	Requerimiento en contra del decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 21 y 24 V/S Art. 19 N° 8
Solución:	Se declara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo por vulnerar los arts. 19 N° 21 y 24, no aceptándose como fundamento del ejecutivo el art. 19 N° 8.

Rol:	167
Materia:	Requerimiento presentado por los diputados Gustavo Alessandri Balmaceda y otros en contra del decreto supremo N° 327, del Ministerio de Obras Públicas.

Principios en conflicto:	Art. 19 N° 21, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 8
Solución:	Se declara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo por vulnerar los arts. 19 N° 21, 24 y 26, no aceptándose como fundamento del ejecutivo el art. 19 N° 8.

Rol:	184
Materia:	La H. Cámara de Diputados envió este proyecto que modifica las leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras materias que indica
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 3, 15, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 18
Solución:	Que los incisos primero y segundo del N° 12 del artículo 94, agregados por la letra d) del número 17 del ARTICULO CUARTO del proyecto que introduce modificaciones al decreto ley N° 3.500, de 1980; y la letra u), agregada al artículo 3°, por el número 1 del ARTICULO SEPTIMO que introduce modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, son inconstitucionales, y por tanto deben eliminarse de su texto. Vulnera el art. 19 N° 3, 15, 24 y 26.

Rol:	185
Materia:	Proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 8, 21, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 8
Solución:	Se declaró que el artículo 49 del proyecto es inconstitucional, artículo 50 y 51 por vulnerar los artículos Art. 19 N° 8, 21,24 y 26.

Rol:	203
Materia:	Modificación que el artículo 2º, N° 10, letra a) del proyecto que modifica el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales y la Ley N° 17.235, sobre impuesto territorial, introduce al artículo 24, inciso segundo, del mencionado Decreto Ley.
Principios en conflicto:	Art. 19, N° 2, 20, 22, 24 y 26 V/S Art. 19, N° 22
Solución:	Se declara la constitucionalidad del proyecto, por estimar el tribunal que los fundamentos que esgrimen los requirentes no constituyen violación de los artículos en comento.

Rol:	207
Materia:	Proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada, contenido en el Mensaje enviado por el Presidente de la República con fecha 16 de enero de 1995 a la Honorable Cámara de Diputados.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 24 V/S Art. 19 N° 3
Solución:	Se desecha la petición de S. E. el Presidente de la República, por estimar que el requerimiento no puede producir efectos antes de haberle sido oficialmente comunicada su interposición constituyendo un error de hecho. Se acoge el requerimiento.

Rol:	220
Materia:	Proyecto de ley sobre trasplantes de órganos.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 1 y 2 V/S Art. 19 N° 9
	Salvo algunas palabras que debieron borrarse por ser

Solución:	<p>inconstitucionales, se rechaza el requerimiento a foja uno. El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.</p> <p>Se desprende así, que la protección de la vida desde el punto de vista de la salud, está en manos de la medicina, cuyos avances han permitido prolongar la vida de personas beneficiadas por trasplantes que, de no haberseles efectuado, habrían muerto;</p>
------------------	---

Rol:	226
Materia:	Proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 12, 20, 21, 23, 24 y 26 V/S Art.19 N° 12,15
Solución:	Se declara la constitucionalidad del Art. 1 inciso 3, por considerar el derecho a la información como parte de la libertad de informar. También se declara la inconstitucionalidad de los Art. 9 inciso 1, 20 y 43.

Rol:	246
Materia:	Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales.
Principios en conflicto:	Art. 19, N° 3, 24 V/S Art. 19 N° 24
Solución:	Se acoge el reclamo declarando la inconstitucionalidad del proyecto, ya que para la privación de la propiedad sólo puede ser por causa de utilidad pública o de interés nacional, y que en este caso no se configura dicha utilidad.

Rol:	301
Materia:	Proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en relación a la elección de Presidente de la República.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 2 V/S Art. 19 N° 15
Solución:	Se declara inconstitucional el N° 2 del artículo 1, por violar el artículo 19 N° 2, al establecer que en caso de fallecimiento del candidato a Presidente de la República sólo podrá ser reemplazado en el caso de que pertenezca a un partido político y no el evento de ser un candidato independiente.

Rol:	334
Materia:	Proyecto de ley, que modifica el decreto ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 4, 5, 18, 21, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 18
Solución:	Se acoge el requerimiento interpuesto a fojas 1, declarándose, en consecuencia, inconstitucionales los numerales 5, letra b), y 6, del artículo 1° del proyecto que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias, y, por tanto, deben eliminarse de su texto.

Rol:	373
Materia:	Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 27 de febrero de 2003
Principios en conflicto:	Art. 19 N° 20, 24 y 26 V/S Art. 19 N° 8
Solución:	Que, en consecuencia, el artículo 2.1.31 en estudio no establece ninguna privación o limitación al dominio sobre

	<p>dichas áreas verdes, porque él no las crea ni las contempla, sino que, sobre la base de su existencia jurídica, establecida conforme a las correspondientes normas legales y reglamentarias, que no se encuentran <i>sub-lite</i>, entra a regular la posibilidad de que en dicho predios, en los cuales, por su naturaleza de áreas verdes, no es posible construir, pueda hacerse. Ser rechaza el requerimiento.</p>
--	---