

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Escuela de Derecho

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS
DECISIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Felipe Ignacio Paredes Paredes
Profesor
Patrocinante: Daniela Accatino Scagliotti

Valdivia, diciembre de 2004

Informe final de memoria de prueba
'Los principios jurídicos y la justificación de las decisiones judiciales sobre
derechos fundamentales''

La memoria de prueba presentada por el Sr. Felipe Ignacio Paredes Paredes se ocupa del problema de las insuficiencias argumentativas que suelen presentar en nuestro sistema jurídico las decisiones jurisdiccionales sobre derechos fundamentales y explora la hipótesis de que ellas podrían superarse a través de una adecuada comprensión de la peculiar naturaleza normativa de las disposiciones iusfundamentales. Así, sugiere el memorista, para lograr soluciones razonables y adecuadamente fundamentadas al momento de resolver controversias que supongan un conflicto entre derechos constitucionales, es indispensable tener en cuenta su carácter de normas de principio.

Para justificar esa hipótesis el memorista explora en primer lugar las aportaciones recientes de la teoría jurídica en torno a la categoría jurídica de los principios. Ellas apuntan a mostrar como ciertas normas positivas -particularmente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales- poseen una estructura abierta y una dimensión de peso que no encontramos en cambio en otra clase de normas, esto es, en las reglas. Aunque, como el memorista explica, hay discusión en torno a la posibilidad de establecer una distinción cualitativa entre ambas clases de normas, resulta claro que los conflictos entre principios no pueden resolverse al modo de los conflictos entre reglas, simplemente excluyendo la aplicación de uno de ellos. La solución en ese caso supone tomar en cuenta los diversos principios afectados y ponderar su peso relativo a la luz de la clase de circunstancias presentes en el caso. En el caso de los principios constitucionales, esa ponderación será entonces necesaria -concluye el memorista apoyándose en la doctrina y la experiencia judicial comparada- tanto al resolver un caso de conflicto concreto entre derechos fundamentales como al controlar en abstracto la constitucionalidad de una norma que limite algún derecho fundamental.

Sobre la base de esa conclusión y tomado en cuenta los modelos de justificación jurídica desarrollados por las teorías contemporáneas de la argumentación, el memorista propone luego un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales sobre derechos constitucionales que integre la ponderación como un paso lógicamente anterior y complementario a la subsunción. En el último capítulo el memorista pone a prueba ese modelo y evalúa críticamente dos sentencias constitucionales, una que resuelve un conflicto concreto entre derechos fundamentales y otra que evalúa la constitucionalidad de un proyecto de ley, mostrando como sus debilidades argumentativas habrían podido evitarse si hubieran comprendido un adecuado razonamiento ponderativo.

En síntesis, se trata de un trabajo que aborda un tema intensamente discutido por la teoría jurídica y la dogmática constitucional comparada que, sin embargo, ha recibido escasa atención en nuestra comunidad jurídica, a pesar de tener, como muestra el memorista, relevantes impactos prácticos. Como demuestra la memoria que informo, don Felipe Paredes abordó el desafío de esa investigación con perseverancia y rigor intelectual. En efecto, el trabajo no elude considerar complejas cuestiones teóricas para fundar la utilidad práctica de la categoría de los principios jurídicos y en cada caso logra realizar una adecuada caracterización del *status quaestioni* así como un informado juicio personal que permite al memorista ir avanzando en la justificación de su hipótesis. Por otra parte la memoria presenta una estructura ordenada y coherente y una redacción clara y amena. Finalmente, el trabajo considera una bibliografía suficiente, actualizada y pertinente y aplica correctamente las reglas de cita y referencia bibliográfica.

Por las consideraciones anteriores, informo la presente memoria de prueba APROBADA PARA EMPASTE y la califico con nota 7 (siete).


Daniela Accatino Scagliotti
Profesora Filosofía del Derecho
Valdivia, diciembre de 2004

SUMARIO

INTRODUCCION		4
I.	Una aproximación a la doctrina de los principios jurídicos	7
1.	Delimitación del concepto	7
2.	Discusión clásica acerca de los principios	8
3.	La doctrina de los principios jurídicos en la discusión contemporánea	8
4.	El valor normativo de los principios	11
II.	La distinción entre principios y reglas	13
1.	Criterios de distinción	13
	a. Tesis de la diferenciación estricta o lógica	13
	i. Teorías estructurales	13
	ii. Teoría finalista o teleológica	14
	b. Tesis de la diferenciación cuantitativa o de grado	15
2.	Conclusión acerca de los criterios de distinción entre reglas y principios	16
III.	Las funciones de los principios en el ordenamiento jurídico	19
1.	Las funciones clásicas	19
	a. Los principios en la explicación del derecho	19
	b. Los principios en la unificación del derecho	20
2.	El aporte de la teoría del derecho contemporánea	20
	a. De la subsunción a la ponderación	20
	b. Conflictos de derechos constitucionales	25
	c. Control abstracto de constitucionalidad y cláusula de esencialidad de los derechos	27
IV.	La teoría de la argumentación jurídica y los principios	30
1.	La teoría de la argumentación y la justificación de las decisiones jurídicas	30
2.	Los contextos de justificación en el derecho	32
3.	La distinción entre reglas y principios y la justificación externa	36

V.	La constitución y la interdicción de la arbitrariedad: ¿ un caso de entropía jurídica?	39
1.	Libertad de información y derecho a la honra: ¿una cuestión de números?	39
2.	Catalíticos y el principio de proporcionalidad	44
	Conclusiones	49
	Bibliografía	51

INTRODUCCIÓN

La protección del ciudadano: De las declaraciones de Derechos hasta las Constituciones europeas.

La génesis del movimiento constitucionalista en Europa, fue básicamente un intento por proteger al ciudadano del omnipotente Estado Absoluto y de esta manera poner coto a los abusos que se habían cometido durante el *Ancient Regime*. Esto se logró mediante documentos escritos en los que se reconocieron y se garantizaron una serie de derechos, los cuales conocidos por todo el pueblo rigieron con fuerza obligatoria para todos los ciudadanos, inclusive el monarca. La materialización de éstos documentos se puede encontrar en los diferentes textos constitucionales de la época, como *The Bill of Rights (1689)*, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*, y la *Constitución de Filadelfia (1787)*.

La Segunda Guerra Mundial y sus devastadores efectos, provocó una reacción jurídica que desembocó en el advenimiento de la segunda oleada del movimiento constitucionalista. Las constituciones europeas de la posguerra procedieron de la misma forma que sus antecesoras liberales, consagrando pomposamente en su parte dogmática sendas declaraciones de principios. Sin embargo, este segundo aire del constitucionalismo, también implicó una renovada preocupación por las garantías y tutela judicial de los derechos a través de eficaces instrumentos jurídicos, que actuarían súbitamente ante cualquier violación de éstos, restableciendo el *Statu quo* vulnerado por la justicia de propia mano.

Este movimiento, no tardó mucho en llegar a nuestro país y la flamante Constitución de 1980 se preocupó de seguir paso a paso los modelos que por ese momento imperaban en el viejo continente. Fue así como en su extenso artículo 19, se enumeraron cada uno de las garantías que resguardarían en nuestro país el imperio del Derecho y se creó el novedoso recurso de protección destinado a borrar en forma breve y sumaria todo atisbo de arbitrariedad de un sólo plumazo.

Sin embargo, dicha idílica pretensión en la práctica ha distado mucho de convertirse en realidad, por alguna extraña razón las decisiones emanadas de los operadores constitucionales (llámense Tribunal Constitucional, y Cortes de Apelaciones y Suprema), nos han dejado una creciente sensación de inseguridad. En palabras de Fernando Atria, “cuando un recurso de protección o inaplicabilidad es interpuesto ante la Corte, las partes no tienen, en muchos casos, forma alguna de predecir el resultado del mismo. Una vez que este se ha fallado, tampoco tienen posibilidades (en la generalidad de los casos) de saber cuáles fueron las razones jurídicas que destruyeron los argumentos del vencido, ni cuáles aprobaron las del ganador”.¹

¹ Atria, Fernando. *Los peligros de la Constitución*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, p.90.

Al respecto, basta citar dos casos que me parece ilustran con bastante claridad el problema. En el ya célebre caso Luksic con Martorell, la Corte de Apelaciones de Santiago (en un fallo confirmado por la Corte Suprema) señala que el derecho a la honra debe prevalecer bajo toda circunstancia sobre el derecho a la libertad de informar, por encontrarse ocho números antes en el catálogo del artículo 19. Tampoco el Tribunal Constitucional ha estado exento de estos problemas y conociendo el requerimiento por inconstitucionalidad del D.S. N° 20 de 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en lo que se ha conocido como “el caso catalíticos”, el Tribunal señala que en la especie no procede la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero por alguna extraña razón declara la constitucionalidad del D.S. N° 20, dejando sin explicar por qué los afectados en sus derechos de propiedad y libertad ambulatoria deben soportar el gravamen que impone la cuestionada norma.²

Este tipo de razonamientos refleja, en opinión de Carlos Peña, que a pesar de que poseemos una práctica constitucional procesalmente avanzada, desde el punto de vista argumentativo ésta presenta características bastante arcaicas.³ La principal razón a mi juicio, según intentaré demostrar en este trabajo, de por qué se siguen produciendo falencias en la calidad de la argumentación de las sentencias que resuelven conflictos de naturaleza constitucional, radica en que los jueces han utilizado un inadecuado modelo de razonamiento que no da cuenta de las diferencias existentes entre las distintas normas del sistema constitucional. Así las cosas, la jurisprudencia no ha captado la peculiar naturaleza de los principios jurídicos, calidad que presentan numerosas normas constitucionales, lo que involucra diferencias al momento de su aplicación respecto de las reglas (la otra clase de enunciados normativos que configuran nuestra carta fundamental), las que básicamente estriban en las distintas operaciones lógicas que se deben utilizar en uno u otro caso. Mientras en el primer caso, las operaciones típicas y exclusivas son el silogismo judicial y la subsunción del caso concreto en el supuesto abstracto, al hablar de principios tales ideas resultan insuficientes, pues éstos al presentar una naturaleza jurídica distinta de las reglas, requieren criterios de racionalidad adicionales 1 sin los cuales la lógica formal se vuelve completamente inútil.

De esta forma, el presente trabajo busca dar una respuesta coherente, basada en las modernas ideas que la Teoría del Derecho ha formulado sobre los principios jurídicos y su importancia en la construcción de normas de derecho constitucional, al problema de la insuficiencia en la fundamentación de las sentencias en esta materia, tanto en lo relativo al importante tema de los conflictos concretos entre derechos fundamentales, como al del control abstracto de constitucionalidad.

² Al respecto véanse Luksic Craig y otro con Martorell Cammarella y otros, en RDJ, Tomo XC, 1993, II, sección V, PP. 164-174 y Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 325. Para un análisis detallado de estos casos véase el capítulo V La Constitución y la interdicción de la arbitrariedad: ¿Una caso de entropía jurídica?

³ Cfr. Peña González, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y reconciliación, Santiago, 1996, p.155.

Por ello, en primer lugar me remitiré a realizar un breve estudio en el que daré cuenta de los principales aspectos de esta categoría jurídica, para luego con esos elementos proponer un modelo de razonamiento jurídico, que supere las limitaciones del utilizado hasta ahora, para finalizar aplicando a casos resueltos por la jurisprudencia dicho esquema de razonamiento y cotejándolo con las consideraciones que el tribunal utilizó en la práctica para fundamentar su sentencia.

I. UNA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

1. Delimitación del concepto.

Ofrecer una definición libre de ambigüedades e imprecisiones no es tarea fácil si se trata de conceptos jurídicos. Esta ardua labor se complica aún más si se trata de un término tan poco pacífico e incluso resistido como es el de “principios jurídicos”. Pues como señala Prieto Sanchís: “ni en el lenguaje del legislador, ni en el da la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión ‘principios’, hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la ‘zona de penumbra’ resulta más amplia que el ‘núcleo de certeza’”.⁴

Quizás el primer autor en dar cuenta de esta situación fue Genaro Carrió, quien delimitó siete focos de significación de la expresión “principio” con relevancia en el campo del Derecho, agregando además que en ocasiones se utilizan combinaciones de ellos, con lo que la lista se extiende por sobre la media docena⁵. Entre las acepciones más paradigmáticas podemos mencionar:

- a. Los principios como normas fundamentales, ya sea del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya sea de algún sector normativo.
- b. También suele llamarse principios a las normas más generales y abstractas.
- c. Igualmente se denomina principios a las normas que presentan algún grado de vaguedad e indeterminación.

Desde luego, estas no son los únicos criterios definitorios atribuidos a la expresión “principios”. Por otra parte si se examinan atentamente los tres señalados (fundamentalidad, generalidad, y vaguedad), tampoco son unívocos, sino que pueden entenderse de diferentes formas y con distintos alcances.⁶

En mi opinión, un camino para avanzar en la clasificación del concepto de principio, consiste en distinguir dos focos de discusión jurídica que, si bien están relacionados, pueden identificarse en forma independiente el uno del otro. Me parece que aunque esta forma de abordar el problema no es omnicomprensiva de todas las acepciones de la palabra “principio”, sí es representativa de las dos formas más comunes y con mayor relevancia en el uso de esta expresión, tanto en el nivel de la Teoría del Derecho, como en el nivel de la práctica jurisprudencial. En este sentido, para designar esos dos focos de significación se suele hablar de las discusiones clásica y contemporánea sobre los principios. Puesto que sólo la segunda de esas discusiones es objeto de esta investigación, me referiré someramente a lo

⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 49.

⁵ Cfr. Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo – Perrot., cuarta edición, Buenos Aires, 1990. pp. 203 – 212.

⁶ Cfr. 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.1997, pp. 341 – 343.

que se ha denominado la problemática clásica en el siguiente apartado, para analizar luego en profundidad los aspectos centrales relativos a la discusión contemporánea sobre los principios jurídicos.

2. Discusión Clásica acerca de los principios: Los principios como normas implícitas

El terreno de la discusión clásica sobre los principios, no es otro que el de las fuentes del derecho. Desde el advenimiento de la modernidad y en particular con los movimientos codificadores, la ley se vuelve la fuente del Derecho casi exclusiva. Esto llevó a buscar soluciones que garantizaran la plenitud del ordenamiento jurídico ante la presencia de lagunas o vacíos legales. Como lo expresa Prieto Sanchís, “con este fin nacieron los principios generales del derecho, que serían una especie de último recurso, de más lejana frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador de derecho; con ellos, se suponía quedaba cerrado el sistema de fuentes, “rellenando” todos los huecos o vacíos que hubieran podido dejar la ley y la costumbre”.⁷

Así las cosas, se los ha definido en términos generales, como pautas o directrices generales que informan un ordenamiento jurídico. Sin embargo, es en la manera de entenderlos, es decir, dilucidar su naturaleza jurídica, donde se separan aguas entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas. Para los primeros, “los principios generales se identifican con las normas generales del Derecho Natural y son por lo tanto, superiores a la legislación positiva, permanentes y universales”.⁸

Distinto por cierto, es el punto de vista del Positivismo, pues para esta doctrina al prescindir del Derecho Natural, los obtiene por inducción a partir del Derecho positivo.

Independientemente de estas discusiones, que continúan teniendo una importancia significativa y que a pesar de los siglos transcurridos siguen sin encontrar solución, la doctrina contemporánea ha vuelto a poner en el tapete el tema de los principios, ahora para preguntarse si entre éstos y las demás normas (denominadas por contraposición reglas) existe algún tipo de diferencia sustancial y en el evento de que esta exista, cuál sería su relevancia.

3. La doctrina de los principios jurídicos en la discusión contemporánea.

Convencionalmente es posible fijar el comienzo de la discusión contemporánea sobre los principios en 1967, fecha en que Ronald Dworkin publicó su ya famoso artículo: *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*. No obstante, el tema ya estaba planteado en la jurisprudencia constitucional de posguerra.

La Segunda Guerra Mundial y sus devastadores efectos ocasionó una reacción jurídica que desembocó en el advenimiento de la segunda oleada del movimiento constitucionalista,

⁷ *Ibid.*, 335-336.

⁸ Hübner Gallo, Iván. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima edición, Santiago, 1995, p. 162.

conocido como Neoconstitucionalismo, que en Alemania, Italia y Francia, plasmó en sendas declaraciones la garantía de protección de los derechos de los ciudadanos y la interdicción de la arbitrariedad en la actuación del Estado.

Estas disposiciones venían a expresar positivamente valores y bienes comprendidos antes bajo la forma de principios generales del Derecho, con la única diferencia que ahora estarían puestos por escrito, encabezando las Constituciones Políticas que pretendían instalar aquel nuevo estadio en la protección de los derechos de los ciudadanos.

Fue precisamente esto, lo que llevó a plantear la necesidad de abrir debate en torno al tema de los principios, pues se trataba de determinar si aquellas normas realmente constituían una protección eficaz de los derechos ciudadanos, o bien en la práctica no pasarían de un conjunto de buenas intenciones y en cierta parte una tentativa de redención de parte de aquellos Estados que en gran medida habían sido responsables del desastre de la guerra, caso en el que aquellas rimbombantes declaraciones no pasarían de meras promesas o simples aspiraciones que muy difícilmente se llevarían a la práctica. La discusión anterior traía como corolario además una segunda: dichas normas, ¿eran exigibles, es decir, invocables ante los tribunales, o bien su carácter de norma eminente política nos impediría alegarlas en sede jurisdiccional?.

En la Asamblea constituyente italiana y en el *Parlamentarischer Rat* de la República Federal de Alemania se desarrolló un debate sobre la naturaleza de las normas constitucionales de excepcional importancia para la teoría actual de la Constitución y del Derecho. La cuestión implicada era nada menos que la validez, en el nuevo contexto constitucional, de las concepciones tradicionales del positivismo jurídico, para el cual el elemento central respecto de la distinción y delimitación del Derecho de otros sistemas normativos de control social era la coercibilidad.⁹

Un buen ejemplo de esta concepción la encontramos en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, quien en un intento por conceptualizar el Derecho señala: “todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia”¹⁰. De aquí que una Constitución puede declarar que los hombre nacen libres e iguales entre ellos pero la ciencia del derecho no puede dar cuenta de estas afirmaciones ni reconocerles una significación jurídica objetiva y sólo considerarlas, en palabras del propio Kelsen, como “elementos jurídicamente indiferentes”¹¹.

De acuerdo a esta concepción jurídica, entonces, las normas de derechos fundamentales, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético política, promesas no realizables por el momento no serían adecuadas para dar cuenta de la noción de Derecho y esconderían un vacío jurídico que provocaría una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con

⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1995, p. 113.

¹⁰ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, (1ª edición), Eudeba, Buenos Aires, 1989 (1934), p. 75.

¹¹ *Ibid.*, p. 76.

afirmaciones políticas, proclamación de buenas intenciones, etc.¹² Sin embargo, las consecuencias del debate fueron contraproducentes para el Positivismo imperativista, pues sus conclusiones de dicha discusión sirvieron para comprobar la insuficiencia de su modelo para explicar la diversidad de normas que coexisten dentro del ordenamiento jurídico.

El punto que decidió el debate, fue precisamente que dichas Cartas Fundamentales reconocieron el valor normativo de las disposiciones sobre derechos fundamentales como un lugar común dentro del Estado que se pretendía levantar en la Europa de la posguerra. En este sentido, se habla de Neoconstitucionalismo también para referirse a un tipo de Estado de Derecho concreto surgido en Europa en la década de los cincuenta del siglo pasado, en el cual convergen dos tradiciones constitucionales que hasta ese momento habían caminado separadas. Por una parte la estadounidense, que concibe a la Constitución como regla de competencia social y política, basada en la idea de supremacía constitucional y en su consecuente garantía jurisdiccional, y por otra parte la europea que otorga un contenido material a esa norma de competencia, y que no se limita a señalar sólo quién debe mandar y cómo debe hacerlo desde un punto de vista formal, sino que también participando activamente en la definición de cuáles son las orientaciones generales que debe tomar quién detente el poder.¹³ “El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional”¹⁴, es decir, de aquí en adelante la Constitución no será solamente aquella *norma normarum*, que suponía el positivismo kelseniano, que se limitaba solamente a regular las fuentes del derecho, sino que generará directamente derechos y obligaciones con un contenido material. Todo esto unido a la garantía jurisdiccional que permitirá acceder a los procedimientos judiciales creados para la protección de los derechos.

Es aquí, donde se configura una cuestión decisiva para el desarrollo de la moderna doctrina de los principios jurídicos, pues precisamente estas disposiciones sobre derechos fundamentales adoptan una estructura compleja compuesta de reglas y principios, y como dice Zagrebelsky, “las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”¹⁵, lo cual tendrá importantes consecuencias para el análisis del razonamiento jurídico constitucional, especialmente en lo referido a la solución de conflictos de derechos fundamentales y en la aplicación de la garantía del contenido esencial.

¹²Cfr. Zagrebelsky, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 112.

¹³ Cfr. Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en *Neoconstitucionalismos(s)*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 123-130.

¹⁴ *Ibid.*, p. 126.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 110.

4. El valor normativo de los Principios.

Este ha sido uno de los temas que tradicionalmente han presentado mayor nivel de disenso entre los teóricos del Derecho. Sin embargo, dejando de lado las teorías sobre los principios implícitos, que será un tema que no abordaremos aquí, las cosas son mucho más pacíficas.

Hasta no hace mucho, un sector de la doctrina consideraba que los principios eran simples pautas o criterios directivos para el legislador y para el intérprete, con lo que se sugería que no eran normas jurídicamente obligatorias, o al menos no tan obligatorias como el resto de las normas, y que se dirigían además a los operadores jurídicos y no al conjunto de los ciudadanos.¹⁶ Para Prieto Sanchís, “en realidad el problema que se planteaba antiguamente no era el carácter normativo de los principios, sino más bien el de la exigibilidad de un categoría concreta de principios, como lo son los políticos o constitucionales”.¹⁷ Esto se explica por la desconfianza de que los tribunales se pongan al servicio de los intereses de la política partidista, objeciones que han sido salvadas por la prudencia de los jueces europeos, como también por las exigencias de razonabilidad establecidas por la doctrina comparada. En este sentido, cobra especial importancia el trabajo de Robert Alexy, quien como destaca Contesse, ha demostrado claramente que “la teoría de los principios permite construir un procedimiento de ponderación racionalmente estructurado capaz de hacer frente a la crítica de algunos que piensan que el criterio de ponderación no es más que un camuflaje a meras decisiones o intuiciones”.¹⁸

Lo anterior ha sido ratificado en la práctica por la jurisprudencia comparada y confirmado de manera tajante por la confianza que las Constituciones han otorgado a esta categoría jurídica, dotando de plena eficacia a estas normas, a través de acciones, en general de tramitación breve y sumaria, tradicionalmente conocidas como recursos de amparo (o protección en nuestro caso) y que en la práctica se han convertido en el principal medio para la discusión de cuestiones iusfundamentales en sede jurisdiccional.

Es más, actualmente no sólo está fuera de discusión el valor normativo de las normas constitucionales que tienen estructura de principios, sino que además se le atribuye un rol configurador del resto del ordenamiento jurídico a través de lo que se ha denominado el efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En este sentido, es que Zagrebelsky destaca como actualmente “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir constitutivo del orden jurídico”¹⁹ y añade que ‘las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las

¹⁶Cfr. Prieto Sanchís, Luis. “La doctrina (...), *Cit.*, pp. 343 – 344.

¹⁷*Ibidem.*

¹⁸ Contesse Singh, Jorge. “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre Derechos Constitucionales?”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, 2002, P 68.

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 110.

reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas significan”.²⁰

Así las cosas, el tema en mi concepto parece estar fuera de discusión, de modo que es posible concluir que no existen consecuencias de una mayor o menor obligatoriedad jurídica por el hecho de que una norma se exprese a través de una regla o un principio. Más bien por el contrario, la proliferación de los principios en los textos constitucionales y el reconocimiento de su valor normativo han venido a transformar la idea misma sobre la Constitución y sobre los criterios de validez de las leyes. Por que en efecto, la Constitución de nuestros días, como lo señalé anteriormente, ha dejado de ser aquella *norma normarum* que regulaba sólo la competencia y el procedimiento para dictar normas generales, pero sin vincular o condicionar apenas su contenido, convirtiéndose en una norma jurídica material o sustantiva que condiciona el sentido de las leyes y que obliga a concebir el sistema de validez como un sistema cuasi estático o deductivo, cercano, aunque no equiparable al sistema moral²¹.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis. “La doctrina (...), *Cit.*, p. 344.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Criterios de distinción

La discusión contemporánea sobre los principios se centra en las normas explícitas que revisten tal carácter. No obstante, como ocurre usualmente con los conceptos jurídicos, los problemas semánticos no han estado ausentes a la hora de determinar los alcances de la expresión “principios jurídicos”. Ante estas dificultades, la doctrina ha optado por el camino de las definiciones *ex adverso*. Así las cosas, se ha señalado que principio es toda aquella norma jurídica que no es regla. Sin embargo, con esto no se ha hecho más que desplazar el punto de discusión, enfrentándose nuevamente los autores con un problema de proporciones, el de definir cuál es el criterio que nos permitirá establecer el límite entre reglas y principios.

Este no es un asunto menor, y determinar si realmente existe una diferencia sustancial entre reglas y principios, es uno de los puntos centrales para esta investigación. En mi concepto este es un tema que ha sido obviado en la literatura nacional al menos, no ha existido un trabajo de precisión conceptual. Actualmente, este es un terreno en que no existe consenso entre los distintos autores que se han abocado al tema y es aquí donde se enfrentan las distintas concepciones acerca de los principios jurídicos. Las posturas estriban desde plantear una diferenciación lógica o estricta, con una variedad de matices, hasta negar esta posibilidad y señalar que existe sólo una diferencia de grado. En lo que sigue daré cuenta de las principales respuestas a este problema que se han esbozado en la Teoría del Derecho, para luego finalizar formulando algunas conclusiones.

a) Tesis de la diferenciación estricta o lógica:

Básicamente esta posición considera que reglas y principios responden a categorías jurídicas distintas y de diferente naturaleza normativa, plenamente independientes, aunque interrelacionadas, cuya peculiar estructura lógica nos permitiría diferenciar claramente entre unas y otras. Sin embargo, a la hora de señalar cuál es el criterio que nos autoriza a realizar esta distinción tan categórica, los caminos se vuelven a separar y se plantean visiones incluso contradictorias, que nos permiten distinguir dos subgrupos de teorías: las estructurales y las finalistas o teleológicas.

i) Teorías estructurales: En esta perspectiva se sitúan Ronald Dworkin y, en España, M. Atienza y J. Ruiz Manero. Para Dworkin, el elemento clave que nos permitiría hacer la distinción sería lo que él denomina la “cualidad del todo o nada” (*all – or – nothing*), propia de las reglas frente a la cualidad del “peso” de los principios. En este orden de cosas, las reglas se aplicarían a manera de 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 las reglas.

A *contrario sensu*, no es esta la forma en que deben aplicarse los principios, pues aquellos no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las

condiciones previstas se han satisfecho y representan, por consiguiente razones no concluyentes por sí mismas. Los principios tienen por esto una dimensión de peso o importancia y cuando existe un conflicto entre ellos debe tomarse en cuenta el peso relativo de cada uno.²³

Dentro de estas tesis estructurales también podemos situar a M. Atienza y J. Ruiz Manero. Dichos autores presentan un enfoque un tanto distinto, que en mi opinión es complementario de la solución propuesta por Dworkin. Para ellos “la diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada”.²⁴ Las reglas, por consiguiente, presentarían el supuesto de hecho al que se refieren de manera precisa, y también contendrían todas las posibles excepciones a su aplicación. De ahí que al aplicar una regla no hay nada que ponderar, simplemente decidir si el caso particular es subsumible o no en el caso genérico que constituye el supuesto de hecho de la regla. Esto parece muy próximo a la caracterización de la aplicación de las reglas como “todo o nada” que hacía Dworkin, por ello he dicho anteriormente que dichos enfoques son complementarios.

ii) Teoría finalista o teleológica: Formulada por Robert 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”²⁵. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas contrapuestas.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.²⁶

A juicio de Atienza y Ruiz Manero esta tesis falla en el sentido de que no es aplicable a todos los principios. Para ellos, “que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados es verdadero en lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto”.²⁷

²³Cfr. Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho S.A., Barcelona, 1989, pp. 72-80.

²⁴Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las Piezas del Derecho*, Ariel Derecho S.A. Barcelona 1996, p. 9.

²⁵Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 86.

²⁶*Ibíd.*, p. 86 – 87.

²⁷Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ob. Cit.*, p. 9. Entre las distintas clasificaciones de los principios que se han formulado, existe una formulada por Dworkin y aceptada Atienza Y Ruiz Manero, que distingue entre principios jurídicos en sentido estricto y directrices o disposiciones programáticas, siendo los primeros aquellos que expresan los valores superiores de un determinado ordenamiento, sector del mismo o institución, por ejemplo: entre nosotros el artículo 19 N° 1 de la Constitución, que consagra el derecho a la vida y los segundos disposiciones que estipulan la obligación de perseguir ciertos fines como, por ejemplo la parte final del artículo 19 N° 8 inciso primero de la Constitución que consagra el deber del Estado de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

b) Tesis de la diferenciación cuantitativa o de grado:

Aunque la teoría de Dworkin ha sido la piedra fundacional de la moderna discusión sobre los principios jurídicos, no ha estado exenta de críticas. Prieto Sanchís, señala que este enfoque presenta dos dificultades: la primera, que no responde a la situación que resulta cuando “un caso no aparece contemplado en ninguna regla y sin embargo sí es aplicable un único principio, entonces éste se convierte en una razón suficiente; mejor dicho en la única razón.”²⁸ El segundo punto donde esta concepción hace crisis, estaría dado por el hecho de que la idea del “todo o nada” es insuficiente para caracterizar a las reglas, pues justamente la determinación del alcance de una regla siempre es un producto de la relación entre dicha disposición y el resto del ordenamiento jurídico y dicha relación descarta la posibilidad de que alguna norma del sistema funcione a la manera que Dworkin afirma que lo hacen las reglas.²⁹

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero también ha recibido las críticas de Prieto Sanchís. El primer cuestionamiento que formula este autor, es la puesta en duda de que realmente exista en el ordenamiento jurídico una norma que contenga un supuesto de hecho verdaderamente cerrado, y ello tanto por la posibilidad de que con ocasión de la decisión de un caso se introduzca en una regla una excepción hasta entonces desconocida, como en virtud de la posible aplicación analógica de la norma a un supuesto de hecho no prevista expresamente por ella.³⁰ También, agrega Prieto Sanchís que si se dice que no es posible enumerar los casos de aplicación de los principios y se sostiene que los principios sí pueden dar lugar a excepciones a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas.³¹ Por último, se ha señalado también que en la práctica las dificultades que derivan el carácter abierto de los principios no son muy distintas a las que plantea la textura abierta y los problemas de vaguedad en el lenguaje presentes en toda norma, inclusive las reglas.

Ante la insuficiencia de las teorías que intentan establecer una separación fuerte entre reglas y principios ha surgido la tesis de la separación cuantitativa o de grado. Esta tesis difiere de la anterior, en el sentido de que señala que no es posible establecer un límite en términos cualitativos entre la zona de apertura de los principios y la zona de penumbra de las reglas. En consecuencia, la diferencia entre reglas y principios debe buscarse en sede interpretativa.³² Desde esta perspectiva, se plantea que es imposible establecer una diferencia *a priori*, es decir antes de su aplicación, entre reglas y principios. En suma, tal distinción “surge exclusivamente en el momento de la interpretación - aplicación”,³³ por lo mismo cualquier norma del ordenamiento jurídico puede operar como regla o principio, y en

²⁸ Prieto Sanchís, Luis. “La doctrina (...), *Cit.*, p. 348.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 350.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios (...), Cit.*, p. 61.

³³ Prieto Sanchís, Luis. “La doctrina (...), *Cit.*, p. 347.

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.

Esto se explica por que detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios, por ejemplo, señala Prieto Sanchís, detrás de casi todos los preceptos del Código Civil está el principio de la autonomía de la voluntad o del derecho de propiedad, etc., pero frente a ellos un sistema como el nuestro proporciona también el derecho a la salud, a la protección del medio ambiente, la “función social de la propiedad”, etc. Por ello, siempre está 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.

2. Conclusión acerca de los criterios de distinción entre normas y principios.

Del análisis anterior queda aún una cuestión pendiente, determinar cuál o cuáles son los criterios definitivos que permiten establecer la diferencia entre reglas y principios. Recordemos que las posiciones más difundidas entre los autores, aparecían irreconciliablemente separadas en dos sectores, la tesis de la separación cualitativa o lógica y la tesis de la separación cuantitativa o de grado.³⁴

Aún cuando es conveniente hacer la prevención, de que este hecho no atenta en lo absoluto con la posibilidad de distinguir entre reglas y principio, la opción de decidirse por uno u otro criterio viene a ser relevante en la forma cómo dichas normas se van a operativizar en la práctica, pues la consecuencia necesaria de establecer un criterio de distinción fuerte, aunque sea casi una tautología decirlo, es que todas las normas del ordenamiento jurídico se pueden adscribir a una de estas dos categorías. *A contrario sensu*, quien se juegue por una concepción cuantitativa de la distinción tendrá que aceptar que todas las normas del ordenamiento jurídico pueden operar en la práctica o como reglas o como principios.

En mi opinión, me parece que es necesario resaltar dos consideraciones. En primer lugar creo que ambas tesis tienen algo de razón y en segundo lugar me parece que tampoco son absolutamente incompatibles y puede que se refieran al menos parcialmente a dos aristas del mismo problema. En las siguientes líneas voy a tratar de explicar estas afirmaciones.

Respecto de lo primero, me parece que es indudable el hecho de que los principios corrientemente se configuran a la manera de normas con una fuerte presencia de indeterminación en la estructuración de su supuesto de hecho. Sin embargo, a la vez me parece que es difícil plantearse la existencia de las reglas como pautas normativas completamente cerradas, pues la determinación que Atienza y Manero atribuyen al supuesto

³⁴ 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 Prieto Sanchís, Luis”, 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.

de hecho de las reglas puede verse considerablemente afectada por la aplicación de una excepción hasta entonces desconocida, por una aplicación analógica, o incluso por la entrada en juego de un principio en la resolución del caso. Aún reconociendo este punto, considero que no resulta sostenible postular la aplicación de la ponderación en todos los casos de antinomias. Ello porque, los ordenamientos jurídicos recurren constantemente a criterios para evitar, precisamente, que se produzcan contradicciones entre normas, como por ejemplo: *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*, etc. que establecen relaciones de precedencia establecidas *a priori* sin que se de cabida a la ponderación.

De este modo, cabe reconocer parte de razón a ambas tesis sobre la distinción entre normas y principios. Por otra parte como anticipaba, me parece que ambos criterios de distinción no son, al menos absolutamente incompatibles. Para explicar esta afirmación es necesario tomar en cuenta una característica del razonamiento jurídico: su derrotabilidad; aunque se trata de un tema complejo, consideraré brevemente el modo en que se relaciona con la distinción entre reglas y principios. Al decir que el razonamiento jurídico es derrotable se quiere llamar la atención sobre “ciertas peculiaridades de éste supuestamente determinantes de su carácter no monotónico, es decir no sometible enteramente a la lógica formal (lo que permite, por cierto, distinguir tantas versiones de la tesis como explicaciones diferentes se nos ofrezcan acerca de cuáles se supone que son, en concreto esos rasgos específicos)”.³⁵ De los múltiples argumentos que se han dado en orden a precisar esas peculiaridades, el más fuerte sugiere que “el razonamiento jurídico es derrotable por que las normas jurídicas mismas son derrotables”.³⁶ Precisamente, este es el punto que nos interesa, pues este argumento se ha esgrimido a raíz de la particular relación entre reglas y principios. Así, “afirmar que las normas jurídicas son derrotables, no es otra cosa que señalar que las normas jurídicas están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas de antemano”.³⁷ El carácter derrotable de las normas vendría a dar la razón a la tesis de la distinción de grado y a mostrar como los defensores de la tesis de la separación fuerte no dan cuenta adecuadamente de la situación que se produce cuando un principio excepciona a una regla, y como no es posible identificar anticipadamente todas las excepciones a los principios, la consecuencia obvia es que una conclusión obtenida en virtud de una regla es derrotable.

No obstante, el razonamiento anterior requiere de un presupuesto. El argumento asume que no hay metanormas de prioridad entre principios en colisión³⁸, o lo que es lo mismo, relaciones de preferencia determinadas *a priori* por el Derecho. No obstante, a mi juicio, es innegable que existen ciertos casos paradigmáticos en los que la relación de preferencia está precondicionada por el Derecho. Por lo mismo no todas las reconstrucciones que resulten de

³⁵ Bayón, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Doxa* N° 24, 2001, pp.35-62.

³⁶ *Ibid.*, p. 37.

³⁷ *Ibid.*, p. 51.

³⁸ Cfr. Bayón, Juan Carlos. *Ob. Cit.*, p. 54.

la aplicación de un proceso de ponderación son admisibles, lo que equivale a decir que el derecho no está globalmente indeterminado. “La admisibilidad de una reconstrucción depende de su capacidad para dar cuenta de esos casos paradigmáticos”³⁹ Así por ejemplo, el caso del artículo 10 N° 2 del Código Penal⁴⁰ que consagra el estado de necesidad justificante es precisamente uno de estos casos paradigmáticos, pues naturalmente dicha norma implica un conflicto entre el derecho de propiedad y otro derecho eventual (por ejemplo, el derecho a la salud). Sin embargo, en este caso evidentemente el citado artículo impide que se invoque el derecho de propiedad como causal constitutiva de la responsabilidad penal, por que precisamente la misma disposición lo impide al resolver el conflicto anticipadamente. De esto se sigue que no todas las reglas están abiertas a la incorporación de excepciones, porque en ocasiones existen criterios previstos con anterioridad por el ordenamiento jurídico, justamente con la finalidad de evitar que se reabra en sede jurisdiccional el debate acerca de la prioridad de un principio sobre otro bajo determinadas circunstancias.

A modo de conclusión, creo que ambas tesis han equivocado el camino para resolver el problema, puesto que han simplificado hasta el punto de pecar de reduccionismo, el universo normativo. Ni las normas jurídicas son todas inderrotables, lo que nos permitiría adscribir todo el Derecho a una de estas dos categorías (reglas o principios), ni tampoco el Derecho se encuentra totalmente indeterminado.

Ahora, sin perjuicio del interés teórico de esta discusión, ambos criterios de distinción dan cuenta de una realidad que a estas alturas es indesmentible, la cual es la insuficiencia de los modelos de razonamiento puramente subsuntivos para resolver cierto tipo de antinomias en las que los criterios de solución de conflictos entre reglas resultan insuficientes. En estos casos según veremos con mayor detenimiento en los próximos capítulos, para cumplir con el requisito de fundamentación que el Estado Democrático de Derecho exige a las decisiones judiciales deben recurrir a otras formas de argumentación racional, de las cuales el caso paradigmático es la ponderación.

³⁹ Moreso José Juan. “Guastini sobre la ponderación”, en *Isonomía* N° 17, octubre, 2002, p. 234.

⁴⁰ **Art. 10.** Están exentos de responsabilidad criminal:

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1.ª Realidad o peligro inminente del mal que se pretende evitar.
- 2.ª Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3.ª Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

III. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En las páginas anteriores se ha hablado mucho acerca de los principios jurídicos, pero vale la pena que nos detengamos a analizar cuáles son sus funciones dentro del ordenamiento jurídico y dónde reside la utilidad de esta categoría jurídica a la que tanta tinta ha dedicado la teoría jurídica. Ciertamente, los principios han sido uno de los mayores aportes conceptuales de la Teoría del Derecho, pero alguien podría preguntarse, ¿para qué?. Esta es una pregunta que muchos han tratado de responder con distinto éxito.

Bajo el rótulo de “funciones clásicas”, pretendo englobar todas aquellas funciones que tradicionalmente se han atribuido a la categoría jurídica de los principios en general, es decir con independencia de su carácter implícito o explícito, pues ellas a mi parecer dicen relación con el concepto de principio como creación de la dogmática jurídica con un fin determinado. Por lo tanto se pueden predicar indistintamente respecto de ambos tipos de principios. Luego me referiré al aporte de la concepción contemporánea de los principios a la discusión sobre sus funciones

1. Las funciones clásicas

Tradicionalmente se ha dicho que los Principios, tanto desde el punto de vista de los principios generales del Derecho como de la discusión contemporánea, han cumplido y siguen cumpliendo una eficaz labor tanto en la explicación del derecho, en la interpretación e integración del mismo.

a. Los Principios en la explicación del Derecho.

Los principios cumplen una importante labor explicativa tanto del Derecho en general, como de un sector o rama del mismo. Lo anterior es procedente en dos sentidos. En primer lugar, por su capacidad para sintetizar gran cantidad de información: la referencia a unos pocos principios nos permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico y en relación con el sistema social. En segundo lugar, los principios nos permiten entender el Derecho –o una rama del Derecho- no como un simple conjunto de pautas, sino como un todo orgánico y dotado de sentido. Por ejemplo, en materia civil dentro del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo quedan comprendidas una serie de conductas específicas en diferentes ámbitos del derecho civil patrimonial, tal es el caso de ciertas normas sobre ejecución de los contratos, normas sobre responsabilidad delictual, etc.

Para Atienza y Manero, esta doble capacidad explicativa de los principios respecto del ordenamiento jurídico, hace posible la sistematización del Derecho. Y puesto que ella es una de las tareas fundamentales de la ciencia jurídica, queda claro el papel que han de desempeñar los principios dentro de ésta.⁴¹

⁴¹ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ob. Cit.*, p. 19 – 20.

b. Los principios en la unificación del Derecho.

Desde siempre los principios jurídicos han sido instrumentos utilizados en la integración e interpretación del Derecho, ya decíamos antes que esta es la noción que explica el desarrollo de la noción “principios generales del derecho”, en el sentido de normas implícitas en el sistema jurídico. Tal vez sea en el área del Derecho Privado donde se ha recurrido con mayor frecuencia a los principios jurídicos cuando el intérprete se encuentra ante lagunas del derecho o contradicciones, o para afirmar la plenitud del ordenamiento jurídico. En este sentido, incluso algunos ordenamientos jurídicos, como el Español han reconocidos positivamente en sus textos esta función. Entre nosotros se suele admitir que ese es el sentido que hay que atribuir al artículo 24 del Código Civil que hace referencia al espíritu general de la legislación como elemento de interpretación y más explícitamente al artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en su mención a los principios de equidad.

Sin embargo, todo lo dicho anteriormente no es óbice para que dentro del ámbito del derecho público y particularmente del derecho constitucional no se haya desarrollado también toda una teoría de la interpretación basada en el carácter de principios que ostentan los derechos fundamentales. En este sentido la doctrina constitucional, influenciada claramente por el neoconstitucionalismo, ha recalcado el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre las restantes normas. En virtud del mismo, toda la interpretación de las normas dentro del ordenamiento jurídico, deberá hacerse conforme a los derechos fundamentales⁴².

En síntesis, los principios sirven para mantener la imagen del Derecho como sistema, en virtud de la cual, el ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas dispersas y asistémicas, sino que está ordenado racionalmente y de acuerdo a criterios de coherencia, que son relevantes no sólo en la explicación, sino también en la aplicación del Derecho.

2. El aporte de la Teoría del Derecho Contemporánea.

a. De la subsunción a la ponderación

A las funciones tradicionalmente atribuidas a los principios jurídicos, y que en mi concepto son aplicables tanto en su acepción de principios implícitos como explícitos, se agrega una de las más grandes contribuciones de la Teoría del Derecho de la segunda mitad del siglo veinte, esto es su especial importancia para el análisis del razonamiento jurídico.

Como se indicó anteriormente, a partir de las Constituciones de la posguerra, como consecuencia de las exigencias axiológicas cada vez más fuertes que reclamaban de la Constitución un papel protagónico en la defensa de los derechos de los ciudadanos, numerosos principios fueron positivados a través de declaraciones de derechos. La forma en

⁴² Al respecto véase Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Cit., pp. 506-510.

⁴³ Cfr. Atienza Manuel, Ruiz Manero Juan. *Ob. Cit.*, p. 25

cómo fueron consagrados positivamente en las diferentes Cartas Fundamentales, esto es como normas de la misma jerarquía, con el mismo grado de generalidad y con el mismo ámbito de vigencia temporal, trajo aparejada consigo también un problema de proporciones: la insuficiencia de los esquemas de razonamiento judicial que hasta entonces –bajo la influencia de la Escuela de la Exégesis y la cultura de la Codificación- se agotaban en la subsunción o silogismo, como la operación exclusiva del razonamiento judicial. Esta consiste en establecer que un caso determinado es instancia del caso más general previsto en la norma, para obtener en conclusión, que la consecuencia por ella prevista debe aplicarse en el caso particular.⁴⁴

En este orden de cosas, fue la misma práctica jurisprudencial europea que reclamó modelos de razonamientos acordes con el nuevo contexto constitucional. Este modelo de razonamiento ya había sido objeto de fuertes críticas desde fines el siglo XIX y comienzos del XX, en el contexto de una poderosa reacción antiformalista que varios movimientos doctrinales – Gény en Francia, la escuela del derecho libre y la jurisprudencia de intereses en Alemania, el realismo jurídico en los Estados Unidos y los países escandinavos- emprendieron con el objeto de demostrar que lo que el modelo silogístico presenta como premisas dadas al intérprete, que debe limitarse a deducir su conclusión, constituyen en realidad construcciones en que interviene también la voluntad del intérprete.

Las teorías de la argumentación posteriores han admitido la pertinencia de estas críticas, pero diseñando –según veremos con mayor detalle en el próximo capítulo- modelos de argumentación que requieren también la justificación de las premisas de las que se sigue la decisión judicial. En este contexto comenzaron a adquirir relevancia otros esquemas de razonamiento lógico jurídico y específicamente la ponderación como la operación lógica típica de los principios, como categoría de norma autónoma respecto de las reglas.

Por lo mismo, en las siguientes líneas me abocaré a analizar en términos generales qué es lo implica un razonamiento de estas características, para luego proponer dos esquemas de ponderación referidos a lo que se ha denominado las dos caras de la justicia constitucional, por una parte los conflictos concretos de derechos fundamentales y por otro el control abstracto de constitucionalidad.

Para ello, me apoyaré fundamentalmente en las ideas desarrolladas por Robert Alexy en su libro *Teoría de los Derechos fundamentales*.⁴⁵

En el lenguaje común, el verbo ponderar hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En el Derecho las cosas no son tan distintas. Cuando dos principios colisionan entre sí, evidentemente uno de los dos ha de ceder ante el otro, pero esto no implica que el principio desplazado sea inválido. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias un principio

⁴⁴ Cfr. Moreso José Juan. “Guastini (...)”, Cit., p. 230.

⁴⁵ Cfr. Alexy Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Cit, pp. 160 y sgtes.

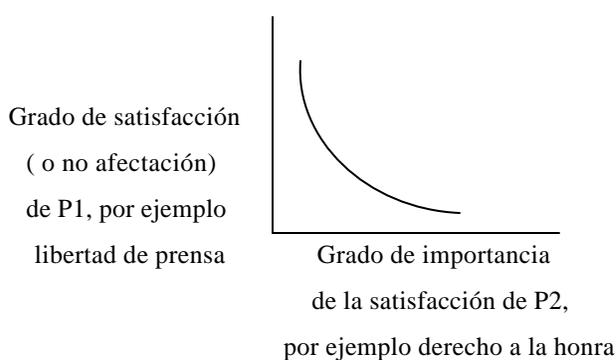
precederá al otro. Es por ello que se afirma que en atención a las circunstancias particulares que rodean cierta clase de casos, los principios tendrán distinto peso.

Esto se debe a que, como explica Prieto Sanchís, “la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia y jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de las necesidades y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna”⁴⁶.

Robert Alexy logra ilustrar de manera bastante clara la operativización del procedimiento de la ponderación. Analizando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, nuestro autor señala que generalizando este proceso puede extraerse la siguiente regla que él denomina “ley de la Ponderación” y que se puede resumir en el siguiente enunciado:

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.

De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Esta ley, pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos. Esta situación puede representarse mediante curvas de indiferencia, tales como se usan 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 otorga a un derecho fundamental P1 respecto de otro P2 en una situación concreta.



En las ponderaciones jurídico constitucionales, de lo que se trata no es de cuán grande es la importancia que se concede a la libertad de prensa y al derecho a la honra, sino cuán

⁴⁶ Prieto Sanchís. *Neoconstitucionalismo(s) (...)*, Cit., p. 143.

grande es la importancia que se debe conceder a ellas. Por ello, la ley de la ponderación es formulada como una regla que prescribe el establecimiento de curvas de indiferencia correctas, prescindiendo de la importancia subjetiva que le atribuya a cada derecho el sujeto que realiza la ponderación. Es por lo mismo que también aquellas personas cuyas concepciones pueden ser representadas a través de diferentes curvas de indiferencia, en el nivel subjetivo, deben necesariamente coincidir en este nivel, pues se deben aceptar ambos principios como abstractos y de la misma jerarquía, y por lo tanto, no pueden discutir que un muy reducido grado de satisfacción o una afectación muy intensa de la libertad de prensa en un caso concreto, en beneficio del derecho a la honra es sólo admisible si el grado de importancia relativa, atendidas circunstancias particulares de este derecho es muy alto.

Sin embargo, 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 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.

Los argumentos aducibles 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.

El modelo de fundamentación de la ponderación aquí presentado evita una serie de dificultades que a menudo están vinculadas con su concepto, desvirtuando la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la base de la cual pudiera decidirse la ponderación y, por lo tanto, la máxima de la ponderación de bienes sería una fórmula vacía. Ciertamente, 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 como un todo 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. Por lo tanto no es que no diga nada y por ello 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:

(P1 **P** P2) C

Siendo P1 y P2 dos principios contradictorios, por ejemplo el derecho a la honra y la libertad de expresión, C la condición de preferencia, en tanto que **P** representa la relación de preferencia.

Así pues, 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.

Estas ideas, de suyo algo complejas, quedan plenamente aclaradas con un ejemplo bastante ilustrativo que Alexy cita en su libro: el fallo *Lebach*, en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán solucionó la colisión entre la protección de la personalidad (P1) y la libertad de información radial (P2), suponiendo la precedencia de P1 en el caso de una “repetición de un informe televisivo sobre un delito grave que no responde ya a intereses actuales de información” que “pone en peligro la resocialización del autor” (C). Por ello formuló un enunciado de preferencia de la siguiente forma:

(P1 **P** P2) C.

De acuerdo con la ley de colisión, de aquí se sigue la siguiente regla:

C \longrightarrow R

Que bajo la condición C2, ordena la consecuencia jurídica de P1 (R).⁴⁷

Si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2: (P1 **P** P2) C, y si de P1 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:

C \longrightarrow R

O 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.

Este es en términos generales el razonamiento que debe estar presente en todo proceso de ponderación. Sin embargo, en consideración a la naturaleza de los asuntos sometidos a la decisión de los tribunales, este procedimiento suele adoptar ciertas formas particulares o algunas modalidades de ponderación suelen resultar más aconsejables para un tipo de asunto en especial. Por ello he creído conveniente proponer dos modelos concretos, aunque no exclusivos, de ponderación, teniendo en cuenta los dos aspectos más importantes de la justicia

⁴⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Cit. PP. 157 – 158.

constitucional, por una parte los conflictos de derechos fundamentales y por otra el control de constitucionalidad en abstracto. Sin embargo, quiero hacer presente que no se trata de dos sistemas distintos con características disímiles, sino más bien de dos aplicaciones de un mismo razonamiento que puede adoptar alguna de estas formas atendidas las circunstancias particulares de los asuntos controvertidos.

b. Conflictos de derechos constitucionales

En materia de conflictos concretos han sido varios los autores que han construido modelos específicos de ponderación para resolver este tipo de antinomias normativas. En mi opinión, han sido dos sistemas los que han alcanzado mayor notoriedad: el enfoque subjetivo del italiano Ricardo Guastini y la tesis de la reformulación ideal de José Juan Moreso.

Según Guastini, la ponderación presenta las tres siguientes características.

i. La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, y no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para la resolución de éstas: no procede *lex superior derogat inferiori*, por que se trata de normas de la misma jerarquía⁴⁸, como ocurre por ejemplo, tratándose de un conflicto entre Derechos Fundamentales; no vale *lex posterior derogat priori*, por que se trata de disposiciones expresadas en un mismo cuerpo normativo: por ejemplo la Constitución Política de la República; ni tampoco es aplicable *lex specialis derogat generali*, dado que la antinomia es de carácter parcial – parcial⁴⁹, no existe relación de especialidad entre ambas normas

ii. La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica de los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, como consecuencia un principio desplaza al otro en la escala de valor y resulta aplicable al caso concreto.

iii. La jerarquía valorativa no se puede establecer en abstracto, sino que se establece en el caso concreto. Aquí, Guastini habla de *jerarquía móvil*, pues puede que en un caso concreto P1 desplace a P2, pero puede ser que en otro caso P2 desplace a P1.

De lo anterior se derivan una importante consecuencia:

La teoría Guastiniana de la ponderación, trae consigo el problema de que conduce al particularismo jurídico. Una posición particularista supone el rechazo, en el ámbito de la razón práctica, de la racionalidad subsuntiva, y su sustitución por una denominada racionalidad narrativa, sólo válida para el caso concreto y sin que pueda ser extendida a otros

⁴⁸ En este tema estamos en completo desacuerdo con alguna jurisprudencia que ha señalado que existe una especie de relación jerárquica entre los Derechos Fundamentales consagrados en el artículo N° 19 de la Constitución Política. En apoyo de nuestra tesis véase Contesse Singh, Jorge. *Passim*.

⁴⁹ En la terminología de Alf Ross. *On the law and justice*, Stevens and sons, Londres, 1958, cap. 4., para comprender estas ideas es necesario suponer dos normas en conflicto N1 y N2, de soluciones incompatibles, cuyos supuestos de hecho (F y G) pueden tener las siguientes relaciones lógicas: si la relación es de identidad, la antinomia es total-total; si la relación es de inclusión la antinomia es total-parcial; si entre F y G no existe relación de identidad ni de inclusión, pero la intersección entre ambas no es vacía, estamos ante un caso de antinomia parcial-parcial.

casos a través de la generalización o universalización de las propiedades presentes en aquellas circunstancias.⁵⁰

Un enfoque al cual me adhiero y que en mi opinión hace frente a las objeciones de particularismo jurídico, es el de José Juan Moreso, quien plantea básicamente que la única forma de huir del particularismo jurídico es concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes.⁵¹ Para que quede claro, supongamos que sólo tenemos dos principios: P1, que reconoce la libertad de información y P2, que reconoce el derecho a la honra, está claro que en algunas circunstancias entran en conflicto, entonces se debe proceder a reconstruir nuestros principios en sede interpretativa de manera de establecer una jerarquía condicionada entre ellos y que sea susceptible de universalización. Supongamos por ejemplo, que en un caso hipotético consideramos relevantes dos propiedades:

C1: Que la noticia sea veraz.

C2: Que la noticia tenga relevancia pública.

Ante esto es posible reformular los principios P1 y P2 en dos nuevos principios (N1 y N2): N1, que consagra la garantía de protección de la libertad de información, siempre y cuando la noticia sea veraz y tenga relevancia pública y N2, que protege el derecho a la honra del uso y difusión de información, salvo que la información sea veraz y de relevancia pública.

En este punto Moreso, tomando prestadas las ideas de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, realiza una división del universo normativo aplicable a este caso en cuatro grupos elementales:

- 1) C1 & C2
- 2) C1 & no C2
- 3) No C1 & C2
- 4) No C1 & no C2

La norma N1 correlaciona el caso 1) con la consecuencia: “facultativo informar”, los casos 2), 3) y 4) están correlacionados, por la norma N2, con la consecuencia: “prohibido informar”. Este es un sistema bastante simple, que permite dar cuenta de todas las situaciones posibles dentro de un universo de casos determinado. Sin embargo ante eventuales críticas se requieren dos precisiones.

En primer lugar pueden quedar dudas acerca de si una información es o no de carácter relevante, por ejemplo si es o no de orden público, pero a mi entender se trata dudas que se

⁵⁰ Cfr. Moreso, José Juan. “Guastini (...), Cit., p. 232.

⁵¹ Cfr. Moreso, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales” en *Neoconstitucionalismos(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003 pp. 115-116.

producen por la textura abierta de los enunciados normativos y que no afectan la validez del sistema.

También es evidente que puede cuestionarse cuál sea la tesis de relevancia adecuada, que identifica las propiedades relevantes. Alguien puede postular, por ejemplo, que una información aun cuando sea veraz y de orden público, no debe ser permitida si utiliza expresiones injuriosas. Esto puede ser entendido como un argumento para utilizar un universo de propiedades más fino que el anterior. Se añade así una tercera propiedad: C3 y se considera relevante que la información contenga o no expresiones injuriosas. Si contiene expresiones injuriosas la información está también prohibida. Así la cosas, ahora tenemos ocho casos elementales posibles:

- 1) C1 & C2 & C3
- 2) C1 & C2 & no C3
- 3) C1 & no C2 & C3
- 4) C1 & no C2 & no C3
- 5) No C1 & C2 & C3
- 6) No C1 & C2 & no C3
- 7) No C1 & no C2 & C3
- 8) No C1 & no C2 & no C3

En este nuevo universo de casos, la libertad de información sólo no está prohibida en el caso 2). Ahora bien, ambos universos de casos son asimilables y sólo se produce un conflicto entre el caso 1) del primer universo y el caso 1) del segundo. Es más, si el tribunal nunca tuvo que pronunciarse en el pasado sobre casos en que se discuta la presencia de afirmaciones injuriosas, ambos universos sirven para dar cuenta de los casos fallados en el pasado.⁵²

El sistema de ponderación recién analizado permite superar las críticas de particularismo jurídico y es coherente con el principio de universalidad. Es por esto que podemos afirmar libremente que la ponderación consiste aquí, en la determinación de las condiciones relevantes que constituyen el enunciado de preferencia condicionado que va a dar lugar a la regla en la cual va a ser subsumido el caso individual.

c. Control Abstracto de Constitucionalidad y cláusula de esencialidad de los derechos.

Como ya he expresado en páginas anteriores, el conflicto de principios no sólo se puede dar en el nivel de casos concretos respecto de normas sobre derechos fundamentales, sino también estos conflictos pueden presentarse a propósito el control abstracto de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional, especialmente cuando dicho órgano

⁵² Cfr. *Ibíd.*, pp. 117-118.

vela por la observancia de una norma que es clave para el correcto funcionamiento del sistema de derechos fundamentales, esto es, la cláusula de esencialidad, entre nosotros consagrada en el artículo 19 N° 26 CPR y que se ha conocido corrientemente como “la restricción de las restricciones a los derechos fundamentales” .

En esta materia, cobra especial importancia lo que la doctrina y la jurisprudencia europea ha denominado “el principio de proporcionalidad”. Como explica Javier Barnes, este está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permite medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio.⁵³ “Conviene notar – señala el mismo autor- que la idea de proporcionalidad, en última instancia combina elementos característicos de la justicia del caso concreto –mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal-; de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder; con la carga o el deber de motivar que al Estado incumbe. La razón de ser, pues, de la prohibición de exceso o proporcionalidad reside en la necesidad de legitimar la acción estatal por el fin que sirve que es, por lo demás, el que determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en mero objeto o destinatario de la intervención pública”⁵⁴.

Quizás, lo más notable es que la misma jurisprudencia ha moldeado sus criterios de aplicación o lo que se ha conocido como los “tests de proporcionalidad”, que no hacen más que establecer una triple prohibición con carácter copulativo a la intervención estatal, lo que configura sus tres máximas parciales.

- i. Que la restricción no sea absolutamente y *a priori* inútil para alcanzar el fin que se persigue (principio de idoneidad).
- ii. Que no se imponga un sacrificio innecesario por existir alternativas que sean manifiestamente menos gravosas, que satisfagan el objetivo que se persigue de la misma manera. Es decir que no exista otra norma que puede promover el mismo interés sin lesionar otro derecho. (principio de necesidad).
- iii. Que el límite sea capaz de generar un correcto equilibrio entre las cargas y beneficios que implica para los derechos el interés general, de manera que cuanto más intensa sea la afectación de un derecho, más importante tiene que ser la realización del otro.

Son precisamente estos criterios copulativos, los que nos van a permitir pronunciarnos sobre la constitucionalidad de normas que puedan afectar principios jurídicos reconocidos constitucionalmente bajo la forma de derechos fundamentales.

Para Andrés Bordalí, se puede resumir todos los extremos parciales del Principio de Proporcionalidad del siguiente modo: cualquier invasión de la esfera protegida por los Derechos fundamentales se encuentra bajo el mandato de proporcionalidad de los medios,

⁵³ Cfr. Barnes, Javier. “El Principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N°5, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 16.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

mandato que emana de la esencia misma del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que como expresión genérica de libertad del ciudadano frente al Estado sólo pueden ser limitados por los poderes públicos en la estricta medida en que fuese inevitable para la protección de intereses generales. Medio elegido y objetivo perseguido han de tener en sí una relación razonable. Se trata de distinguir las actuaciones del legislador legítimas -justas o razonables- de las que son excesivas, abusivas e injustas para la libertad de las personas, en el seno de la sociedad organizada jurídicamente.⁵⁵

En este sentido, del carácter de principio de las normas iusfundamentales resulta no sólo que son restringibles en vista de principios opuestos, sino también que su restricción y restringibilidad son limitadas.⁵⁶

Aquí nuevamente aparece la ponderación, esta vez bajo la forma del principio de proporcionalidad, para resolver un conflicto que de otra forma significaría resolver otorgando preferencia *a priori* a uno de los derechos en disputa, estableciendo una jerarquía inexistente entre el catálogo del artículo 19 CPR.

De esta manera, en la cláusula de esencialidad de los derechos del artículo 19 N° 26 CPR, no habría que buscar realidades ontológicas de indefinidos contornos, sino más bien determinarlo a través de un procedimiento racional de ponderación. Por lo mismo cobra especial importancia, tanto en este caso como en los conflictos concretos de derechos fundamentales, analizar algunas ideas fundamentales respecto al razonamiento jurídico y determinar cuál es el papel de la ponderación dentro de las estructuras de argumentación jurídica.

⁵⁵ Cfr. Bordalí, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2002, p. 70.

⁵⁶ Cfr. Alexy Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Cit., p. 286.

IV. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LOS PRINCIPIOS.

1. La teoría de la argumentación y la justificación de las decisiones jurídicas.

Uno de los temas que más interés ha suscitado en la filosofía del Derecho del último tiempo es la teoría de la argumentación jurídica. Precisamente, existe consenso en que el Derecho en cuanto estructura lógica responde a un tipo particular de razonamiento práctico, por lo mismo en el actual estadio de desarrollo de los estudios jurídicos se hace imposible escapar de esta realidad y se puede señalar que es un hecho de la causa que las decisiones jurídicas deben sostenerse en argumentos racionales. Esta exigencia se hace extensible a todos los campos en que los juristas argumentan, y en este sentido, es un factor imprescindible para la legitimidad de las decisiones judiciales. Este es un tema íntimamente relacionado con el de los principios jurídicos, en el sentido de que el esquema de razonamiento desarrollado en el capítulo anterior, tiene un importante papel en el proceso de justificación racional de las decisiones jurídicas. Por lo mismo, no podemos sino detenernos un momento para explicar algunos aspectos básicos de la teoría de la argumentación jurídica, para luego hacer la conexión con nuestro estudio sobre los principios jurídicos

Siguiendo a Manuel Atienza⁵⁷, podemos señalar que en el Derecho existen tres contextos de argumentación: el de la producción de normas; el de la aplicación de normas a la resolución de casos particulares, y el de la denominada “dogmática jurídica”. Es sobre el segundo de estos contextos, vale decir, el de la aplicación de normas para la resolución de casos concretos, donde cobra una importancia fundamental la teoría de los principios jurídicos. Por lo mismo, en lo que sigue, salvo referencia en contrario, toda alusión a la argumentación y justificación de las decisiones jurídicas debe entenderse en el contexto de la justificación de las decisiones judiciales.

Para efectos de esta investigación, me parece de especial importancia establecer previamente dos cuestiones: en primer lugar, aunque sin entrar a polemizar sobre un tema tan álgido como la naturaleza del Derecho, me parece que es innegable que Derecho y lenguaje tienen una fuerte dependencia, por lo tanto en mi concepto no es errado postular al Derecho como un conjunto de enunciados que responden a una función específica del lenguaje: la función prescriptiva, en contraposición al lenguaje descriptivo. Para la filosofía analítica, esta división general de las funciones del lenguaje permite formular en términos lingüísticos la llamada gran división entre “ser” y “deber ser”, postuladas ya desde los tiempos de Hume⁵⁸. Así sólo los enunciados descriptivos, correspondientes al ámbito del “ser”, son susceptibles de ser calificados de verdaderos o falsos, y por lo mismo podemos señalar que, el Derecho no está formulado en términos cognoscitivos, sino en términos prescriptivos, es decir está formado por un conjunto de enunciados destinados a lograr que alguien haga o no haga algo.

⁵⁷ Cfr. Atienza Manuel. *Tras la justicia*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993, pp. 119-120.

⁵⁸ Cfr. Comanducci Paolo, *Razonamiento Jurídico*, Fontamara, S.A., México, 1999, p.22.

Por lo mismo, y como segunda cuestión, me parece que es dable señalar que en este contexto existe una sinonimia entre los términos “argumentación racional” y “justificación”, por lo tanto señalar que una decisión jurídica se basa en argumentos racionales equivale a decir que está justificada. “Un argumento desde el punto de vista lógico, es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de una de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión) ⁵⁹”. De esta manera, las premisas son razones que justifican la conclusión. También podemos considerar un argumento o la argumentación como una acción que efectuamos a través del lenguaje. Este enfoque de la cuestión es un asunto de sentido común, evidentemente toda acción de argumentación sólo la podemos efectuar a través de lenguaje, no obstante, no todo el lenguaje cumple una función argumentativa. El uso argumentativo del lenguaje significa que aquí los enunciados lingüísticos no consiguen sus propósitos directamente, sino que es necesario producir razones adicionales⁶⁰.

Como anteriormente, hemos considerado al razonamiento jurídico como un tipo especial de razonamiento práctico, y a la vez desde el punto de vista semántico se ha puesto de manifiesto su naturaleza de discurso prescriptivo, me parece que no existen problemas para considerar al razonamiento jurídico, en el ámbito de esta investigación, como un discurso racional de naturaleza prescriptiva. Por ello, pese a que es de Perogrullo que pueden ser justificadas tanto las entidades lingüísticas como extralingüísticas (por ejemplo hechos o eventos del mundo de la naturaleza o acciones o comportamientos humanos), en esta oportunidad es conveniente realizar la siguiente precisión: en lo que sigue sólo se hará referencia a la justificación de entidades lingüísticas, y en particular a la justificación de los enunciados prescriptivos que constituyen la parte dispositiva de las decisiones judiciales.

Para Paolo Comanducci, “por justificación se entiende un procedimiento argumentativo tendiente a aseverar que una entidad lingüística está dotada de un valor cualquiera”⁶¹. Desde este punto de vista se considera la justificación como un procedimiento argumentativo, es decir como una actividad, la de esgrimir buenas razones o razones persuasivas.

Sin embargo, cabe hacerse la siguiente pregunta, ¿cuál es el valor, o cuáles son los valores que la justificación pretende atribuir a las entidades lingüísticas?. Continuando con el análisis de Comanducci, podemos señalar que al menos hay dos tipos de valores: 1) los valores de verdad o de probabilidad para las descripciones, previsiones o hipótesis y 2) los valores de justicia, bondad, corrección, equidad, validez, etc., para las normas y valoraciones; es decir el problema puede enfocarse, tanto desde un punto de vista ontológico como deontológico.⁶² Por lo tanto la justificación es un procedimiento argumentativo, que consiste en esgrimir razones (buenas o persuasivas), destinadas a obtener una de las conclusiones

⁵⁹ Atienza Manuel. “Argumentación jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón y Francisco Laporta, Editorial Trotta, 1996, p. 232.

⁶⁰ Cfr. Atienza Manuel. *Tras la justicia.*, Cit, P.122.

⁶¹ Comanducci Paolo, *Ob. Cit.*, p. 50.

⁶² Cfr. *Ibid.*, p. 54.

siguientes: o que es verdadera (o probable) una descripción (o una previsión o una hipótesis), o que es justa (o buena, válida, etc.) una norma (o una valoración).

2. Los contextos de justificación en el Derecho.

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 y en el silogismo práctico, que en términos generales corresponde a un tipo de razonamiento mediato, cuya esencia consiste en que, para saber algo de la relación de dos conceptos entre sí, considera la relación de estos con un tercero: cada una de las dos relaciones se designa por un juicio, que se llama premisa. Aquí el ejemplo clásico desde los tiempos de Aristóteles es el del célebre y desgraciado Sócrates:

- (1) Premisa mayor: Todos los hombres son mortales.
- (2) Premisa menor: Sócrates es un hombre.
- (3) Conclusión: Sócrates es mortal.

Respecto de este esquema de razonamiento, es necesario realizar dos breves consideraciones: primero, las premisas no pueden contener exclusivamente determinaciones negativas, pues de ellas sería imposible obtener consecuencias positivas. Segundo, tiene que haber una premisa general y una particular, pues de dos premisas particulares no es posible obtener conclusiones a través del silogismo. De aquí se desprenden las dos reglas fundamentales de la lógica deductiva: *Ex mere negativis nihil sequitur* y *ex mere particularibus nihil sequitur*.⁶³

Como lo señalé en el capítulo anterior, la reacción antiformalista de principios del siglo XX, dejó a muy mal traer todo el esquema silogístico como modelo de justificación de las decisiones judiciales, que recién vino a recuperar su sitio de importancia con las modernas teorías de la argumentación jurídica, aunque de forma un tanto distinta a su pasado exegético.

El nacimiento de las modernas teorías del razonamiento y la argumentación jurídica la podemos encontrar en mi opinión en Wróblewsky. Su obra es en este sentido, la base de las teorías más modernas de Alexy y MacKormick. Wróblewsky fue el primer autor de la posguerra en rechazar la idea de la inutilidad de la lógica deductiva y demostrar su importancia en el proceso de justificación de las decisiones jurídicas dentro de cierto contexto, pero a la vez también en dar cuenta de su inutilidad como mecanismo exclusivo y excluyente para el control racional de las decisiones jurídicas.

Así, Wróblewsky distingue dos ámbitos de racionalidad: la racionalidad interna y la racionalidad externa: “cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las

⁶³ Cfr. Lehmann, Rudolf. *Introducción a la Filosofía*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1950, pp. 57-58.

premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión”⁶⁴. Recalca, que los criterios acerca de lo que se considera una argumentación apropiada son diferentes en uno y otro contexto.

Esta distinción entre la justificación interna y externa de las decisiones jurídicas, ha sido aceptada por todos los autores posteriores y constituye la base de sus modelos de razonamiento jurídico, por lo tanto, bien vale la pena detenernos aquí un momento para luego explicar en un tercer acápite cómo se relacionan estas consideraciones que hemos expuesto con los principios jurídicos, que en esta oportunidad son nuestro objeto principal de investigación.

Antes que todo, creo que es conveniente explicar brevemente cómo surgen estas ideas, íntimamente ligadas a la filosofía de las ciencias. En ésta se suele distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en enunciar o descubrir las teorías y que según opinión generalizada no es susceptible de un análisis de tipo lógico y que está guiada generalmente por intuiciones. Por ejemplo, la manzana que cayó sobre la cabeza de Newton lo llevó a pensar que quizás la causa de esa caída estaba en que probablemente había algo que la atraía hacia el suelo. Por otro lado está el contexto de justificación, que consiste en un procedimiento para validar la teoría, la que está guiada por el método científico.

Ahora bien, esto se puede trasladar sin inconvenientes, no obstante las diferencias obvias con las ciencias experimentales, al terreno jurídico. Así, una cosa es el procedimiento en virtud del cual se llega a establecer una determinada premisa o conclusión y otra el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión.⁶⁵ Es en este último ámbito donde tienen lugar la justificación interna y la justificación externa

a. La justificación interna.

Ya hicimos referencia anteriormente a que la justificación interna correspondía a la consistencia entre la decisión final del juez y sus premisas.⁶⁶ Es aquí precisamente donde tiene importancia la aplicación del razonamiento silogístico. La premisa mayor del silogismo está constituida por la norma que el juez considera aplicable al caso en 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.⁶⁷ El ejemplo que pone Alexy es claro al respecto.⁶⁸

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Cfr. Atienza Manuel. *Tras la justicia.*, Cit. p. 125.

⁶⁶ Véase nota al pie N° 64.

⁶⁷ Cfr. Comanducci Paolo. *Ob. Cit.*, pp. 72-73.

⁶⁸ Cfr. Alexy Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 214- 215.

- (1) $(x) (x \rightarrow O R x)$
 (2) $T a$
 (3) $O R a$ (1), (2)

(1) Premisa mayor: El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

(2) Premisa menor: El señor M es un soldado.

(3) Conclusión: El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.

Este modelo descrito satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad. Este sirve de base al principio de justicia formal, el cual exige tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría. Para observar una regla en una fundamentación jurídica se requiere que, como sucede en el silogismo, la decisión jurídica se siga lógicamente se esta regla. En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, se podría sin embargo afirmar cualquier conclusión.⁶⁹ Lo anterior, se encuentra íntimamente relacionado con lo afirmado en párrafos anteriores, en el sentido de en la construcción de las premisas debe aducirse por lo menos una norma de carácter universal.

Esta es la forma más elemental de justificación de las decisiones jurídicas. Si bien es cierto es necesaria, por sí sola es insuficiente y si la lógica formal fuera la única herramienta a nuestra disposición sólo podríamos hablar de racionalidad de las decisiones jurídicas en un sentido muy débil. En este sentido se han esbozado por los autores una serie de consideraciones, pues la lógica deductiva: 1) No dice nada sobre cómo establecer las premisas, es decir parte de ellas como algo ya dado. 2) 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. 3) 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. 4) 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. 5) No permite dar cuenta de las formas más típicas de argumentar en el Derecho (y fuera de él), por ejemplo la analogía. 7) 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.⁷⁰

⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 215.

⁷⁰ Cfr. Atienza Manuel, “Argumentación jurídica”, *Cit.* pp. 232-233.

En base a lo anterior, no es muy difícil concluir que son necesarias formas de control adicionales de racionalidad, y es justamente de eso que trata la racionalidad o justificación externa.

b. La justificación externa.

Mientras la razonabilidad interna mira a la corrección formal del razonamiento, la razonabilidad externa apunta a la corrección material del razonamiento. Así, “el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”⁷¹, el rol de la justificación externa es enorme y está destinada a superar las limitaciones de la lógica deductiva. Para Alexy, estas premisas pueden ser de tres tipos⁷²: 1) reglas de Derecho positivo, 2) enunciados empíricos y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Esto es importante, pues, para cada tipo de premisa se corresponden distintos tipos de justificación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de las premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados de Derecho positivo ni enunciados empíricos, suelen utilizarse los argumentos propios de la argumentación jurídica, por ejemplo: reglas de interpretación, argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos de la razón práctica en general, formas especiales de argumentos jurídicos, etc.

En términos generales, me parece que esta es la actividad que se ha conocido tradicionalmente en nuestra tradición jurídica como interpretación jurídica. Sin embargo, independientemente de la denominación que adoptemos, el tema dista mucho de haber sido tratado con la rigurosidad que se merece, al menos en nuestro medio jurídico y si bien es cierto que esta no es la oportunidad para analizar en profundidad el terreno de la justificación externa, el *quid* del asunto dista mucho de la sola utilización de los artículos 19 al 24 del Código Civil, o recurrir a elementos como la voluntad del legislador, o en este caso del constituyente, como se ha hecho para tratar de presentar una cierta jerarquía entre los derechos constitucionales, dejando de lado un amplio campo de enorme riqueza argumentativa que contienen las normas constitucionales.

Ahora bien, como lo señalé en el párrafo anterior esta no es la ocasión de estudiar todos los problemas que se presentan en la justificación externa (o interpretación) de los enunciados constitucionales, sino que esencialmente analizar uno de estos problemas: la

⁷¹Alexy Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Cit., p. 222.

⁷²Cfr. *Ibid.*, pp. 222 y sgtes.

justificación externa en la aplicación judicial de normas que tienen la estructura de principios jurídicos.

3. La distinción entre reglas y principios y la justificación externa.

Por el momento hemos hablado de la argumentación jurídica y de los tipos de justificación de los enunciados jurídicos, sin embargo, es hora de hacer sinapsis entre un tema tan interesante y nuestro estudio sobre los principios jurídicos.

En páginas anteriores, se ha dicho que la principal utilidad que evidencia la necesidad de distinguir entre reglas y principios es la extraordinaria importancia que tiene esta categoría para el razonamiento jurídico, lo que estaría demostrado por las diferentes formas u operaciones de razonamiento que conllevan la aplicación de reglas y principios. En este sentido, la operación típica de la reglas sería la subsunción, la que se operativiza mediante un silogismo. *A contrario sensu*, los principios se aplicarían a través de un procedimiento totalmente distinto: la ponderación. Ahora, uniendo estas ideas con las anteriormente expuestas, podemos señalar que las reglas operan exclusivamente en el contexto de la justificación interna; en tanto que los principios lo hacen también en el ámbito de la justificación externa. De este hecho se derivan importantes consecuencias.

En primer lugar, no se puede pensar en aplicar principios en base a subsunciones, sin previamente justificar la premisa mayor que estaría constituida, precisamente por la regla de preferencia condicionada que resulta de la aplicación de todo proceso de ponderación. Como ya sabemos, la forma de razonamiento propia de los principios es la ponderación, en consecuencia, será esta operación la que constituirá la principal fuente de justificación externa cuando esté en juego la aplicación de los enunciados lingüísticos que operen bajo la forma de principios.

Lo anterior viene a demostrar que la ponderación no excluye a la subsunción, sino que es más bien un paso previo a ella, es decir son dos etapas complementarias dentro de un mismo sistema de razonamiento, el cual no puede operar en forma correcta, si no se aplica en forma completa. Por lo mismo, no es factible señalar a secas que la lógica deductiva no nos entregue criterios de racionalidad adecuados para justificar las decisiones jurídicas, sino más bien es imprescindible recalcar su importancia, aunque evidentemente esta es insuficiente por sí sola y requiere del paso previo de la justificación externa. Si bien esta exigencia es necesaria ante cualquier enunciado normativo, esta necesidad se hace imperiosa frente a normas con la estructura de principios. Veámoslo con un ejemplo:

Premisa Mayor: Nadie puede ser expropiado sin una justa indemnización.

Premisa menor: El señor M fue expropiado

Conclusión: El señor M merece una justa indemnización.

En este caso podría plantearse por ejemplo, la duda acerca de que se entiende por justa indemnización, es decir se necesita justificar la premisa mayor. Sin embargo, el problema que se plantea a propósito de los principios es diferente:

Premisa mayor 1: La Constitución protege el derecho a la honra y prohíbe todo acto lesivo para este derecho..

Premisa mayor 2: La Constitución protege el derecho a la libertad de información y prohíbe todo acto lesivo para este derecho.

Premisa menor: El señor M en ejercicio de su derecho a la libertad de información, publicó una noticia que afecta el derecho a la honra del señor Z.

De lo anterior se puede observar, que no es posible obtener una conclusión correcta desde el punto de vista lógico y más o menos resultaría algo así como.

Conclusión: Al señor M le está vedado publicar la noticia, pero está facultado para publicar la noticia.

Evidentemente, que la conclusión a la que se llega sin dar el necesario paso de la justificación externa no se aviene con los principios fundamentales de la lógica (identidad, no contradicción y tercero excluido). El silogismo no es capaz de responder por sí sólo a este problema. Y por lo mismo, es necesario reformular la premisa mayor optando por uno solo de los principios en pugna. Aquí, es donde aparece la ponderación como la principal herramienta de justificación externa en el caso de los principios, lo que nos permitiría, una vez concluido dicho proceso dar el siguiente paso de la justificación interna.

Supongamos el siguiente caso para analizar la estructura de la justificación externa e interna:

El señor M, periodista de profesión ha informado a la opinión pública de una noticia en la que ha participado el señor Z. La noticia consiste en que el señor Z ha cometido un delito de gravedad que afecta los intereses públicos. Las informaciones tienen como base hechos efectivamente comprobados.

Justificación externa:

El primer paso consiste en constatar el conflicto entre dos normas que tienen la estructura de principios: por una parte el derecho a la libertad de información (P1) y por otra

el derecho a la honra (P2). P1 por sí sólo conduce a la permisión de la divulgación, P2 por sí sólo conduce a la prohibición de la divulgación. Luego, el siguiente paso es identificar cuáles son las condiciones relevantes que nos permitirán formular el enunciado de preferencia condicionada. En este sentido, podemos señalar que: (1) La noticia tiene como base hechos fehacientemente comprobados (C1). (2) Se trata de un delito de gravedad que afecta los intereses públicos (C2).

Tanto C1 como C2 constituyen razones de peso para inclinarse por P1 o P2 y en este caso para establecer una precedencia general en favor de P1, pues, no existe ninguna razón de peso en sentido contrario. Pero como se ha dicho anteriormente, esta es sólo una precedencia general y puede romperse ante el evento que aparezcan nuevas circunstancias relevantes, como por ejemplo podría ocurrir si existieran antecedentes médicos que acreditan el estado de inimputabilidad del hechor o se tratase de un menor de edad.

Justificación interna:

Premisa mayor: Cuando la noticia sea veraz y los hechos de que se trata son constitutivos de delito, prevalece la libertad de información sobre el derecho a la honra y se permite la difusión de la noticia.

Premisa Menor: El señor M dio a conocer una noticia veraz sobre la participación del señor Z en el delito Y.

Conclusión: Se permite la difusión de la noticia por parte del señor M

Este es a mi parecer, el procedimiento más adecuado de justificación que se debe utilizar respecto a normas que tienen la estructura de principios. Creo que es conveniente una vez analizadas estas ideas en el plano teórico, investigar, aunque sea brevemente, cómo ha procedido la jurisprudencia en la práctica y dilucidar si sus estructuras de razonamiento han sido las adecuadas y en caso a que la respuesta a la última pregunta sea negativa, identificar donde han estado sus falencias. De eso me ocuparé en el próximo capítulo.

V. LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD: ¿UN CASO DE ENTROPÍA JURÍDICA?.

Las páginas anteriores dan cuenta de los aspectos teóricos del problema en cuestión. En resumidas cuentas se ha tratado de determinar en abstracto cuáles son las posibles causas de los problemas de argumentación y fundamentación de las sentencias en materias de derechos fundamentales. En lo que sigue, se realizará un breve estudio acerca de cómo ha funcionado la jurisprudencia en la práctica y también será esta la oportunidad de sondear la corrección del modelo de razonamiento propuesto. Antes que todo, creo que es conveniente advertir al lector que no es finalidad de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de la actividad de los Tribunales, sino que precisamente el objeto de este capítulo es meramente el de ilustrar al lector respecto de la utilidad de las categorías antes delineadas y llevar al terreno concreto de la actividad forense todas las consideraciones expuestas en los capítulos anteriores. Por lo mismo se analizarán dos casos que pueden considerarse paradigmáticos y que abordan los dos aspectos fundamentales de la justicia constitucional: conflictos concretos de derechos fundamentales y control abstracto de constitucionalidad. Además, cuentan con el aliciente que han sido de bullada repercusión pública. Ambos dan cuenta del mismo problema ya esbozado a lo largo de toda esta investigación, pero me parece que con ejemplos concretos el problema se observa con mucha mayor facilidad.

1. Libertad de información y derecho a la honra: ¿Una cuestión de números?.

El siguiente caso ha alcanzado cierta notoriedad en nuestro medio jurídico a raíz de la inconsistencia del razonamiento jurídico y aún es bastante recordado a pesar de que data de hace once años atrás. Se trata del célebre caso Luksic con Martorell. El resumen de los hechos es más o menos el siguiente:

A raíz de la publicación del libro “Impunidad Diplomática” por parte del periodista Francisco Martorell, el empresario Andrónico Luksic recurre de protección aludiendo que el contenido de dicha publicación violaba su derecho al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia, consagrado en el artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental, solicitando que se prohíba el ingreso del libro al país (el libro fue publicado en Argentina). El recurso se fundamentaba precisamente en el contenido del libro. Éste consiste en una investigación periodística destinada a desentrañar las causas del retiro del Embajador de Argentina en Chile, Oscar Spinoza Melo, en 1991. El resultado de dicha investigación fue que dicho funcionario había incurrido en conductas constitutivas del delito de extorsión en perjuicio de algunas personalidades de la vida política y social del país, entre las cuales según el libro, se encontraba el señor Luksic Craig. Evidentemente que la publicación de los resultados de dicha investigación implicaba dar a conocer las cartas extorsivas, pues éstas constituían el medio a través del cual se había cometido el delito.

Por su parte, el recurrido informó que su obra no sólo no vulneraba ningún precepto constitucionalmente protegido, sino que por el contrario la prohibición solicitada por el recurrente importaba una grave lesión al derecho consagrado en el artículo 19 N° 12 de nuestra Carta Magna, esto es la libertad de información y de opinión, no obstante que en la especie, al parecer sólo se vulneraba uno de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 12: la libertad de información. Sin embargo, el tribunal formula sus razonamientos en torno al numeral en forma genérica. Esta precisión es importante, pues ambos derechos (libertad de opinión y libertad de información) a pesar de estar relacionados, tienen una naturaleza distinta.

Ante estos hechos, el tribunal, en un fallo que fue confirmado por la Corte Suprema, formula una serie de confusos razonamientos que terminan por dar la razón al recurrente y sancionar la prohibición de internar y comercializar el libro en Chile.

Lo primero que hace la Corte de Apelaciones, es aplicar derechamente un esquema lógico deductivo, saltándose la etapa de justificación de las premisas (justificación externa). Así en su considerando 6° señala: que el artículo 19 N° 4 CPR consagra el respeto a la honra de las personas y sus familias. No obstante, el tribunal se encuentra con un problema de proporciones ante lo apresurado de su razonamiento: la Constitución también protege el derecho a la libertad de informar en su artículo 19 N° 12. De esta manera, nuestro silogismo en este caso tiene dos premisas mayores que son contradictorias, de lo cual por supuesto, no puede derivarse ningún resultado satisfactorio desde el punto de vista de la lógica deductiva. Ante la imposibilidad de resolver el asunto planteado de esta forma, la Corte se juega una última carta bajo la manga para resolver la antinomia: la vieja idea de la jerarquía entre los derechos constitucionales. Luego, la conclusión no puede ser más descabellada y en opinión de la Ilustrísima Corte, el derecho a la honra debe prevalecer sobre la libertad de información por que llegó ocho lugares antes en el catálogo del artículo 19: “Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, (la pregunta es entonces cómo lo sabe el tribunal) un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia” (considerando 8°).

En conclusión y tratando de reproducir el razonamiento que realiza la Corte:

Premisa mayor: La Constitución protege el derecho a la honra, aun en perjuicio del derecho a la información y en consecuencia se prohíbe todo acto que atente contra el primero de estos derechos

Premisa menor: El señor Martorell publicó y comercializó un libro en ejercicio de su derecho a la información, que lesiona la honra del señor Luksic.

Conclusión: Se prohíbe la publicación y comercialización de dicho libro.

Me parece que estas consideraciones a la vista de un ciudadano medio son sencillamente inexplicables, incluso para los legos en Derecho aquí hay algo que suena extraño. Nótese que no me estoy refiriendo a sí en los hechos la decisión que se adoptó en un determinado sentido fue la más justa, pues me parece que estas consideraciones son irrelevantes si no se puede explicar a un ciudadano común “por qué” la resolución que adoptó el tribunal es la más justa, o es la más ajustada a Derecho.

El esquema de razonamiento adoptado por el tribunal en este caso, notoriamente hace crisis en dos puntos fundamentales: la idea de la jerarquía decreciente de los derechos y garantías del artículo 19 y en segundo lugar en las consecuencias de adoptar tal postura.

Respecto de lo primero, no voy a ser yo quien se encargue de demostrar la falsedad de esta idea⁷³, sólo voy a esbozar una pregunta que surge de manera natural ante la lectura del considerando 8º de la sentencia analizada: Si el constituyente estableció esta supuesta jerarquía decreciente en el artículo 19, ¿cómo se explica que algunos numerandos del artículo 19, como por ejemplo, el 19 N° 10, que consagra el derecho a la educación, no esté garantizado por el recurso de protección y en cambio sí lo esté el 19 N° 24, que protege el derecho a la propiedad (que según esta hipótesis sería de menor jerarquía)⁷⁴.

En lo que toca al segundo punto, tampoco resiste un análisis muy serio. Pensemos en la universalización de la regla expresada en este fallo:

La Constitución protege el derecho a la honra, aun en perjuicio del derecho a la información.

Francamente, dicha solución no parece muy compatible con el respeto a las libertades individuales en un Estado Democrático de Derecho e implicaría una grave limitación de la libertad de información y un impedimento para el ejercicio profesional del periodismo. En este sentido, se podría censurar cualquier información que pudiere atentar contra la honra de alguna persona (recordemos que el recurso de protección procede no sólo ante actos u omisiones ilegales o arbitrarios, sino también ante amenazas a los derechos mencionados en el artículo 20), por ejemplo, no se podría informar sobre ningún aspecto relacionado con el procesamiento de una determinada persona por la imputación de algún delito, se trate o no de un personaje público, pues recordemos que el principio de universalidad y de justicia formal exige observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría y evidentemente que todos estos casos implican algún grado de menoscabo al derecho a la honra de una persona.

⁷³ Al respecto véase, Contesse Sign. *Passim*.

⁷⁴ Para un mayor desarrollo del tema véase Alexy Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales.*, Cit., pp. 152-157.

En conclusión, ésta no puede ser la solución correcta para responder a la pregunta de por qué se elige a un derecho en perjuicio del otro (en este caso el derecho a la honra por sobre la libertad de información). Por lo mismo, me parece que un modelo como el propuesto en el transcurso de esta investigación, satisface de una manera mucho más adecuada la exigencia de razonabilidad en la fundamentación de las sentencias.

En este sentido, el esquema de razonamiento sería más o menos el siguiente:

a. Justificación externa:

En esta etapa es donde cobra vigencia la ponderación como principal medio para la justificación de las premisas utilizadas en la justificación interna. Aquí es donde corresponde investigar las circunstancias específicas que rodean el caso en cuestión, por ejemplo es de vital importancia preguntarse por la veracidad o falsedad de las informaciones, si los hechos materia de éstas son o no constitutivos de delito, el carácter público o privado de la persona, que la noticia responda a intereses actuales de información, etc.

Son estos los aspectos, que no obstante la importancia que revisten, no son considerados por el tribunal. Precisamente, de su análisis dentro de un razonamiento ponderativo es que obtendremos una relación de preferencia condicionada (que se expresa mediante una regla), que sí cumple con el principio de justicia formal, pues nos resultará idónea para resolver todos los casos en que concurran las mismas circunstancias. En consecuencia, la ponderación nos puede arrojar dos hipótesis que dependerán de las circunstancias relevantes que concurran en la especie.

Por ejemplo:

Hipótesis 1: En todos aquellos casos en que la información no pueda ser comprobada y la noticia no responda a intereses actuales de información, el derecho a la honra debe prevalecer sobre la libertad de información y en consecuencia se prohíbe todo acto que lesione el primero de estos derechos.

Hipótesis 2: En todos aquellos casos en que la información esté fehacientemente comprobada, los hechos que se dan a conocer son constitutivos de delito y se trata de un personaje público, la libertad de informar debe prevalecer sobre el derecho a la honra y en consecuencia se autoriza la difusión de la información.

En esta etapa, la ponderación permite superar de manera adecuada los problemas que presenta la argumentación del tribunal y hace posible justificar de una manera racional los enunciados lingüísticos que se emplearán en la construcción de la premisa mayor del silogismo que se utilizarán en la justificación interna.

Ahora bien, la justificación de la premisa menor en materia de conflictos concretos de derechos fundamentales se realiza mediante la comprobación de los hechos a través de los medios de prueba que establece la ley dentro del proceso, pues se trata simplemente de la comprobación del acaecimiento de ciertos hechos o la concurrencia de ciertas circunstancias.

b. Justificación interna:

Esta es la etapa donde adquiere relevancia la lógica formal. En la fase de la justificación interna se trataba de justificar la corrección de las premisas. Aquí se trata de la validez o corrección de la conclusión obtenida a partir de las premisas.

En páginas anteriores, ya habíamos señalado que la ponderación como operación racional típica de la categoría principios no excluye a la subsunción, es más, concluimos que son operaciones complementarias, pues justamente el resultado de la ponderación va dar lugar a una regla de precedencia condicionada, válida para todos los casos similares en la que se debe subsumir el caso concreto en cuestión.

Para ilustrar estas reflexiones en términos prácticos, continuemos con el ejemplo en comento y con las dos soluciones hipotéticas que pueden resultar una vez aplicado el proceso de ponderación, en atención a las circunstancias concretas del caso analizado.

Hipótesis 1:

Premisa Mayor: En todos aquellos casos en que la información no pueda ser comprobada y la noticia no responda a intereses actuales de información, el derecho a la honra debe prevalecer sobre la libertad de información y se prohíbe todo acto que lesione el primero de estos derechos.

Premisa menor: El señor Martorell escribió un libro, en el que ofrece información que no puede ser comprobada y que no responde a intereses actuales de información, sobre una serie de rumores que señalan que el señor Luksic habría incurrido en hechos constitutivos de delito.

Conclusión: Se prohíbe la internación y comercialización en el país del libro publicado por el señor Martorell.

Hipótesis 2:

Premisa Mayor: En todos aquellos casos en que la información esté fehacientemente comprobada, los hechos que se dan a conocer son constitutivos de delito y se trata de un personaje público, la libertad de informar debe prevalecer sobre el derecho a la honra y en consecuencia se autoriza la difusión de la información.

Premisa menor: El Señor Martorell publicó un libro sobre la base de hechos probados en el cual se informa que el señor Luksic, un personaje público, incurrió en hechos que son constitutivos de delito.

Conclusión: Se autoriza la publicación y comercialización del libro publicado por el señor Martorell.

De esta manera, queda claro que el problema no se trata de qué es más justo proteger en un caso determinado: si el derecho a la honra o el derecho a la información. Dicha calificación, es a mi entender, bizantina si no se encuentra justificada dentro de un contexto determinado. Sin embargo, en cualquier caso lo que es verdaderamente importante para todos los usuarios del sistema jurídico, es una respuesta racional de por qué el fallo (que puede inclinarse en uno u otro sentido), es ajustado a Derecho y se integra coherentemente con el resto del ordenamiento jurídico, al menos me parece que el modelo propuesto responde en mejor medida a la cuestión planteada que responder que el problema se trata simplemente de una cuestión de números.

2. Catalíticos y el principio de proporcionalidad

Otro caso bastante recordado, esta vez conocido por el Tribunal Constitucional, es el requerimiento por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, más conocido como el “caso catalíticos”. En resumidas cuentas los hechos son los siguientes:

En 1992 el Decreto Supremo N° 211 del Ministerio de Transportes había excluido de la restricción vehicular a los vehículos con “sello verde”, esto es aquellos que tenían convertidor catalítico, en virtud de la facultad que entrega a la autoridad los artículos 2º, letra O y 40 de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de dictar normas de emisión. Precisamente lo que dispone el Decreto impugnado es la supresión de dicha exención en aras de la protección al medio ambiente. Ante estos hechos, veinte senadores en uso de la atribución que les concede el artículo 82 de la Constitución Política, impugnaron el Decreto y recurrieron al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie sobre eventuales vicios de inconstitucionalidad, tanto de forma como de fondo, de que adolecería en mencionado Decreto supremo. El extenso fallo se divide en dos partes. En primer lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la competencia para conocer del asunto, cuestión a la cual no haré referencia, sin perjuicio de señalar que el Tribunal se declara competente para conocer del asunto. En una segunda parte, se refiere a los cuestionamientos de fondo, los cuales puede sintetizarse básicamente en tres puntos:

- Vulneración de la libertad ambulatoria.
- Vulneración del derecho de propiedad.

- Idoneidad de la norma para los fines que se propone.

Nuevamente aquí tenemos un caso de antinomia entre derechos fundamentales, sólo que aquí el problema se manifiesta en el plano del control abstracto de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional. Por una parte, tenemos el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contemplado el artículo 19 N° 8 de nuestra Carta Fundamental y por otra la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad, asegurados en los artículos 19 N° 7 y 19 N° 24 de la Constitución, respectivamente.

En lo que toca al tercer cuestionamiento, los requirentes plantean que existen otras medidas que a su juicio serían más eficaces para el cumplimiento de los fines propuestos.

De lo primero que se ocupa el sentenciador, es de los cuestionamientos relativos a la idoneidad de las medidas, expresando en el considerando 38 de la sentencia de manera categórica que dichas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede de las atribuciones de su órbita de competencia.

Luego, se aboca al conocimiento de los restantes argumentos y en vez de formular la antinomia entre derechos fundamentales, el tribunal se concentra únicamente en el problema de la reserva legal, en el sentido que dichos derechos sólo pueden ser regulados por ley, la que debe reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”⁷⁵, además de respetar la cláusula de esencialidad consagrada en el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Magna. Sólo una vez que se cumplen dichos requisitos, señala el tribunal, procede la potestad reglamentaria del Presidente de la República (considerando 40°). Con esto no quiero decir que sea improcedente el tema de la reserva legal, pues está claro que ésta constituye una importante garantía normativa de los derechos fundamentales; lo que resulta criticable es eludir por completo el problema de antinomia entre derechos fundamentales, aspecto de vital importancia para la *ratio decidendi* de un asunto de estas características.

Luego, continuando el tribunal con su argumentación, reconoce que las normas pertinentes de la Ley N° 19.300 no cumplen a cabalidad con las exigencias de la “reserva legal” (considerando 43°). En este sentido, la conclusión lógica habría sido la inconstitucionalidad del decreto. Sin embargo, sorpresivamente la decisión del tribunal es la contraria, es decir la constitucionalidad del Decreto Supremo. Las razones que da el tribunal para justificar tan salomónica decisión son en resumidas cuentas que la medida de restricción vehicular es una medida con carácter excepcional establecida sólo para situaciones de emergencia y preemergencia ambiental, lo que obedece a cumplimiento de un deber del estado consagrado en el artículo 19 N° 8 inciso primero, el cual es velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (considerando 46).

⁷⁵ El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta en la disposición legal; y el segundo requiere que la misma, indique de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.

Nuevamente, no obstante lo loable de los fines que pretende resguardar el fallo, las consideraciones del tribunal nos sumergen en una nebulosa, pues no existe una respuesta convincente de por qué los ciudadanos que son afectados en sus derechos de propiedad y libertad ambulatoria (el tribunal asume que son afectados, pues no existe ningún cuestionamiento al respecto) deben soportar aquel gravamen y hasta qué punto, o lo que es lo mismo, por qué, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe prevalecer sobre los derechos de propiedad y libertad ambulatoria.

Me parece, que el razonamiento correcto habría sido plantear el asunto como un conflicto en abstracto de derechos fundamentales: por un lado el derecho de propiedad y la libertad ambulatoria y por otro el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y realizar una ponderación con el fin de obtener la regla que nos permitirá solucionar este caso de una manera racional.

Al igual que en el caso de los conflictos concretos de derechos fundamentales, aquí es pertinente dividir nuestro razonamiento en dos fases: la justificación externa y la justificación interna.

1. Justificación externa:

En materia de control abstracto de constitucionalidad, como ya se expresó en páginas anteriores, una de las formas de ponderación más idóneas y probada con bastante éxito en la jurisprudencia constitucional europea es el principio de proporcionalidad. Recordemos que en su esencia, corresponde a un conjunto de criterios destinado a buscar una moderación en el ejercicio del poder estatal, lo que implica una prohibición de sobrecargar al titular de un derecho fundamental con una medida excesiva, que represente un gravamen desproporcionado en relación a los fines que se pretenden alcanzar.

Realizar una ponderación utilizando el principio de proporcionalidad, implica examinar la medida cuestionada a la luz de lo que en doctrina se han denominado los “tests o controles de proporcionalidad”, lo que en el caso en estudio podemos formular de la siguiente manera:

a. Test de idoneidad: Que la restricción no sea absolutamente y *a priori* inútil para alcanzar el fin que se persigue. Implica preguntarse si efectivamente la medida adoptada, en este caso la restricción vehicular a los vehículos que posean convertidor catalítico, es útil para cumplir con los fines que se propone (la descontaminación de la ciudad de Santiago).

b. Test de necesidad: Que no se imponga un sacrificio innecesario por existir alternativas que sean manifiestamente menos gravosas, que satisfagan el objetivo que se persigue de la misma manera. Es decir que no exista otra norma que puede promover el mismo interés sin lesionar otro derecho.

c. Test de proporcionalidad en sentido estricto: Que el límite sea capaz de generar un correcto equilibrio entre las cargas que implica para los derechos y los beneficios para el interés general, de manera que cuanto más intensa sea la afectación de un derecho, más importante tiene que ser la realización del otro.

Creo que el tribunal al rechazar de plano los argumentos que los recurrentes llaman “inconstitucionalidades de fondo”, relativas a idoneidad del Decreto Supremo N° 20, desaprovecha una interesante posibilidad de fundar de mejor manera el fallo. Evidentemente, que tomadas en forma aislada dichas consideraciones representan juicios de mérito que radican en las autoridades de las cuales emana la respectiva regulación, pero incorporadas como parte de un juicio ponderativo de proporcionalidad adquieren una connotación iusfundamental, respecto de la cual el tribunal no puede dejar de pronunciarse frente a un conflicto en abstracto de derechos fundamentales.

Una vez aplicado este examen, tendremos ya definida tanto la premisa mayor como la premisa menor de nuestro silogismo. La premisa mayor está constituida por el propio principio de proporcionalidad aplicado a un caso de antinomia en abstracto (en este caso el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación versus la propiedad y la libertad ambulatoria), mientras que la premisa menor se formula examinando los hechos probados y circunstancias del caso a la luz de los controles de proporcionalidad. Aquí el proceso de justificación tiene una pequeña variación respecto de los conflictos concretos de derechos fundamentales, pues en este último caso se trata de una controversia tanto fáctica como jurídica, donde se deben justificar tanto los hechos como el derecho que fundan las premisas, mientras tanto en el caso del control abstracto la controversia es esencialmente jurídica y respecto de los hechos que sirven de contexto al proceso –esto es, la dictación de una norma– normalmente no existe mayor discusión.

2. Justificación interna:

El resultado del proceso de justificación externa puede arrojar dos resultados:

Hipótesis 1:

Premisa mayor: Son constitucionales limitaciones a los derechos de propiedad y libertad ambulatoria cuando son: necesarias para proteger otros derechos, idóneas para la finalidad que se proponen y proporcionadas.

Premisa menor: El Decreto supremo N° 20 establece limitaciones a los derechos de propiedad y libertad ambulatoria que son idóneas, necesarias y no son desproporcionadas, pues se compensan con una mayor protección al medio ambiente que no se podría conseguir de otra forma.

Conclusión: Las normas del decreto Supremo N° 20 son constitucionales.

Hipótesis 2:

Premisa mayor: Son inconstitucionales las limitaciones a los derechos de propiedad y libertad ambulatoria que sean: innecesarias, que no sean útiles para promover otro fin iusfundamental o que impongan al ciudadano una carga desproporcionada en relación con el beneficio que se obtiene con la medida.

Premisa menor: El Decreto Supremo N° 20 impone a los derechos de propiedad y libertad ambulatoria una limitación que no se justifica, por no ser eficaz para la protección del medio ambiente y por que son excesivas en relación al fin que se propone.

Conclusión: Las normas del Decreto Supremo N° 20 son inconstitucionales.

Como se señaló en páginas anteriores, invocar el principio de proporcionalidad, una especie de razonamiento ponderativo, a la solución de conflictos de derechos fundamentales en abstracto, no sólo da una estructura racional de argumentación y justificación a las decisiones del Tribunal Constitucional, sino que también permite dar un contenido concreto a materias tan abstrusas como la “cláusula de esencialidad de los derechos” o la reserva material de ley, garantizando la interdicción de la arbitrariedad en la actuación del Estado, en el sentido que los derechos de los ciudadanos no serán afectados sino por causas justificadas, en aras del bien común y de todas maneras cuando esto suceda, los Tribunales de Justicia nos puedan ofrecer una explicación coherente de por qué se ha procedido de esta manera.

CONCLUSIONES

- En nuestro país, la principal herramienta jurídica para la protección del ciudadano desde la dictación de la Constitución Política de la República de 1980, ha sido el recurso o acción de protección. Por esta vía se ha ventilado la mayoría de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales hasta esta fecha en nuestro país. Sin embargo, este sistema ha hecho crisis cuando se ha tratado de resolver contiendas donde se ha producido una tensión entre dos o más de estos derechos. Al respecto la jurisprudencia se ha mostrado vacilante y ha aplicado criterios bastante dispares, algunos que incluso no se avienen con los principios de lógica elemental, lo que ha creado una sensación de inseguridad e imprevisibilidad acerca de cómo las cortes van a resolver un asunto sometido a su decisión. El problema anterior no es menor, si se considera que estamos hablando de derechos fundamentales, con el agregado de que se trata del mecanismo procesal más utilizado, ya sea para bien o para mal, de nuestro ordenamiento jurídico.

De la misma manera, nuestro Tribunal Constitucional tampoco ha sabido responder de la mejor forma, ante los desafíos que se la han planteado en esta materia, utilizando en algunas de sus sentencias esquemas de fundamentación bastante rudimentarios y que no parecen satisfacer adecuadamente una garantía esencial contra la arbitrariedad, como es la exigencia de fundamentación de las sentencias.

- Que problemas de esta entidad contribuyen a socavar la legitimidad del sistema judicial y consecuentemente del Estado de Derecho. En este sentido, falencias de esta naturaleza en la fundamentación de las sentencias, sin perjuicio de causar arbitrariedad y falta de certeza, traen aparejadas como importantes consecuencias un déficit de legitimidad del sistema judicial en la medida que esta depende de la racionalidad de los argumentos que la sostienen.

- El desarrollo de un modelo adecuado de fundamentación de las sentencias que aplican normas iusfundamentales pasa por comprender las particulares exigencias de argumentación que se siguen de la estructura compleja de las normas de derecho fundamental compuesta tanto por reglas y principios, cada uno con formas de razonamiento que le son propias.

- Mientras la aplicación de las reglas involucra un razonamiento de naturaleza exclusivamente subsuntivo, las normas de derechos fundamentales que expresan principios para su correcta aplicación requiere de formas adicionales de racionalidad, de las cuáles la más importante es la ponderación.

- La aplicación de un razonamiento como la ponderación implica el rechazo de la idea de la jerarquía *a priori* entre derechos fundamentales. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro bajo ciertas circunstancias. Esta ley, pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos, por lo tanto, el hecho de que un determinado contexto un principio adquiere primacía por sobre otro, no significa restarle validez al principio desplazado frente a otro contexto en que las circunstancias relevantes sean diferentes

- El resultado de todo proceso de ponderación es una relación de precedencia condicionada, que se expresa mediante una regla, la cual constituye la premisa mayor del silogismo que representa la operación lógica mediante la cual el juez aplica el derecho al caso concreto.

- Un razonamiento de este tipo no excluye la subsunción, sino más ambos son partes integrantes de un mismo modelo de razonamiento jurídico, en el sentido que responden a formas distintas de racionalidad. En este sentido, las reglas operan en el contexto de la justificación interna; en tanto que los principios lo hacen en el ámbito de la justificación externa. Lo anterior viene a demostrar que la ponderación no sustituye a la subsunción, sino que es más bien un paso previo a ella, es decir son dos pasos complementarios dentro de un mismo sistema de razonamiento, el cual no puede operar en forma correcta, sino se aplica en forma completa.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

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

Atienza, Manuel. “Argumentación jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón y Francisco Laporta, Editorial Trotta, 1996.

Atienza, Manuel. *Tras la justicia*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993.

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

Atria, Fernando. *Los peligros de la Constitución*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1997.

Barnes, Javier. “El Principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

Bayón, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Doxa* Nº 24, 2001.

Bordalí, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago.

Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo – Perrot., cuarta edición, Buenos Aires, 1990.

Comanducci, Paolo. *Razonamiento Jurídico*, Fontamara, S.A., México, 1999.

Contesse Singh, Jorge. “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre Derechos Constitucionales?”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 20, 2002.

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

Hübner Gallo, Iván. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima edición, Santiago, 1995.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, (1ª edición), Eudeba, Buenos Aires, 1989 (1934).

Lehmann, Rudolf. *Introducción a la Filosofía*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1950.

Moreso, José Juan. “Guastini sobre la ponderación”, en *Isonomía*, Nº 17, octubre, 2002.

Moreso, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismos(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Peña González, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y reconciliación, Santiago, 1996.

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.1997.

Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998.

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

Wróblewsky, Jerzy. “Justificación de las decisiones jurídicas”, *Sentido y hecho en el Derecho en Id*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, trad. F.J. Ezquiza, 1989.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1995.