

## Responsabilidad por la interpretación constitucional

JORGE CONTESSE SINGH\*

Una de las frases más elocuentes que es posible encontrar en el ordenamiento jurídico chileno está contenida en el artículo 4º de la Constitución Política: “Chile es una república democrática”. La norma más corta en palabras de la Constitución puede dar origen, así, a una cantidad de significados difícil de determinar. Se trata de un precepto capaz de proclamar, casi con cautela, una expresión poderosa y compleja. Por cierto, la hipocresía en el lenguaje de las normas que muestra dicha cláusula es también elocuente. Sin embargo, no voy a avanzar ideas sobre la paradoja que resulta de tener una Constitución contenida en un decreto-ley que parece aludir descriptivamente a una democracia inexistente. Al menos, en el momento de entrar en efecto, en su primera década de vigencia.

Que Chile sea una república democrática –o que, al menos, aspire a serlo– genera una serie de consecuencias. Por lo pronto, podemos facilitarnos la tarea separando las dos grandes afirmaciones (o esperanzas, según cuál sea la mirada desde donde nos situemos) que la norma del artículo 4º contiene. Chile, antes que todo, dice la Constitución, es una república. Esto es, en Chile no existe un régimen monárquico –que es justamente lo contrario a una república. Y, además de (pretender) ser nuestro país una república, ella, afirma la Constitución, es democrática.

¿Qué significa esto? ¿Qué quiere decir la Carta Fundamental al establecer que nuestro Estado es una “república democrática”? Estas preguntas dan origen a demasiadas respuestas, y estoy consciente que no podría siquiera intentar avanzar sobre ellas sin caer en imprecisiones. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, corresponde detenerse en la primera parte de tan ambicioso precepto. Que Chile sea una república significa, al menos, que no hay en esta tierra un monarca que conduzca nuestras vidas, en razón de haber sido investido por alguna autoridad distinta a la que el pueblo puede otorgarle. Significa, por lo mismo, que quienes ejercen el poder lo hacen porque nosotros, los ciudadanos, así lo hemos deseado y que, al hacerlo, su labor es “por cuenta ajena”; es, en definitiva, en representación nuestra. Y al igual como ocurre en el mandato civil, en el que una persona realiza una gestión por cuenta y a nombre de otro, el gestor o mandatario, en ambos casos, debe dar respuesta de lo que hace (y, ciertamente, de lo que deja de hacer). En una palabra, que Chile sea una república significa que las autoridades –que ejercen el poder delegado por la soberanía, la que, a su turno, está radicada en la Nación– deben responder ante su mandatario, esto es, son responsables.

El siguiente trabajo pretende examinar cómo una especial dimensión del principio de responsabilidad que consagra nuestra Constitución se manifiesta en la actividad realizada por uno de los Poderes del Estado, el Judicial; y, en particular, en la tarea que los jueces realizan cuando interpretan la Constitución. Para ello, avanzaré algunas consideraciones muy generales sobre el concepto de *accountability* (I), para, en seguida, revisar el modo como los jueces deliberan y exponen su razonamiento cuando están frente a casos constitucionales –como los que involucran derechos fundamentales (II). Lo anterior, por cuanto la

\* Profesor, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

manera como los jueces hacen ello dice mucho acerca de la vigencia de una república (democrática), esto es, echa luz sobre la responsabilidad con que nuestras autoridades ejercen sus funciones. Mi interés es señalar una relación entre la forma como la práctica judicial tutela derechos subjetivos públicos y los estándares democráticos que Chile puede exhibir.

En este sentido, mi análisis se centrará, por una parte, en fijar la atención brevemente sobre la forma como los tribunales han encarado algunos casos de colisión entre derechos fundamentales para, posteriormente, revisar situaciones en las que se observa una preocupante inconsistencia en el razonamiento de la justicia constitucional. Hacia el final (III), planteo algunas conclusiones acerca de la necesidad democrática de monitorear la labor de esta parte de la justicia constitucional.

## I. Responsabilidad y *accountability* judicial

En tanto se trata de funcionarios del Estado, las primeras normas que hacen responsables a los jueces –junto a los demás funcionarios estatales– son los artículos 6º y 7º de la Constitución. Al sentarse las bases de nuestra institucionalidad, se dispone que en el evento de que un juez –como cualquier autoridad– no someta su actuar a la Carta Política (“y a las normas dictadas conforme a ella”) o se arrogue facultades no establecidas por la ley, invadiendo competencias entregadas a otra autoridad, es responsable de acuerdo a lo que “la ley” establezca.

Luego, al regularse el Poder Judicial (Capítulo VI), se dispone que “[l]os jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones” (art. 76), agregándose que, respecto de los ministros de la Corte Suprema, es la ley la que “determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”. Cumpliendo con este mandato, el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 324 y siguientes, reitera esta norma –excluyendo a los ministros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento y en cuanto a la denegación y torcida administración de justicia.<sup>1</sup> En los artículos posteriores, se establecen las reglas para hacer efectiva la responsabilidad penal y civil de los jueces.

Junto con este tipo de responsabilidad, la Constitución consagra, como es sabido, la responsabilidad política de los magistrados de los tribunales superiores, por medio de la acusación constitucional en caso que se estime que han obrado con “notable abandono de deberes” (art. 48, N° 2, letra c). Esta institución es la que concita el interés de los estudiosos del Derecho Constitucional chileno, a pesar de que solo se registra un caso en que un magistrado ha sido removido por esta causal.

<sup>1</sup> Los miembros de la Corte Suprema, nos dice la Constitución, *jamás* se desvían de una regla procesal, *no* deniegan justicia y *siempre* la administran rectamente. Como es evidente, este tipo de normas anticipa cuál es el entendimiento que los redactores de la Constitución tenían sobre la responsabilidad de los jueces cuya función es la más importante dentro de la estructura judicial. Tanto la Carta de 1833 (art. 111) como la de 1925 (art. 84) contenían las mismas causales para la responsabilidad de los jueces. Sin embargo, ninguna de las dos hacía la distinción a favor de los ministros de la Corte Suprema, sino que entregaban al legislador la determinación de “los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”. Según tres de los más prestigiosos profesores de Derecho Constitucional chileno, “[l]a razón de este privilegio se halla en que es difícil suponer en los más altos magistrados de la República un comportamiento de tal naturaleza, y más difícil encontrar un órgano con superior competencia técnica que pudiese juzgarlos”. Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª ed. (reimpresa), Santiago, 1997, p. 202.

Ahora bien, junto con los conceptos de responsabilidad anotados precedentemente, y para los efectos de este trabajo, avanzaré una concepción de la responsabilidad distinta a la expuesta. Hasta aquí, he querido presentar de manera muy sucinta las formas que el principio de responsabilidad adopta en nuestro sistema jurídico respecto del desempeño de los jueces. Sin embargo, en todos estos casos el tipo (o concepción) de responsabilidad de que se trata es una que se hace efectiva por medio de institutos que consagran un sistema de “frenos y contrapesos” en el cual, o es el mismo Poder Judicial el que actúa para hacer efectiva la responsabilidad de un juez, o bien intervienen los otros poderes del Estado. No hay, como puede verse, rastro de algún tipo de participación de ciudadanos en una tarea tan delicada como es la de auscultar el desempeño de las autoridades. Al menos no existe un mecanismo institucional que provea a “ciudadanos interesados”, por así llamarlos, la facultad de intervenir del modo como lo pueden hacer los demás poderes del Estado. El punto, como es obvio, genera discusiones sobre la (deficiente) manifestación del derecho a participar en los asuntos públicos que he abordado en otro lugar.<sup>2</sup>

Si, como dijimos más atrás, una de las primeras consecuencias que se siguen de la circunstancia de que Chile se proclame como una república es, precisamente, la idea de la responsabilidad de quienes detentan el poder (en sentido genérico), es preciso incorporar a la ciudadanía en la relevante tarea de ejercer el “control social” de las autoridades.<sup>3</sup> Esta es la idea evocada por la práctica política comparada al referirse al concepto de *accountability*, esto es, “la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas”.<sup>4</sup>

Pues bien, una de las mejores formas de hacer responsables (accountable) a nuestros jueces, incorporando, como digo, la valiosa perspectiva de los ciudadanos de un Estado “republicano y democrático” es, sin perjuicio de las normas sobre responsabilidad (política, administrativa, civil y penal) que han sido revisadas, explorar su trabajo.<sup>5</sup> Y una buena manera de revisar el trabajo de los jueces es analizar el modo como ellos se comunican con la ciudadanía, esto es, examinar su lenguaje, que no es otro que los fallos que pronuncian. En este trabajo indagaré acerca de la forma como los jueces desarrollan su compleja labor de interpretar la Constitución, en particular, las cláusulas que contienen derechos fundamentales. Compleja labor desde que se trata de normas que, en palabras de Hart, tienen una “textura abierta”, o sea, normas respecto de las cuales no tenemos la claridad que normalmente queremos atribuir a las regulaciones jurídicas.

Una de las aristas donde se juega de manera más intensa las complejidades de la interpretación constitucional es en los casos donde se presentan colisiones entre lo preceptuado por una norma (de derecho fundamental) frente a lo dispuesto en otra (que contenga, a su turno, un derecho fundamental).

<sup>2</sup> Véase Contesse Singh, Jorge, “Las reformas a la Constitución desde los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, N° 212, Universidad de Concepción, Concepción, 2002, pp. 115-127.

<sup>3</sup> Alguna jurisprudencia en materia de acceso a la información pública ha sostenido que los ciudadanos retienen “el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad”. Como se ve, se trata de una importante doctrina en materia de participación ciudadana la cual, no obstante ello, ha ido diluyéndose. Al respecto, véase Contesse Singh, Jorge, “La opacidad del Administrador: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile”, en González, F. (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, 2005 (de próxima aparición).

<sup>4</sup> Smulovitz, Catalina, *Judicialización y accountability social en Argentina*, UTDT- CONICET, p. 2 (inédito; citado con autorización de la autora).

<sup>5</sup> Evidentemente que al hacer efectiva la responsabilidad política, civil, administrativa o criminal de un juez, su trabajo cobra relevancia. Con todo, en muchos casos es posible que sea precisamente lo que un juez hace *fuera de su trabajo* lo que motive poner en movimiento el sistema de responsabilidades referido.

En razón de lo anterior, intentaré dar una mirada a cierta jurisprudencia constitucional relevante de la última década, de modo de analizar, si se me permite la expresión, un ejercicio de “*accountability* judicial”. Para ello, observaré cómo es que los jueces razonan cuando se enfrentan a un tipo de “casos difíciles”, a saber, aquellos en que los derechos constitucionales aparecen en tensión. Y, junto con ello, este ejercicio de *accountability* judicial incluirá, como señalé hace un rato, una mirada crítica a casos donde se evidencia una preocupante falta de integridad en lo resuelto por nuestros tribunales superiores.

## II.- Colisión de derechos y razonamiento judicial

### 1. Colisión de derechos fundamentales

Cuando hablamos de interpretación constitucional, uno de los temas centrales que corresponde abordar es la forma como los jueces responden a los casos en que se produce una colisión de derechos. En nuestro país, ha sido una práctica más o menos extendida la aversión que se tiene por esta normal circunstancia.<sup>6</sup> La doctrina tradicional ha sido, sin duda, un gran contribuyente a ello. De una parte, no hay en nuestro medio –salvo contadas excepciones– juristas que incorporen la teoría de los principios, en cuanto categoría normativa distinta a las reglas, a los casos de tensión entre los derechos. Por otro lado, la jurisprudencia ha sido deferente con estos planteamientos, todo lo cual ha redundado en una práctica constitucional ciega a los problemas propios que estos casos presentan.

La central distinción que la teoría de la interpretación constitucional hace entre reglas y principios es, para la dogmática y jurisprudencia nacional, más bien ajena. En el ámbito comparado, desde hace varios años que la doctrina viene discutiendo sobre esta cuestión, teniendo, en mi visión, a Dworkin y, en particular, a Alexy como buenos referentes para proveerse de las herramientas dogmáticas que dicha distinción requiere.<sup>7</sup>

Ambos autores postulan que el sistema jurídico está compuesto no sólo por normas cuya forma prescriptiva es definitiva o cerrada –las reglas– sino, además, por principios, que, a diferencia de las primeras, tienen una dimensión de peso que, más que dar la respuesta final a un caso determinado, lo que hacen es ofrecer *razones* para apuntar en una u otra dirección. Por ello, cuando se producen casos de antinomia, las reglas y los principios consultan modos distintos de solución: dado el carácter bivalente de las reglas, en caso de conflicto, una de las dos debe ser expulsada del sistema, y, para ello, podrá el decisor recurrir al criterio de especialidad, temporalidad o jerarquía. Un *sistema* jurídico no puede tener una norma que castigue a alguien por matar al perro del vecino y otra norma que lo permita. Una de ellas es necesariamente inválida, a menos que una de ellas sea un caso de excepción a la regla –en cuyo caso, como es obvio, no hay antinomia.

<sup>6</sup> Véase Contesse, Jorge, “Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, Valparaíso, 2002, pp. 53-93.

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y ss. y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 81 y ss.. Otros autores plantean distinciones más complejas que ésta. Aarnio, por ejemplo, considera que la distinción reglas/principios como “demarcación fuerte” sólo es posible *prima facie*, esto es, cuando no se han tomado en cuenta todos los factores que demandan su aplicación ya que, “después de la interpretación [,] tanto las reglas como los principios expresan siempre una norma del tipo o lo uno/lo otro”. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, en Aarnio, A., Garzón Valdés, E. y Uusitalo, J. (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 33.

Si, en cambio, son dos principios los que entran en colisión, desde que éstos constituyen, al decir de Alexy, “mandatos de optimización”, ninguno de los dos va a desaparecer del sistema jurídico. Ambos deben aplicarse en la **mayor medida de lo (fáctica y jurídicamente) posible**, lo que impone el deber de ponderarlos, dimensionando el peso relativo de cada uno de ellos, a fin de dar respuesta al caso que ha demandado su aplicación. Al hacer lo anterior, ninguno de los principios en tensión *sale* del sistema (como lo hace una regla) sino, en verdad, uno de ellos es simplemente desplazado o *precedido* por el otro, que, en ese caso en particular -dadas esas específicas circunstancias-, tiene mayor peso relativo (o importancia).

Así, cuando estamos en presencia de derechos subjetivos públicos, dado que se trata de “exigencias de la moralidad” contenidas en normas jurídicas, es claro que su estructura pertenece a la de los principios.<sup>8</sup> Así, entonces, cuando se producen situaciones de colisión entre éstos -lo cual no es infrecuente- debemos indefectiblemente acudir al mecanismo de ponderación racional que estos autores, en especial Alexy, han presentado. Cuando la libertad de expresión y el derecho a la honra entran en tensión, no es correcto, desde un punto de vista técnico, determinar cuál de ellos prima *a todo evento*, sino observar con atención cuáles son las circunstancias específicas del caso que demanda su aplicación y, en razón de ellas, ponderar ambos derechos fundamentales y, consecuentemente, decidir.

Pues bien, si uno examina la manera como nuestros tribunales superiores han abordado casos de colisión de derechos -aquellas delicadas situaciones de interpretación enfrentadas por todo juez constitucional-, se encuentra con que no ha existido la comprensión de estar en presencia de normas que, al tener la estructura de principios, no pueden resolver dichos casos acudiendo a criterios propios de las reglas, como es, además del criterio de temporalidad y el de especialidad, el criterio de jerarquía. En el lenguaje de la práctica constitucional chilena, es posible advertir una fuerte presencia de conceptos más cercanos a la lógica del derecho privado que del derecho constitucional, lo que se hace especialmente evidente en los casos en que los tribunales, estando en presencia de principios jurídicos en tensión, recurren o argumentan al modo en que las reglas lo demandan.

En 1993 se inaugura una de las más absurdas doctrinas judiciales que nuestra práctica constitucional ha conocido. Se trata, como puede fácilmente advertirse, de la tesis según la cual la Constitución contempla un orden lexicográfico o de prelación entre los derechos del artículo 19, doctrina sostenida por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmada por la Corte Suprema en el caso del libro “Impunidad Diplomática”.<sup>9</sup> En este caso, ambos tribunales superiores hicieron eco de las ideas del prestigioso constitucionalista, hoy miembro del Tribunal Constitucional y presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, José Luis Cea, quien ha sostenido y defendido este planteamiento, postulando que “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”,<sup>10</sup> agregando que dicho orden jerárquico parte con “el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y reunión; para concluir con

<sup>8</sup> Estoy consciente de que la conclusión anterior podría complejizarse o, al menos, tardar más tiempo en llegar a ella. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, asumiré que es compartida. Para un análisis más detenido, véase Contesse, *op. cit.* *Supra* nota 6, pp. 65 y ss.

<sup>9</sup> *Lukšic Craig y otros con Martorell Cammarella y otros*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, 1993, II, Sección V, pp. 164-174. Éste y los demás casos que se describen aquí son analizados con detalle en Contesse, *supra* nota 6, pp. 81-91.

<sup>10</sup> Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999, p. 172.

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”.<sup>11</sup>

No se encuentra en la explicación de Cea justificación alguna de por qué ese y no otro es el orden que debe el intérprete seguir cuando está frente a un caso en que dos derechos fundamentales colisionan. Algunas hipótesis podrían ensayarse pero, ciertamente, no es el propósito de este trabajo aventurarse en semejante empresa.<sup>12</sup>

Al igual que en el caso anterior, en que se discutió acerca de la primacía entre la libertad de opinión y el derecho a la honra, los mismos tribunales tienen ocasión de pronunciarse sobre este asunto en el tristemente célebre caso de “La Última Tentación de Cristo”.<sup>13</sup> Aquí también se utilizó un recurso de protección, esta vez con el objeto de prohibir la exhibición de la película (que había sido recalificada por el Consejo de Calificación Cinematográfica), aunque, al acogerse, las cortes abandonaron –al menos explícitamente- la singular tesis numerológica de los derechos constitucionales (aunque sin renunciar a la idea de un orden jerárquico de los derechos).

A pesar de lo anterior, en los fallos de ambas instancias no hay rastro de ponderación de derechos. Las argumentaciones son lineales en cuanto adoptan la postura que la honra (de Jesucristo y la iglesia Católica) debe tener mayor protección que la libertad de expresión, agregándose, a la falta de justificación de por qué ello es así, un serio inconveniente desde el punto de vista del razonamiento que debe animar las decisiones que versan sobre lo que Rawls llama “cuestiones constitucionales esenciales”.<sup>14</sup> En efecto, en esta sentencia, la Corte Suprema sienta la idea de que la existencia de Jesucristo no puede negarse (considerando 3º), lo cual, desde la perspectiva de la necesidad de argumentar en el foro judicial sobre la base de razones públicas, resulta inadmisibile.<sup>15</sup>

Siguiendo con los casos de colisión de derechos en los que la respuesta de los tribunales no advierte la complejidad de estar frente a principios (y no reglas), podemos encontrar situaciones que se han repetido en las cortes y que involucran la tensión entre una retorcida concepción del derecho a la vida, por una parte, y la libertad de conciencia, por la otra. Se trata de aquellos casos en que directores de

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> El profesor Emilio Pfeffer ha sostenido una tesis de jerarquía que sitúa el concepto de dignidad humana como el factor de determinación de prioridad de derechos en conflicto. Véase Pfeffer, Emilio, « Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos », en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, Santiago, 1998, pp. 225-227 («en toda circunstancia [el intérprete] debe preferir aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana, que como es sabido es el valor esencial, fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos individuales », p. 227). En este trabajo, Pfeffer parece pulir la opinión que comparte con los profesores Verdugo y Nogueira en su *Derecho Constitucional*, en la que aceptan el entendimiento jerárquico a todo evento de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en materia de derechos fundamentales. Al respecto, véase Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 2ª ed., Santiago, 1999, p. 197.

<sup>13</sup> No debe nunca olvidarse que este caso motivó que el Estado de Chile tuviese que rendir examen ante la comunidad internacional, siendo reprobado por medio de una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>14</sup> Rawls, John, *Liberalismo Político* (trad. de Sergio Madero Báez), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, 2ª reimpression, pp. 204-240. Véase, en el contexto nacional, Contesse Singh, Jorge, «Liberalismo político y posibilidades de la razón pública en Chile», en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 47, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002, pp. 679-701.

<sup>15</sup> Desde que Chile se declara una república democrática, en la cual no existen ideologías religiosas que el Estado considere como intrínsecamente mejores que otras, las argumentaciones que funcionarios públicos como son los jueces –que tienen como tarea *resolver* acerca de estas cuestiones- no deben siquiera hacer dudar de la ausencia de justificaciones metafísicas en sus decisiones. Particularmente, si tales convicciones son, como ocurre con las creencias católicas, (aún) mayoritarias.

hospitales han acudido ante los tribunales –mediante acciones de protección– para obligar a pacientes testigos de Jehová a practicarse transfusiones sanguíneas, en situaciones de grave riesgo para su salud (e, incluso, su vida).<sup>16</sup>

En estos casos, se pide al juez constitucional que, aun contra la voluntad del paciente, se le obligue a someterse a un tratamiento que para él resulta absolutamente violatorio de las convicciones íntimas que dan forma a su vida. Para tales personas, vivir con sangre ajena es un acto que trunca su proyecto de realización espiritual (garantizado por el artículo 1º de la Constitución), pero los tribunales, en estos casos, no han ponderado debidamente los derechos en colisión. Cuando afirmo que ha habido una ausencia de ponderación **debida** no estamos señalando, como podría pensarse, que la solución a la que los tribunales han llegado –obligar a estas personas a practicarse la transfusión– es inadecuada **substantivamente**. Lo que sostengo es que **la forma** como arriban a ella no es idónea.

Dicho de otra manera, en estos casos, en que se han presentado situaciones en las que los propios “recurrentes-recurridos” ofrecen vías alternativas de tratamiento, o son mayores de edad o han consignado por escrito documentos que eximen de responsabilidad a cualquier facultativo que se niegue a someterlos a algún tratamiento que signifique la transfusión de sangre, los tribunales no pesan (lo que Alexy llama) las “condiciones de prioridad”, ni las prioridades **prima facie** del caso,<sup>17</sup> todo lo cual redundando en que resuelvan como si se tratara de reglas jurídicas. Ello, naturalmente, atenta contra de la calidad de la práctica constitucional ya que resta argumentación a los fallos, lo que, a su turno, genera inseguridad y falta de integridad, según veremos más adelante.

A pesar de que hay más casos que podrían revisarse, permítaseme terminar con uno que es, por dos razones, singularmente interesante. En primer lugar, es una decisión más reciente (con lo cual se echa por tierra la idea que podría indicar que la doctrina de la jerarquía entre los derechos constitucionales está abandonada) y, en seguida, aun cuando la sentencia es confirmada en el fondo, hay una preocupante inconsistencia entre lo resuelto en primera instancia y lo fallado “arriba”, razón por la cual este pronunciamiento nos servirá para conectar con la segunda parte del análisis, esto es, la falta de integridad que puede observarse en la justicia constitucional chilena.

El fallo ahora en comento es aquel que recayó sobre la solicitud de prohibición de la obra de teatro “Prat”. En octubre de 2002, familiares del extinto marino y héroe patrio presentaron un recurso de protección cuyo objeto era que la corte declarara que la obra era “una pieza de basura moral”, cuya sola

<sup>16</sup> Digo que se trata de una singular forma de entender el derecho a la vida porque, como es sabido, uno de los requisitos para que prospere la acción cautelar del artículo 20 de la Constitución es que exista un sujeto agraviado que (o por quien se) recurre, además de otro sujeto en contra de quien se deduce la acción –el cual amenaza, perturba o priva el ejercicio de un derecho constitucional. Sucede que en estos casos, en que los recurrentes son los médicos, falta un presupuesto de la legitimación activa, cual es, la existencia de un sujeto agraviado. Porque el testigo de Jehová (por quien se recurre) no considera que su derecho a la vida esté siendo afectado, lo cual quita legitimidad jurídica al médico recurrente que impetra la protección. En seguida, más que un *derecho* a la vida, lo que parece haber aquí es un *deber* de la vida, impuesto a la persona por quien (improcedentemente) se recurre. El paciente, es más probable, estima que *su* derecho a la vida, esto es, el modo como *él* lee la facultad constitucional para vivir, es lo que está siendo amenazado. Y, por último, hay una seria inconsistencia técnica –sólo advertida por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca del año 2001, que declaró inadmisibles uno de estos recursos, en un caso análogo– consistente en que la persona por quien se recurre y la persona en contra de quien se recurre, esto es, el sujeto activo y el sujeto pasivo se confunden en un mismo individuo (el testigo de Jehová renuente a practicarse la transfusión). En un sistema constitucional formalista, como es el chileno, es difícil creer que las Cortes no hayan reparado en este detalle.

<sup>17</sup> Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 9-22.

finalidad era denostar el honor de Arturo Prat y su familia. Naturalmente, dentro de los argumentos utilizados por los recurrentes estuvo la doctrina sostenida por los tribunales en orden a que la alegación de las recurridas, la directora y la autora de la obra, en el sentido de que estaban haciendo uso de su derecho a la libertad de expresión y a la creación artística, debía desestimarse, ya que eran derechos de menor entidad que la protección a la honra.

La Corte de Apelaciones rechazó por unanimidad el recurso interpuesto, señalando, en términos generales, que, de acogerse la acción, se produciría un acto de censura previa proscrito por la Carta Fundamental y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>18</sup> En cuanto a lo que nos ocupa, la sentencia tiene un pasaje interesante en que aparentemente se hace cargo de la colisión de derechos. En el considerando 20º se establece que esta interpretación [que impone el deber de perseguir las responsabilidades ulteriores] surge de la necesidad de la confluencia que debe existir entre los derechos que nacen de la esencia del ser humano, *los que jamás podrán excluirse entre sí*, tal como lo consagra, por su parte, el artículo 29 de la nombrada Convención [Americana], que prohíbe toda interpretación que excluya derechos y garantías inherentes a la naturaleza del ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno.<sup>19</sup>

Como puede apreciarse, cuando la Corte entiende que los derechos no pueden excluirse entre sí, uno puede hacer una lectura en el sentido de que está consciente de que no se puede determinar un orden jerárquico entre ellos y que, recurriendo a otros criterios –que, desde luego, pueden discutirse- adopta una solución en favor de uno de los derechos fundamentales en tensión.

Pues bien, este caso, que hace excepción a lo que hasta ahora hemos visto, tiene, según dijimos, la particularidad de mostrar una constante en nuestra práctica constitucional, que es la inconsistencia que el razonamiento judicial (constitucional) exhibe. Lo anterior toda vez que, al conocer en apelación la Corte Suprema, pronuncia una sentencia que, a pesar de confirmar la decisión –el rechazo al recurso de protección- elimina toda la fundamentación que la Corte de Apelaciones había levantado.

En primera instancia, se dijo que, de aceptarse la protección deducida, se produciría un acto de censura previa prohibido por nuestro ordenamiento (nacional e internacional) y que la vía adecuada para perseguir la responsabilidad de las recurridas era *ex post facto*. La Tercera Sala de la Corte Suprema confirma la decisión de fondo pero desecha las justificaciones que se tuvo en primera instancia, reiterando la doctrina que había sentado hace una década y, nuevamente, haciéndose cargo de cuestiones que la justicia constitucional no demanda. Después de repetir los argumentos presentados por las partes, la sentencia en examen mantiene, en su considerando 8º,

---

<sup>18</sup> En tanto la sentencia hace alusión a la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe anotarse ella como una excepción a la actitud que mantienen las Cortes con el derecho internacional. Al respecto, véase *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.

<sup>19</sup> Sentencia de 16 de abril de 2003, pronunciada por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Copia del fallo en poder del autor (el destacado es mío).



[q]ue no cabe duda que el derecho al honor es un atributo de la personalidad de la mayor importancia y de carácter especialísimo, por lo que *debe gozar de preeminencia sobre otros derechos*.<sup>20</sup>

Como puede observarse, la Corte Suprema, a pesar de confirmar el fallo de primera instancia -por un argumento usualmente empleado por la Tercera Sala, que consiste en nada más determinar la inexistencia de un “acto arbitrario o ilegal”-, reitera la doctrina de la jerarquía entre los derechos constitucionales, tornando imperioso el escrutinio de sus sentencias y la alarma por la falta de sensibilidad ante el tipo de norma que está en juego (principios y no reglas jurídicas). Sobre ello, entonces, valga lo señalado más atrás.

## 2. Inconsistencias en el razonamiento judicial

Según dije, interesa este pronunciamiento de nuestro máximo tribunal porque es muestra fidedigna de la ausencia de líneas argumentales coherentes en las decisiones de las Cortes llamadas a dirimir cuestiones constitucionales. Para reforzar lo anterior, mostraré algunos casos que la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (en adelante, la Clínica) ha tenido a su cargo, en los cuales sorprende la manera como la Corte Suprema –su Tercera Sala Constitucional– borra lo que ella misma ha escrito previamente o desconoce, sin más, poderosas argumentaciones jurídicas elaboradas en primera instancia. Utilizaré un orden cronológico.

El primero de estos casos se refiere al modo como la Corte Suprema entiende su labor jurisdiccional cuando está en presencia del análisis de políticas públicas impulsadas por el Ejecutivo. Sabido es que cada vez son más las situaciones que llegan ante los tribunales en las que se debate acerca de la legalidad (o, incluso, el mérito y oportunidad) de políticas que adopta la administración, fenómeno que algunos llaman como la “judicialización de la política”.

En junio de 2001, la Clínica presentó sendos recursos de protección en favor de personas viviendo con VIH / SIDA, invocando la afectación a su derecho constitucional a la vida e integridad psíquica, por cuanto los Servicios de Salud se negaban a entregarles el tratamiento que requerían para poder vivir. El reclamo se fundaba en que los Servicios desconocían un Decreto Supremo del Ministerio de Salud (Nº 362/84) que los obliga a otorgar tratamiento integral y gratuito en los casos de enfermedades de transmisión sexual (entre las cuales se incluye expresamente el VIH / SIDA).<sup>21</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo unánime, acogió las acciones deducidas, disponiendo, para los efectos de lo que interesa

<sup>20</sup> Sentencia de 16 de julio de 2003, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema. Voto de mayoría (3) redactado por el Ministro Sr. Gálvez. Copia del fallo en poder del autor (el destacado es mío). Con relación a las “cuestiones que la justicia constitucional no le demandan”, la Corte Suprema hace un análisis del mérito de la obra de teatro, destacando “la incoherencia de la trama, lo ininteligible de los parlamentos y lo ramplón del tratamiento en general [todo lo cual convierte] a la pieza teatral en algo intrascendente y de escasa proyección en el plano de difusión, siendo inexplicable su financiamiento con fondos públicos” (considerando 11º). Este pasaje de crítica artística que se permite la Corte aparece, a todas luces, como una toma de posición inadmisibles para un juez constitucional en un Estado liberal como el que Chile aspira a ser, ya que elimina la posibilidad del disenso respecto de cuestiones que involucran a figuras y fechas históricas, dejando traslucir la aversión que esta misma Sala ha mostrado hacia el ejercicio de la libertad de opinar y de creación artística. Al respecto, véase, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2003, pp. 207-245.

<sup>21</sup> Estos recursos ya habían sido presentados en años anteriores por la Clínica. Para un análisis en detalle, véase Zúñiga, Alejandra, “El interés público del derecho a la vida”, en González, F. (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Nº 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 95-138. Véase, además, *Informe Anual 2003*, pp. 389-393.

analizar aquí, que el argumento del Consejo de Defensa del Estado en orden a que la Ley N° 18.469 autorizaba a los Servicios de Salud a otorgar las prestaciones de acuerdo con los recursos físicos y humanos disponibles, no era admisible, en primer lugar, “porque una norma de carácter constitucional [el artículo 19 N° 1] no puede ser limitada por una norma de carácter simplemente legal”, y, en segundo lugar, porque la Ley N° 18.469 se refiere al derecho constitucional asegurado en el artículo 19 N° 9 y no en el N° 1 de la Carta Fundamental.<sup>22</sup> Este raciocinio es revocado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en una sentencia que sólo hace aplicable la Ley N° 18.469, dejando de lado el derecho fundamental asegurado por la Constitución en el 19 N° 1 y las normas del Decreto Supremo.

Ahora bien, en nuestro análisis, además de la falta de debida argumentación para dar vuelta lo sentenciado en primera instancia, la Corte Suprema revierte, con esta decisión, una doctrina que había sostenido sólo un par de meses antes. En agosto del mismo año, conociendo la solicitud de prohibición de la píldora de anticoncepción de emergencia, la Corte Suprema declaró que la autorización que el Instituto de Salud Pública había dado para comercializar la droga era un acto arbitrario e ilegal que atentaba en contra del derecho a la vida de los no nacidos en Chile.<sup>23</sup> Lo que me importa de esta decisión es que, en ella, la Corte deja sin efecto un acto administrativo en el que el Ejecutivo había hecho una evaluación de los efectos de comercializar dicha droga, esto es, se trataba de una política pública que éste impulsaba y que la Corte, por considerarla atentatoria contra derechos fundamentales, invalida.

Ocurre que en el fallo que revoca la sentencia por los recursos de VIH / SIDA, una de las argumentaciones de la Corte Suprema fue que no le correspondía a ella calificar las políticas públicas que adoptaba el Ministerio de Salud (a menos que hubiese “preferencias indebidas”), dejando a un lado el razonamiento levantado en el caso de la píldora, donde derechamente cuestiona una política del Ejecutivo. Uno podría fácilmente erigir diferencias entre los casos presentados y justificar, de esa manera, la divergencia de opiniones de la misma Corte. Sin embargo, no hay tal explicación pues, para ella, no hay problema. Este es, a mi juicio, una primera muestra de falta de integridad que puede verse en el razonamiento constitucional de nuestros tribunales.

Un segundo caso, también acaecido en 2001, se refiere a otro recurso de protección deducido por la Clínica de Interés Público. En esta oportunidad, la acción era dirigida en contra de los canales de televisión abierta por la omisión en que incurrieran permanentemente al no contar en sus noticiarios con el mecanismo corrientemente utilizado por las personas sordas para comunicarse, esto es, el lenguaje de señas. Los recurrentes, una agrupación de sordos, reclamaban que su derecho a recibir información se veía amagado con esta situación cotidiana. Pues bien, aquí también se obtuvo un pronunciamiento favorable en primera instancia: la Corte de Apelaciones de Santiago obligó a los canales de televisión abierta a emitir, en sus noticiarios, las informaciones traducidas simultáneamente en lenguaje de señas, de manera de que esta minoría pudiese comprender lo que allí se transmitía.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Sentencia de 28 de agosto de 2001, pronunciada por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (copia del fallo en poder del autor).

<sup>23</sup> No está de más señalar que, con esta doctrina, la Corte también se apartaba de su sostenida jurisprudencia en orden a que el recurso de protección no puede deducirse como acción popular (*v. gr.*, *Gaceta Jurídica*, N° 139, enero, 1992, p. 66; *Fallos del Mes*, N° 309, agosto, 1984, p. 393), a pesar de que, según ella, dar protección a los no nacidos en Chile ¡no importaba tutelar intereses de personas indeterminadas!

<sup>24</sup> Sentencia de 3 de abril de 2002, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (copia del fallo en poder del autor). Para profundizar sobre los alcances de este fallo (y el de la Corte Suprema), véase Barrientos, Javier, “El derecho a la información y las personas sordas”, en González, F. (ed.), *op. cit. supra* nota 21, pp. 269-293.

Al igual que en el caso anterior, la Tercera Sala de la Corte Suprema recurrió a una limpieza de su propia doctrina para revertir esta importante y celebrada decisión, que daba un significativo paso en la integración social de la población sorda. En su sentencia revocatoria, señaló que el recurso era extemporáneo, porque la agrupación de sordos había recibido respuesta a una carta que ellos habían enviado a los canales en la que solicitaban información de por qué no cumplían con el mandato de la ley sobre discapacidad.<sup>25</sup> <sup>26</sup> La cuestión es que el acto en contra del cual se recurría no era, como pensó la Corte Suprema, la respuesta de los canales de televisión, sino la omisión permanente en que ellos incurrieron al no establecer el lenguaje de señas en sus noticiarios, con lo cual, al tratarse de una omisión de efectos permanentes, el plazo se renovaba constantemente; en el lenguaje de los contratos, una especie de violación “de tracto sucesivo”. En pocas palabras, no existía la posibilidad de declarar un recurso extemporáneo, a menos que se desconociera en su totalidad la doctrina que la propia Corte Suprema ha mantenido en estas situaciones. Piénsese, nada más, en los casos de secuestro calificado, a los que no puede aplicárseles la prescripción, por tratarse, precisamente, de delitos de carácter permanente. Una vez más, la Tercera Sala de la Corte Suprema alimentaba las páginas de este trabajo con una increíble inconsistencia en su razonamiento.<sup>27</sup>

Por último, un tercer caso que me interesa revisar a fin de demostrar esta falta de integridad constitucional es el que se refiere a una niña expulsada ilegalmente de su colegio -llamada por algunos como la “niña del chicle”. En octubre de 2002, la Clínica de Interés Público y DD.HH. interpone un recurso de protección en contra del colegio de la niña, por cancelación arbitraria de su matrícula.<sup>28</sup> Nuevamente, la Corte de Apelaciones acoge unánimemente la acción de tutela deducida, señalando que la actuación del colegio era ilegal y arbitraria por cuanto no había respetado ni siquiera el procedimiento que el reglamento escolar contemplaba para adoptar esta sanción extrema (no se configuraba ninguna de las causales que autorizaban a cancelar la matrícula a una alumna).<sup>29</sup> A pesar de ello, la Tercera Sala de la Corte Suprema revoca esta decisión, señalando que:

<sup>25</sup> Sentencia de 16 de mayo de 2002, pronunciada por la Corte Suprema (copia del fallo en poder del autor).

<sup>26</sup> A nivel legal y reglamentario se disponía la obligación de los canales de televisión de establecer medios que permitieran a la población sorda comprender sus noticiarios. Para ello, disponía el Reglamento, las noticias debían ser transmitidas en el lenguaje corrientemente utilizado por los sordos. En su respuesta a los recurrentes, los canales aseguraron que la generación de caracteres *era* un mecanismo idóneo para ello, a pesar de que un 90% de la población sorda no sabe leer (sin considerar que dicho caracteres no representan ni aun una parte significativa de la noticia que acompañan).

<sup>27</sup> A pesar de la derrota judicial, los canales, en conjunto con la Asociación Nacional de Televisión y los recurrentes, acordaron una modalidad para implementar el lenguaje de señas en los noticiarios que fue inaugurada en 2003. Esta consiste en un sistema de rotación por trimestres entre los diferentes canales de televisión abierta. La Corte de Apelaciones, valga señalarlo, había obligado a que los canales transmitieran con lenguaje de señas sus noticiarios centrales, esto es, aquellos emitidos a partir de las 9 de la noche y que concentran la mayor cantidad de espectadores.

<sup>28</sup> A diferencia de lo que se difundió en la prensa, la razón por la cual se le había cancelado la matrícula no era el haber masticado chicle en clase, sino por el hecho de no haber llevado firmadas las dos comunicaciones enviadas a sus padres, donde se acusaba dicha conducta y la mala conducta de la madre al momento de enterarse personalmente de los problemas de su hija.

<sup>29</sup> Sentencia de 8 de abril de 2003, pronunciada por la Corte Suprema (copia del fallo en poder del autor).

“el actuar de la [parte] recurrida [el colegio], concretado lógicamente a través de sus autoridades, no ha sido ilegal como se pretende, porque no existe norma de ley que la obligue a recibir alumnos (...) no existe ningún antecedente en los autos, que demuestre que la recurrida haya actuado de modo arbitrario.”<sup>30</sup>

Estos casos finales que hemos revisado encienden otra luz de alarma respecto de la manera como los tribunales encaran casos sobre derechos fundamentales. Me refiero a la vulneración que se produce a un principio rector de nuestro sistema institucional, cual es, el principio de igualdad. En palabras sencillas, bastaría con recurrir al viejo aforismo que indica que **donde existe la misma razón ha de haber la misma disposición**: ¿cuáles son las razones que motivan a la Corte Suprema, supuestamente nuestro máximo garante de los derechos de las personas, a no mantener doctrinas consistentes a la hora de fallar casos similares? Si los jueces hablan por sus fallos, entonces la respuesta a esta interrogante debemos buscarla en las propias sentencias. Pero lo cierto es que allí si algo falta es, justamente, argumentaciones que puedan sostener el (los) cambio (s) de las doctrinas judiciales previamente establecidas. De modo que la respuesta sigue siendo una incógnita; una “incógnita constitucional”, podríamos decir.

Lo anterior produce una lesión al principio de igualdad constitucional toda vez que se atribuyen o adjudican consecuencias (jurídicas) diversas a casos semejantes. Lo anterior no implica la aceptación de la doctrina anglosajona del *stare decisis*, ajena como es a nuestro sistema jurídico, sino, antes bien, la idea según la cual el precedente encuentra su real fundamento en el principio de igualdad, más que el *stare decisis*, por cuanto no se justifica –desde el punto de vista de la igualdad con la que el Estado debe tratar a los ciudadanos– que a casos semejantes, la respuesta judicial que se dé sea distinta.<sup>31</sup>

### III. Conclusiones

En estas breves páginas, he intentado mostrar que nuestra práctica constitucional (o, al menos, parte cualitativamente importante de ella) adolece de serios problemas a la hora de levantar interpretación de derechos fundamentales. Esta revisión ha sido realizada con un ánimo de *accountability* judicial, o sea, de escrutar las decisiones de nuestros tribunales superiores a fin de hacerlos responsables por la forma como adoptan sus decisiones.

Para ello, senté, en primer lugar, una concepción de la responsabilidad más democrática, en tanto no obedece a la lógica de poderes controlados por poderes, sino que se trata de una vía ciudadana o “vertical” de hacer responsables a los jueces, consistente en examinar, a la luz de los principios constitucionales, la forma y contenido de decisiones sobre derechos fundamentales. Es ésta, según pienso, una tarea irrenunciable de la dogmática constitucional y a ello han tendido estas líneas.

<sup>30</sup> *Ibid.*, considerandos 4º y 6º. La doctrina de esta sentencia no es compartida por la Sala vecina de la Tercera Sala. En un fallo sobre una situación similar, no tanto en los hechos como en el derecho aplicable, dictado al día siguiente, la Cuarta Sala de la Corte Suprema señala que con relación a una alumna, respecto de la cual “no existe antecedente académico ni disciplinario que justifique la cancelación de la matrícula, (...) resulta arbitrario aplicarle tal sanción por la supuesta conducta moral reprochable de su madre” (copia de la sentencia en poder del autor). Recuérdese que, en el caso resuelto por la Tercera Sala, el colegio hizo idéntica alegación: se cancelaba la matrícula por la supuesta conducta “insolente” de la madre.

<sup>31</sup> Véase Figueroa, Rodolfo, “Igualdad y discriminación”, en González, F. y Viveros, F. (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp. 9-64, en especial, pp. 50-64 y Gómez, Gastón, “El principio de igualdad constitucional”, en AA.VV., *20 años de la Constitución chilena. 1981-2001*, Ed. ConoSur, Santiago, 2001, p. 187.

Revisé casos sobre derechos subjetivos públicos en los que, de una parte, se observa la ausencia de argumentación en base a los requerimientos propios de los principios jurídicos –normas de derechos fundamentales– donde sostenidamente se mantiene la tesis de la jerarquía entre ellos y, de otro lado, se aprecia cómo en casos de relevancia constitucional los tribunales, en particular la Tercera Sala de la Corte Suprema, no aquilatan debidamente ni las decisiones de los tribunales de primera instancia (Cortes de Apelaciones, en sede de protección) ni aun sus propios pronunciamientos anteriores. De la misma manera, la falta de consistencia que se observa en el razonamiento de algunos casos es otro punto de preocupación para quienes ven en la práctica constitucional una manera de construir una narrativa común en la vida pública de nuestro país.

Todo ello, creo, contribuye a que el estado de nuestra práctica constitucional no avance substantivamente, lo cual redundaría en el estado o vigencia del sistema democrático chileno. A ello me refería en la introducción de este trabajo. La idea aspiracional contenida en el artículo 4º de la Carta Política debe ser observada, además, como una norma (jurídica), cuyo contenido (nos) vincula, por lo que cada vez que algún órgano del Estado –como los jueces, en este trabajo– se aparta, se aleja de dicha directriz, es preciso alzar una voz de alerta. Como dije antes, el interés de estas páginas no ha sido otro que contribuir a la discusión sobre esta materia. En esta línea, la idea de responsabilidad por la interpretación constitucional cobra vigencia, devolviéndole a los ciudadanos las prerrogativas que en otros lugares la propia Constitución no les reconoce.