

LOM PALABRA DE LA LENGUA YÁMANA QUE SIGNIFICA SOL

RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE

Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo
La República en Chile: teoría y práctica del
Constitucionalismo Republicano (texto impreso) / Renato
Cristi, Pablo Ruiz-Tagle. — 1. ed. — Santiago
LOM Ediciones, 2006.
423 p.; 16x21 cm. (Colección Ciencias Humanas)
R. Ft. : 159.336
ISBN : 956-282-868-9
1. Chile.—Historia I. Título. II. Serie. III. Ruiz-Tagle,
Pablo y Cristi, Renato
Diseño : 983 — cdd.21
Cutter : C9336
Fuente: Agencia Catalográfica Chilena

La República en Chile

Teoría y práctica del Constitucionalismo
Republicano

© LOM Ediciones
Primera edición, 2006

ISBN: 956-282-868-9

Registro de Propiedad Intelectual N°: 159.336
Motivo de copyright: Sala de sesiones del Senado de la República de Chile.
Archivo fotográfico de la Universidad de Chile.

Diseño, Composición y Diagramación:
Editorial LOM, Cometa y Toro 23, Santiago
Fono: (56-2) 688 52 73 Fax: (56-2) 696 63 88
web: www.lom.cl
e-mail: lom@lom.cl

Impreso en los talleres de LOM
Maguel de Atero 2888, Quinta Normal
Fonos: 716 9684 - 716 9695 / Fax: 716 8304
Impreso en Santiago de Chile



Capítulo 11

Entre el iusfundamentalismo y la democracia

PABLO RUIZ-TAGLE

Este capítulo explora las ideas que se han desarrollado en Chile en torno a los derechos constitucionales y muestra cómo estas ideas no han coincidido necesariamente con la concepción más actualizada y comprensiva de esos derechos. Para este efecto examino, en primer lugar, la tradición constitucional chilena y la distinción de doctrinas constitucionales de carácter e inspiración "pontificia". Estas últimas se caracterizan por ser intuitivas y por aspirar a servir como criterio total de resolución de el universo o la clase completa de cuestiones constitucionales en todo tipo de procedimientos. El caso más extremo de este grupo de doctrinas aboga por una supuesta jerarquía de los derechos constitucionales. En segundo lugar, identifico un conjunto de doctrinas alternativas de principios democráticos y republicanos, que se describen como de carácter más razonado y con alcance parcial, así como su expresión doctrinaria y jurisprudencial. Finalmente, reviso algunas ideas sobre la noción de derechos fundamentales en el derecho comparado que han desarrollado autores como Antonio Pereira Menaut, Gregorio Pecces Barba, Pedro Cruz Villalón, Louis Favoreu y Robert Alexy. Mi intención es comparar éstas con el derecho constitucional chileno y, en definitiva, comprobar su afinidad y posible aplicación en nuestro sistema jurídico.

1. La tradición constitucional chilena y los derechos fundamentales

El capítulo III del texto constitucional vigente en Chile requiere una explicación y una dogmática más completa porque su contenido es especialmente relevante para entender nuestra carta fundamental (Alexy, 1997: 29-34). Conviene tener presente que hay diferencias entre este capítulo y los capítulos similares de las constituciones chilenas anteriores. Estas diferencias se extienden no solo respecto de los derechos reconocidos respectivamente en cada una

de ellas¹¹⁸, sino que también se refieren a las formas en que se concibe la garantía de los derechos¹¹⁹, el contenido esencial consagrado como garantía en el Art. 19 n° 26 respecto de todos los derechos; los deberes fundamentales establecidos en el Art. 22 y la concepción de Estado y sociedad que se desprende del Art. 23. Pero quizá la diferencia más importante entre la Constitución actual y las anteriores sea el que la Constitución de 1925 ya consagraba una idea de derechos y garantías constitucionales que respondía a una noción doctrinaria de libertades públicas (Peces Barba, 1999: 21-38). La Constitución chilena actual responde, en cambio, a una noción de derechos fundamentales. En todo caso, salvo por esta concepción de los derechos fundamentales, estimo que la idea constitucional de los derechos del texto vigente, con toda su novedad, fue anticipada en sus principales rasgos en la obra de Gabriel Amunátegui¹²⁰, a nuestro juicio el mejor exponente de la tradición constitucional liberal democrática chilena durante el siglo pasado.

Amunátegui analiza qué son y de qué manera se estructuran los derechos constitucionales en el contexto de su explicación acerca de la esencia del problema constitucional y que identifica con la necesidad de armonizar la autoridad estatal y la autonomía individual¹²¹. A su juicio, los derechos constitucionales se concentran en constante cambio, lo que significa que también pueden haber retrocesos respecto de ellos. De la concepción de Amunátegui se concluye además que el proceso de generación de los derechos constitucionales es progresivo. Este proceso se mueve inspirado en una serie de esfuerzos intelectuales

y en la disputa ideológica que caracteriza a la competencia política y, consecuentemente, en la argumentación jurídica¹²², que se da en una sociedad abierta entre visiones alternativas acerca del derecho constitucional. En Chile, esta competencia se ha dado principalmente entre concepciones insurreccionalistas, liberales y social democráticas o socialistas (Ruiz-Tagle, 2000).

2. Doctrinas chilenas contemporáneas sobre los derechos fundamentales

Nuestra historia constitucional puede entenderse no solo como la historia de la construcción de los órganos del Estado. También puede explicarse como una continua tensión entre diversos derechos fundamentales. En el siglo XIX, por ejemplo, encontramos una forma de argumentación constitucional centrada en los derechos de libertad de culto y de conciencia frente a las prerrogativas de la Iglesia católica. La libertad de enseñanza es el derecho fundamental que se parapeta la Iglesia. Esta tensión se resuelve parcialmente con la separación de Iglesia y del Estado en 1925, y se extiende más tarde con la dictación de la nueva ley de libertad de culto consagrada recién en 1999¹²³.

Casi en una línea paralela, desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la argumentación constitucional en Chile se concentra en el esfuerzo por terminar con el sufragio censitario y el fraude electoral y por la ampliación, progresiva de los derechos civiles y políticos¹²⁴. Pero la tensión más característica se da principalmente durante la vigencia de la Constitución de 1925 y está centrada en la discusión sobre las prerrogativas que reconocen los derechos clásicos en la discusión sobre las necesidades económicas y sociales. En particular la tensión se produce en torno a la propiedad y las sucesivas experiencias de reforma agraria, de intervención de la economía, la banca y la industria, y de la nacionalización de la gran minería del cobre (Evans, 1999: 213-231). Durante el régimen militar de Pinochet, se abrogan totalmente los derechos económicos¹²⁵. Más recientemente la argumentación constitucional ha girado en torno al derecho a la libertad de expresión e información, y el derecho al honor y la vida privada,

¹¹⁸ En la Constitución vigente desde 1980 se incluyen derechos no comprendidos en la Constitución de 1925 — el Art. 19 No.4 que se refiere a la protección de la honra y la vida privada y pública de la persona y su familia; en el No.10, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación; en el Art. 19 No. 23, el derecho al acceso a la propiedad y en el Art. 19 No.26, el derecho a no ser afectado en la esfera de los derechos fundamentales.

¹¹⁹ A diferencia de la Constitución de 1925, la Constitución vigente desde 1980 concibe como garantía de los derechos fundamentales la prohibición constitucional de afectar el contenido esencial del derecho consagrado en el Art. 19 No.26 y la acción constitucional de protección del Art. 81. Con las reformas constitucionales del año 2005 el contenido de la implicabilidad queda entregado al Tribunal Constitucional y el recurso de protección es modificando en cuanto a las materias medio ambientales.

¹²⁰ Amunátegui no es estrictamente el único que en la tradición constitucional liberal democrática chilena hace aportes a la doctrina de los derechos constitucionales. Pueden también citarse las obras de José Joaquín de Mota, Manuel Carrasco Albino y Alcibíades Koldán, entre otros. Sin perjuicio de celebrar las obras de estos otros exponentes de la mejor doctrina constitucional en Chile, la obra de Amunátegui es, por su carácter comprehensivo, y por su mayor vigencia en el tiempo, la más relevante en materia de derechos constitucionales.

¹²¹ "La esencia del problema constitucional, se dijo, que consistía en armonizar al Estado, con su autoridad y, al individuo, con su libertad" (Amunátegui, 1956: 303).

¹²² Ver capítulo cuarto, págs. 119 y ss. en relación con ideas de Amunátegui.

¹²³ Ver Ley 19.638 de 14 de octubre de 1999 que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y organizaciones religiosas.

¹²⁴ Por ejemplo, el derecho al sufragio femenino se reconoce en Chile solo a partir de 1949.

¹²⁵ Como una muestra entre muchas otras ver Art. 24 transitorio que rigió durante el período pre-constitucional desde 1980 y prácticamente hasta 1991.

como también la tensión entre el derecho a la vida y la autonomía personal (Insunza y Muñoz, 2001).

A partir de esta historia de tensiones en la doctrina constitucional chilena se han desarrollado dos grandes posiciones en torno a los derechos fundamentales y que podemos caracterizar del modo siguiente:

2.1. Concepción constitucional de carácter intuitivo, total o jerarquizada

Para esta concepción constitucional acerca de la dogmática de los derechos lo principal es expresar el juicio del individuo que no reconoce un criterio uniforme comunicable conforme al cual tomar sus decisiones morales. Se trata de un derecho constitucional que se concibe como encerrado en sí mismo, o como inspirado en consideraciones extra constitucionales que no se hacen del todo explícitas. Se asumen como propias, por ejemplo, doctrinas de origen pontificio basadas en las encíclicas papales y muchas veces se acepta su aplicación de manera inmediata. Lo anterior produce una forma de argumentación constitucional que a veces no se empuja con el diálogo o el debate con otras visiones de derecho. Es una concepción intuitiva, es decir, no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición opuesta a lo razonado públicamente. Esta visión posee también la característica de responder a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos.

Alejandro Silva Bascuñán, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, es el más destacado exponente de esta doctrina "pontificia". Al referirse a la Constitución de 1925, Silva Bascuñán explica como esta siguió la tendencia predominante del constitucionalismo clásico en cuanto a los derechos y deberes de los individuos. Pero postula que la realidad de estos derechos "protan de la naturaleza del hombre", haciendo así suya una concepción iusnaturalista de los mismos (Silva Bascuñán, 1963: 206). Silva Bascuñán también hace suya la nomenclatura dogmática de derechos y garantías constitucionales y sostiene que la Constitución de 1925 se refiere a estas garantías no solo para asegurarlas, sino también para expresar los límites de su extensión o ejercicio, porque no pueden quedar entregados al capricho (ibid: 206). Agrega que la Constitución de 1925 no restringe el amplio uso de la libertad, sino que castiga el ejercicio contrario a derecho y enumera diversos criterios por los cuales la Constitución los restringe. Entre estos destaca, en primer lugar, la necesidad de impedir que el uso del derecho de unos destruya o menoscabe

el derecho de otros; en segundo lugar, lo que denomina el encamamiento de la persona a su pleno desarrollo temporal y trascendente; y en tercer lugar, las restricciones que emanan del orden público y el bien común (ibid: 207). Silva Bascuñán reconoce diferencias entre los derechos constitucionales que tienen limitación constitucional, aquellos derechos cuya limitación es de orden legal, y los que se limitan según la Constitución de acuerdo al orden público o las buenas costumbres (ibid: 207-208). Finalmente, sostiene la importancia de los recursos jurídicos respecto de estos derechos y los clasifica en libertades e igualdades, admitiendo que existen derechos como el de asociación que son por naturaleza de carácter social (ibid: 209).

Recientemente, Silva Bascuñán, en su obra más comprehensiva, utiliza una terminología que incluye la noción de derechos individuales y la de derechos políticos. Y también adopta la clasificación de libertades e igualdades para reiterar su postura iusnaturalista y hacerla extensiva a la noción de derechos humanos¹²⁷. En todo caso, la posición de Silva Bascuñán es altamente discursiva. Por su carácter intuitivo y total se refiere más bien a su justificación de sus limitaciones o restricciones y a la aplicación homogénea de las nociones que propone respecto de todo tipo de procedimientos constitucionales.

Influido ciertamente por Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans, quien también ejerció su cátedra en la Pontificia Universidad Católica de Chile, propone una clasificación de los derechos constitucionales que responde a una lógica análoga:

Para esta clasificación, en que prescindimos de aspectos formales, similitudes gramaticales o raíces históricas, hemos intentado agrupar los derechos buscando, en lo fundamental, el bien jurídico protegido en cada conjunto de garantías y teniendo presente que es la persona del hombre el fundamento último de los derechos humanos (Evans, 1999: 30)

La clasificación de Evans se basa en la noción de bien jurídico que extrae de la dogmática penal y distingue entre derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social y derechos del patrimonio, sirviendo como guía para comentar todo el contenido del capítulo de la Constitución referido a los derechos¹²⁸. El carácter intuitivo y total de la concepción de Evans se refiere a su clasificación

¹²⁷ Silva Bascuñán reconoce respecto de los derechos humanos las características de naturales, humanos, individuales, subjetivos, universales y abstractos, y agrega que los Estados no solo se comprometen con asegurar los derechos, sino también con su promoción (Silva Bascuñán, 1997: 139-140, 153-155).

¹²⁸ Evans sostiene que el capítulo III de la Constitución es una obra "muy bien lograda" (Evans, 1999: 31-33).

basada en la noción de bien jurídico, en su renuncia a explicar la justificación histórica de esta clasificación y también en la aplicación homogénea de la misma a todo tipo de procedimientos constitucionales.

La concepción dogmática constitucional de José Luis Cea Esgañas, sin duda, la que alcanza la formulación más comprehensiva de las doctrinas que he caracterizado como intuitivas y totales o jerarquizadas (Cea, 1999: 171-175). Después de pronunciarse dubitativamente acerca de la existencia de verdaderos o aparentes conflictos entre los derechos, Cea señala:

Prácticamente, y también en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal. Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general que la colisión entre ellos es solo aparente y resoluble. Pero si en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. Así y consecuentemente, comienzan por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial; la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad en sus diversas especies (ibid.: 172).

En esta cita encontramos desplegada en toda su expresión la tesis dogmática intuitiva y total que incluye la idea de jerarquía de derechos. Según Cea, esta tesis se expresa en el texto positivo de la Constitución vigente:

En la enumeración del Art. 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir la secuencia jerárquica ya enunciada. Y lo mismo cabe decir del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la historia fidedigna (ibid.: 174).

El carácter omnicomprensivo de estas afirmaciones, que ya he criticado en sus consecuencias designándola como la tesis "numérica" me fuerza a demostrar su error (cf. Ruiz-Tagle, 1997). Desde luego, el orden de las disposiciones del Art. 19 de la Constitución vigente no calza con la propuesta de Cea, que no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades y otros derechos que,

con gran esfuerzo, solo podrían incluirse en la imprecisa noción de Orden Público Económico. La jerarquía que propone Cea solo se refiere a las disposiciones del Art. 19 Nos. 1, 4, 12-13, 21 y 23-25. Esta jerarquía no asigna lugar alguno a los Nos. 2-3, 5-11, 14-20 y 22 del Art. 19 y por supuesto dicha jerarquía no asigna lugar alguno a las otras disposiciones constitucionales con que se constituye el bloque constitucional de los derechos fundamentales en Chile, que son, junto al Art. 19, los Arts. 1, 5 y 13 de la Constitución¹⁹⁹.

Asimismo, revisadas las fuentes respectivas, ni los Pactos Internacionales más relevantes ni los documentos donde constan las discusiones de la Comisión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución muestran un acuerdo que demuestre la existencia de la jerarquía de derechos propuesta por Cea Esgañas²⁰⁰. Aunque la afirmación respecto al reconocimiento de la jerarquía de los derechos constitucionales es compartida por otros profesores de derecho constitucional (entre los cuales se cuentan Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeiffer Urquiza y Humberto Nogueira Alcalá²⁰¹) su veracidad no está comprobada. Incluso, la referencia final de Cea a una jurisprudencia que reconoce dicha jerarquía queda también en tela de juicio. Aunque cita en su apoyo la sentencia de apelación y el fallo de la Corte Suprema en el caso Martorell, después del fallo de la Corte Interamericana en el caso sobre "La Ullinia Tentación de Cristo", ese tipo de argumento ha quedado

¹⁹⁹ Cf. la crítica dogmática al concepto de Orden Público Económico (Ruiz-Tagle, 2000). La noción de bloque de constitucionalidad se ha usado en la doctrina para designar normas que están fuera de la Constitución pero que tienen valor supra constitucional o valor simplemente constitucional. Cf. también a este respecto (Nogueira, 1997: 85 y 136). Nada obsta a que pueda usarse la noción de "bloque constitucional" para designar, en primer término, a las diversas disposiciones constitucionales que regulan una materia de una manera conjunta. La simple lectura de la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y los demás documentos internacionales de valor equivalente, muestra que esos documentos no muestran jerarquía alguna entre los derechos contenidos en ellos, y que la conciliencia en el orden de exposición de los derechos con la clasificación propuesta por Cea a lo más tiene un carácter parcial y fragmentario. Adicionalmente, la lectura de las actas constitucionales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y las partes de la misma que el propio Cea transcribe en parte en su obra, no nos pueden llevar a aceptar la tesis de la jerarquía, ni siquiera como un acuerdo alcanzado en el momento originalista de limitado consenso que caracteriza dicha Comisión. En verdad es difícil aceptar que se hable de historia fidedigna de la Constitución democrática antes de 1989, porque en el período anterior antes de que se acepten las reformas que forman el consenso constitucional que inaugura la democracia en nuestro país, no existe en realidad un gobierno constitucional democrático en Chile.

²⁰⁰ Los autores señalan: "En la que nadie a la fama en que deberían agruparse los derechos, hubo consenso en la Comisión de que todos las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que la más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades (sesión No.87)" (Verdugo, Pfeiffer y Nogueira, 1994: 197). Revisada la sesión No.84 no puede concluirse que la jerarquía propuesta por estos autores sea la acordada.

muy debilitado (Insunza y Muñoz, 2001)¹⁶². De este modo, la concepción constitucional de Ceo, Verdugo, Pfeifer y Noj, uena responde a un criterio intuitivo de aplicación total a todo tipo de procedimiento constitucional, en cuanto a jerarquía reconocida en su origen y en sus consecuencias. Sin embargo, a pesar de la gran influencia de esta concepción constitucional, existe en nuestro país una posición diferente que también ha tenido reconocimiento en la doctrina,¹⁶³ y en la jurisprudencia constitucional chilena y que como en los párrafos que siguen.

2.2. *Concepción constitucional de carácter razonado y parcial*

Esta concepción constitucional refleja mejor la evolución que ha tenido el tratamiento de estos temas en el derecho comparado, e incluso en nuestra tradición constitucional anterior a 1973. Supone también un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos. Si admite algún grado de preeminencia entre derechos constitucionales, se exige una justificación histórica o política, o por lo menos un sometimiento a las exigencias formales expuestas por Rawls. Este requiere que se construya una sociedad bien ordenada en la cual los derechos fundamentales están disponibles para todos los ciudadanos de igual forma y con una amplitud que sea lo más extensiva posible, ocupando la libertad e igualdad un lugar preponderante (Rawls, 1972; cf. Ruiz-Tagle, 1989). También supone que la inclusión de elementos morales, religiosos, políticos o económicos fundacionales, debe mencionarse

¹⁶² Véase además fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de febrero de 2001.

¹⁶³ Quizá se puede citar como su formulación más cercana en la doctrina constitucional chilena la obra de Humberto Noguera, 107-272 y 294 (1997) que por cierto se basa a su vez en los trabajos de Favoret y Pece, Barba, Amque Humberto Noguera comparte con Verdugo y Pfeifer la idea de jerarquización de los derechos constitucionales, en esta su obra más completa aborda la diferenciación de los derechos subjetivos, los derechos humanos, los derechos esenciales y los derechos fundamentales, así como sus rasgos principales y muestra una idea bastante desarrollada sobre la noción de límites a los derechos fundamentales (Noguera, 1997: 107-272 y 294). Sin embargo, su definición de los derechos fundamentales todavía responde a un juicio a una concepción constitucional intuitiva: «La denominación de derechos fundamentales, expresada en la página 130 de su obra del modo siguiente: "La denominación de derechos humanos, hay una sola fuente de la fundamentación de su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentación de los derechos constitucionales, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata positiva de la misma constituyendo el núcleo básico insubstancial e irremovible del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamental del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico. En tal sentido el status jurídico de la persona jurídica-constitucional de la persona es un status jurídico material de contenido concreto, no disponible por la persona, los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales." (Ibid: 130).

en forma expresa. Propone, además, soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos y presta especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de los derechos¹⁶⁴. En breve, esta concepción constitucional puede determinarse del modo siguiente: el balance busca reconocer los costos y beneficios sociales que pueden reconocerse en los conflictos entre derechos fundamentales. Otorgarle a alguno de estos derechos una posición preferida será, por ejemplo, otorgada al derecho de propiedad o la libertad de expresión de acuerdo a la posición a la que se adhiera, pero siempre en el contexto de un caso y evitando generalizaciones de carácter total, o la construcción de una jerarquía. Por su parte, la delimitación busca fijar los límites de los contornos externos de los derechos sin atectar el núcleo de los mismos o su esencia. Finalmente, la ponderación significa atribuir un peso a un elemento, o a un conjunto de ellos, con el fin de obtener una proporción media. Por consiguiente, esta visión razonada y parcial no solo acepta el balance, la delimitación, la posición preferida o la ponderación de los derechos fundamentales, sino que busca hacerse cargo también de los efectos que producen las decisiones constitucionales.

Nuestra jurisprudencia ha adoptado esta concepción en diferentes oportunidades, como por ejemplo, en un caso de recurso de protección donde se discute si la publicación de una gigantografía con un cheque por el pago de un tratamiento de liposucción, y que contenía el nombre de la señora B.U.C., constituía respecto de ella una agresión y un atentado a su honra y vida privada. La Corte en este caso razonó acerca de las circunstancias del mismo y concluyó:

SENTE: Que de este modo, de autos no ha quedado demostrado que existiera la debida relación causal entre los actos que se reputan ilegales o arbitrarios y las expresiones recurridas de quienes es evidente suponer que ignoraban si los datos que se señalaban en el facsimil del cheque correspondían a una persona física que existía en realidad, puesto que pagaron sobre la base de un trabajo sobre cheque ficticio y porque además, la inclusión del nombre de B.U.C. era irrelevante para el éxito de la campaña publicitaria.

¹⁶⁴ En FEJU, esta forma de argumentación constitucional es casi un lugar común como puede apreciarse por ejemplo en Gaudier (1985: 972-985) y se ha desarrollado en particular, ver referencias al derecho a la libertad de expresión. Para un planteamiento más general, ver Dworkin (1984). En Europa esta forma de argumentación constitucional se ha desarrollado plenamente desde hace más de una década como puede verse en las obras de O' Callahan (1991), Martínez (1993), y en su tratamiento más completo en Alexy (1997: 29-34).

SÉPTIMO: Que por último, los efectos de los actos reprochados han concluido en cuanto al dano que pueda afectar a la recurrente, ya que su nombre y el número de su cuenta corriente fueron cambiados, ya que los recurridos dieron instrucciones para hacer de inmediato las correcciones de esa paganda¹⁰⁵.

En este ejemplo de jurisprudencia se puede ver lo que corresponde hacer en un caso relacionado con derechos fundamentales, donde la asignación de responsabilidades debe considerar las circunstancias de hecho, las relaciones causales entre las acciones y las consecuencias producidas, y no puede resolverse por la simple adopción irreflexiva de una supuesta jerarquía. Se trata de un fallo razonado que, en forma parcial y considerada, responde la cuestión constitucional sometida a su conocimiento.

En una línea de jurisprudencia que también es razonada y parcial y que se vincula con el anterior por la noción de vinculación directa de la Constitución a TVN porque fue implicada en un delito en un reportaje de televisión. El fallo de primera instancia resolvió:

DÉCIMO PRIMERO: Que en la especie existe una aparente colisión de derechos entre la libertad de informar, consagrada en el número 12 del Art. 19, y el derecho a la honra consagrado en el Art. 19 No. 4 de la Constitución Política de la República de Chile. Colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha salvado de forma expresa mediante la reforma que la Ley 19.048 introdujo al Art. 22 de la Ley 16.643, estableciendo que no se considerarán como hechos relativos a la vida privada de una persona, entre otros, los siguientes: los referentes al desempeño de funciones públicas, situación de autos, y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública¹⁰⁶.

Esta resolución muestra que no basta con la consideración de una jerarquía para resolver un conflicto entre derechos constitucionales; que es necesario también conocer la legislación y las opciones que se han tomado en ésta para resolver estos casos.

¹⁰⁵ Ver fallo de Corte de Apelaciones de 2 de Noviembre de 1995 en autos Rol No. 3.171-95 de Recurso de Protección redactado por ministro Milton Jucá.

¹⁰⁶ Ver fallo de 3 de marzo de 1998 de 24 Juzgado Civil de Santiago en autos rol N. 6-3664-95. Esas disposiciones legales pueden haber sido modificadas en la reciente reforma de la Ley de prensa y afectadas por la reforma constitucional más reciente del año 2005 que modificó el artículo 19 número 4 de la Constitución (debo esta información a Juan Ignacio Correa).

Esta forma de interpretar la Constitución es la que más se aviene a la jurisprudencia que ha establecido el Tribunal Constitucional desde sus mismos orígenes, cuando señaló, incluso antes de constituir con sus decisiones el gobierno constitucional en Chile, que:

La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella¹⁰⁷.

Esa anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con la concepción basada en la intuición, y/o que establece órdenes rígidos o jerarquías de aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos entre derechos. Por eso es tan importante que consideremos algunas ideas sobre la forma que el derecho comparado ha tenido en cuenta para tratar estas materias.

3. Análisis de los derechos fundamentales en Chile a partir del derecho comparado

En esta parte final confronto algunas de las ideas expuestas con las obras de diversos autores, quienes, en el derecho comparado, han abordado el tema de los derechos constitucionales, o que más precisamente han desarrollado la noción de derechos fundamentales. El objeto de esta parte del capítulo es que el estudio comparado de los derechos fundamentales sirva de contraste o comparación para iniciar el debate necesario para lograr una explicación más adecuada de tales derechos en el derecho constitucional chileno.

3.1. Concepción de los derechos constitucionales de Antonio Carlos Pereira Menaut

Pereira Menaut concibe los derechos como fundados necesariamente en una noción de valor absoluto de derecho natural, la que acepta algunos derechos como tales y otros los declara intuitivamente de menor o ningún valor (Pereira, 1993: 383). Las nociones de Pereira se asocian con la doctrina que he denominado "pontificia", aunque no hay referencias explícitas a ella. A diferencia

¹⁰⁷ Fallo del Tribunal Constitucional en Rol No. 33 publicado el 3 de Octubre de 1985, que aunque expresa una decisión del período pre democrático de 1990 establece un principio general de interpretación constitucional.