



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN
PARTICULAR ENTRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA
PRIVACIDAD EN LA RECIENTE INTERPRETACIÓN DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ELOÍSA DEL PILAR PERREJINOSKI TORO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán.

Santiago, Chile

2014

Agradecimientos:

Quiero agradecer a todos y cada uno de mis profesores que de una forma u otra me motivaron para continuar y no declinar en el estudio, especialmente al profesor Navarro, que con su enorme experiencia y conocimientos, me guió pacientemente en este trabajo.

Asimismo, agradezco a mis amados hijos, Fernanda y Elías, que me acompañaron, comprendieron y apoyaron en este camino.

Dedicada a mi recordada y querida hermana Rebeca, que siempre está a mi lado.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO UNO.....	3
QUE SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	3
1.1 Derechos esenciales v/s Derechos fundamentales.....	3
1.2 Estado Constitucional Democrático.....	4
1.3 Propiedades formales de un derecho fundamental.....	7
1.3.1 Que el derecho subjetivo se encuentre establecido o pertenezca a la Constitución. .	8
1.3.2 Que la disposición pertenezca al bloque de constitucionalidad.	10
1.3.3 La jurisprudencia constitucional.	11
1.4 Propiedades materiales.....	13
CAPITULO DOS.....	18
LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	18
2.1 Postura conflictivista.....	19
2.2 Posición armonizadora.....	21
CAPITULO TRES.....	26
CONFLICTOS DE DERECHOS.....	26
3.1 La Jerarquización.....	29
3.2 La Ponderación.....	33
3.3 El modelo dual del derecho.....	35
3.4 Subsunción o Ponderación.....	36
3.5 La Ponderación o Balancing.....	39
3.6 Dimensión del peso y el balance de los derechos.....	41
3.7 Test de proporcionalidad y la Ley de la Ponderación.....	42
3.8 Estructura de la Ponderación.....	45
CAPITULO CUATRO.....	49
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	49
.....	49
4.1 Interpretación Axiológica.....	50
4.2 Principio de la Unidad de la Constitución.....	51
4.3 Interpretación Finalista o teleológica.....	52
4.4 Presunción de Constitucionalidad.....	53

4.5	Principio de la Razonabilidad	55
4.6	La Historia Fidedigna de la Ley.....	57
4.7	La Seguridad Jurídica como Criterio Hermenéutico.....	57
4.8	La Prudencia como elemento de interpretación.....	58
4.9	La inconstitucionalidad derivada.....	59
CAPITULO CINCO		62
LIBERTAD DE INFORMACIÓN		62
CAPITULO SEIS.....		69
DEL HONOR Y LA VIDA PRIVADA.....		69
6.1	Delimitación del derecho al respeto y protección de la vida privada en el bloque constitucional.....	71
6.2	Vinculación entre el Derecho de honor, la vida privada y la intimidad.....	76
6.3	Límites del derecho a la vida privada.....	80
CAPITULO SIETE.....		82
EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....		82
7.1	Protección internacional del derecho de acceso a la información.....	87
7.2	Marco Constitucional del Derecho de Acceso a la Información.....	87
7.3	Doble aspecto del Principio de Transparencia.....	89
CAPITULO OCHO.....		91
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.....		91
CAPITULO NUEVE		93
OBJETO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD		93
9.1	Marco regulatorio de los actos administrativos.....	94
9.2	En el ámbito de los derechos fundamentales opera la garantía normativa constitucional del principio de reserva legal	100
9.3	Determinación de ataques ilegales a la vida privada.....	101
CAPITULO DIEZ.....		104
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....		104
CAPITULO ONCE.....		109
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....		109
CONCLUSIÓN.....		127
BIBLIOGRAFÍA		131

INTRODUCCIÓN

Con la evolución del concepto Estado, se ha producido una constante búsqueda de la aplicación y el reconocimiento de los derechos y libertades naturales al hombre. Es así que se ha llegado al Estado social, que no se agota en el reconocimiento de los derechos fundamentales, sino que busca su máxima expresión otorgándoles contenido material.

Este Estado social, concebido con un sentido valórico, persigue terminar con los privilegios y arbitrariedades que ciertos grupos han ejercido, como asimismo, busca y logra tener un gran avance en equidad y libertad, pero a la vez sufre una modificación muy importante, cual es el hecho de propiciar una mayor intervención en los ámbitos social y económico y político de parte de los ciudadanos, legitimando a éstos, para ejercer un mayor control sobre los actos de sus gobernantes y autoridades y dando origen a la creación de leyes que procuren proteger y garantizar estos derechos en aras de una mayor publicidad y transparencia que puede ser exigida por los particulares.

Estos derechos que ya están contenidos en diversas constituciones, y han sido recepcionados en diversos instrumentos jurídicos internacionales, luego pueden encontrarse en aparente colisión con otros derechos fundamentales, y aquí surge la necesidad de crear órganos especiales con la facultad de velar por el cumplimiento de las normas constitucionales y de resolver los posibles conflictos, labor que realizarán a través de la aplicación de la exegesis de diversos principios que se traducirá en la delimitación y configuración del contenido esencial de los derechos en pugna.

Con este trabajo se ha querido exponer la existencia o no de colisión de derechos fundamentales, vale decir, si dos derechos reconocidos constitucionalmente como derechos constitucionales pueden colisionar entre sí desplazando uno al otro en un caso concreto. Asimismo, conocer la interpretación y resolución del Tribunal Constitucional particularmente, frente a un conflicto entre el acceso a la

información y el derecho a la privacidad y la honra. Con este objeto se analizarán algunos fallos en los que se presenta aparentemente una antinomia entre dos derechos fundamentales cuales son el acceso a la información y el derecho a la honra y la privacidad.

Para adentrarnos en este estudio se debe conocer primeramente que características hace a un derecho subjetivo tener validez de derecho fundamental, y a la vez ser calificado como derecho constitucional.

CAPITULO UNO

QUE SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1 Derechos esenciales v/s Derechos fundamentales.

Los derechos esenciales o humanos se puede decir que son ese conjunto de libertades que posee la persona humana, que le son inherentes sin necesidad de un reconocimiento ulterior ya que son anteriores a cualquier institucionalización de los mismos. Estos derechos encuentran como basamento la dignidad humana, característica distintiva del resto de los seres vivos, constituyendo a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo toda instrumentalización de la persona para otro fin.

Esta dignidad humana es la que le otorga el carácter de fundamental a los derechos esenciales, encontrando su máxima expresión en el reconocimiento promoción y protección por la carta fundamental.

Conforme a la definición del profesor Cea Egaña, los derechos esenciales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Estos derechos esenciales no son una concesión de la sociedad política, estos le son inherentes a la persona, anteriores a cualquier reconocimiento por la legislación”¹.

Estas libertades que garantizan los derechos fundamentales y concebidos desde una postura iusnaturalista se plasman en una Constitución de amplio contenido

¹ Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional chileno, Tomo I, Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, pág. 221.

material, dando origen a un catálogo de derechos con supremacía legal de carácter irreductible e irrenunciable que otorgan el status jurídico a la persona permitiendo al titular del derecho exigir su cumplimiento.

1.2 Estado Constitucional Democrático.

El constitucionalismo de los derechos surge como producto de la abolición de la monarquía como forma de gobierno, y a partir de la idea de la existencia de un poder superior al del monarca. Este poder supremo estaría radicado en el constituyente, al cual se sujeta voluntariamente la comunidad toda en busca del bien común.

Empero, no es suficiente la voluntad del pueblo para hacer efectiva la protección de estos derechos, es menester formalizar estos derechos en un texto escrito, por cuanto se hace necesario otorgarle fijeza y certeza jurídica a tales derechos. Como resultado de este cambio de paradigma, es que la formalización de estas garantías se plasma en una constitución material la que posee un denso contenido sustantivo formado por normas de diferentes denominación (valores, principios, derechos o directrices), que no sólo instituye la organización del poder y la toma de decisiones del Estado vinculando a todos los poderes, sino que consagra, asegura y promueve los derechos fundamentales garantizados en dicha Constitución.

De esta manera, encuentran reconocimiento, protección y promoción una serie de garantías esenciales al individuo, que preceden a toda legislación, y que tiene como objeto, la limitación del poder.

Tal como señala el profesor Prieto Sanchis, “Que una constitución se encuentre garantizada significa que, como ocurre con otra cualquier norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces”², vale decir, en el sistema existen normas secundarias de organización y procedimiento, destinadas a sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos.

² Prieto Sanchis Luis, El Constitucionalismo de los Derechos, pág. 215.

De esta manera, la Constitución se puede concebir como un límite al poder del Estado, asimismo, como una norma que señala las directrices que deben seguir los gobiernos, o como señala Ferrajoli, “el gobierno y la mayoría no pueden decidir y aquello otro que tampoco deben dejar de decidir”³.

El constitucionalismo supone necesariamente el sometimiento del poder político al derecho, caracterizado por la separación de poderes, y por existir un estado de derecho, pero es más que eso cuando se habla de Estado constitucional se hace referencia a un ordenamiento jurídico caracterizado por poseer una constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales.

El nuevo Estado democrático Constitucional se caracteriza por reconocer a la Constitución valor de norma suprema a la cual se deben subordinar todos los poderes públicos y privados vale decir la Constitución tiene fuerza vinculante.

De esta manera podemos afirmar que los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos que poseen ciertas propiedades especiales y que el legislador consagra, protege y garantiza, con el objeto de satisfacer necesidades de la persona humana en la búsqueda de su máxima realización espiritual y material posible.

Esta es una concepción instrumental y servicialista de Estado que recoge nuestra Constitución señalando que:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”⁴.

¿Pero qué propiedades debe tener un derecho subjetivo para tener carácter fundamental?

Primeramente se debe aclarar que es un derecho subjetivo y conforme a la definición de Robert Alexy, “derecho subjetivo es un todo, integrado por tres tipos

³ Ferrajoli Luis, Sobre la definición de democracia. Una discusión con M.Bovero: Isonomía 19 (2003), pág.230.

⁴ Constitución Política, artículo 1, inciso 4°.

de entidades, una disposición jurídica, una norma jurídica o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas”⁵.

De la misma manera que los derechos subjetivos, los derechos fundamentales poseen esta estructura, “un derecho fundamental es un todo, vale decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”⁶.

Por lo tanto, se puede afirmar que lo que distingue un derecho subjetivo de uno fundamental es que estos últimos poseen ciertas propiedades específicas que les dan ese carácter fundamental, entre estas propiedades se encuentra, la validez jurídica, su condición abstracta, y su carácter general, vale decir tienen validez antes e independiente de su aplicación al caso concreto.

Pero el carácter fundamental no está dado tan sólo por su carácter abstracto, general y su validez jurídica, sino que requiere que pertenezcan a un catálogo que permita que se les reconozca y distinga de otros derechos subjetivos por jueces y tribunales, y sobre todo por parte del Tribunal Constitucional, por cuanto deberá clasificar y darle la calificación de derecho fundamental a un derecho subjetivo en un determinado caso concreto.

Es así, que la Carta Fundamental, establece las facultades del Tribunal Constitucional, señalando lo siguiente:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución...”⁷, asimismo: “Deberá resolver las cuestiones de autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”⁸, resuelve también, las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”⁹, entre otras atribuciones resuelve “por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la

⁵ Bernal Pulido Carlos, Derechos Fundamentales, Principios y Argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica, pág.91.

⁶ Id.

⁷ Constitución Política, artículo 93 N°1.

⁸ Constitución Política, artículo 93 N°2.

⁹ Constitución Política, artículo 93 N°3.

inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución,¹⁰ del mismo modo “resuelve por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable...”,¹¹

Y esto tiene importancia por cuanto un derecho fundamental es vinculante, vale decir vinculan al legislador y a todos los poderes del estado esto significa que establecen límites a las decisiones políticas.

Asimismo los derechos fundamentales se distinguen de los derechos subjetivos por cuanto los primeros están garantizados y protegidos por ciertos mecanismos, tales como el recurso de amparo en España, o de Queja Constitucional en Alemania.

Pero la más importante diferencia entre un derecho subjetivo y un derecho fundamental radica en ciertas propiedades que debe reunir un derecho para tener el status de derecho fundamental, y esto significa que un derecho subjetivo precisa estar revestido como mínimo de un elemento formal y poseer una propiedad sustancial para ser calificado de derecho fundamental.

1.3 Propiedades formales de un derecho fundamental.

Las propiedades formales son ciertos requisitos con los cuales debe cumplir un derecho subjetivo para ser catalogado como derecho fundamental y estas se refieren al hecho que estos derechos se encuentren establecidos o pertenezcan a ciertas fuentes del derecho como por ejemplo: la Constitución, el bloque de constitucionalidad, o la jurisprudencia constitucional.

¹⁰ Constitución Política, artículo 93 N 6.

¹¹ Constitución Política, artículo 93 N°7.

1.3.1 Que el derecho subjetivo se encuentre establecido o pertenezca a la Constitución.

En relación a esta propiedad formal cabe preguntarse si es condición necesaria que un derecho subjetivo pertenezca a la Constitución para que sea considerado derecho fundamental y al respecto se puede señalar:

Primero: que los derechos si bien es cierto poseen una naturaleza particular, que está dada por un lugar y tiempo determinado, específico de cada sociedad, no es menos cierto que “poseen una naturaleza universal, y esto explicaría porque, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo repudian toda forma de discriminación o de vulneración de libertad.¹²

Segundo: Se debe considerar si la carta fundamental contiene todos los derechos fundamentales, y esto porque las personas como las sociedades están sujetas a cambios y en constante evolución, y expuestas a fenómenos sociales, culturales, y económicos, como por ejemplo la Globalización, de esta manera, puede suceder que no todos los derechos fundamentales se encuentren establecidos en la Constitución.

Tercero: esta tesis no estaría considerando que existan muchos países en los que se ha aceptado que concurren disposiciones que no están incluidas en la Constitución y que posean status de derechos fundamentales.

Cuarto: esta teoría, no explicaría porque hay derechos fundamentales que no tienen ninguna relación con directa con el texto constitucional pero han sido reconocidos como tales por la jurisprudencia.¹³

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25° ha señalado:

“...la doctrina, como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales¹⁴.

¹² Bernal Pulido Carlos, Derechos Fundamentales, Principios y Argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy, Pág.96.

¹³ Bernal Pulido, op.cit.Pág. 98.

Con esto se ha querido expresar que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin necesidad de un reconocimiento expreso por la Constitución y no obstante gozan de protección constitucional.

A modo de ejemplo se puede señalar “el reconocimiento del derecho a la intimidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y la protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Australia, cuya Constitución no contiene un catálogo de derechos fundamentales¹⁵.

Igualmente se puede agregar que muchas constituciones americanas establecen un catálogo abierto, vale decir existiría una suerte de reconocimiento de derechos implícitos.

De la misma manera se puede demostrar que no es indispensable que la disposición que establece un derecho subjetivo pertenezca a la Constitución, por cuanto no todos los derechos subjetivos establecidos en la Constitución son derechos fundamentales, como por ejemplo: el artículo 38.1 de la Ley Fundamental alemana que establece:

“Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia”¹⁶. Estos serían derechos subjetivos pero en ningún caso derechos fundamentales.

Al respecto se puede concluir que no es suficiente que un derecho subjetivo pertenezca a la Carta Fundamental para adquirir el status de derecho fundamental, como asimismo el excluirlo de la Constitución, no le resta mérito para poseer el carácter de derecho fundamental, esto significa, que lo que caracteriza a un derecho fundamental es que estos despliegan cuatro efectos: deben vincular a todos los poderes públicos, deben estar garantizados por procedimientos de

¹⁴ Nogueira Alcalá Humberto, Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales, y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico. Revista Ius et Praxis, año 9 vol. N° 1, Talca 2003.

¹⁵ Bernal Pulido, op.cit. pág. 98.

¹⁶ Id.

constitucionalidad, deben poseer un efecto de irradiación, y tienen un efecto horizontal o entre terceros.

Finalmente, se puede afirmar que dado que todas las disposiciones de la Constitución reúnen estos cuatro efectos, se colige que todos los derechos subjetivos establecidos por la Constitución son derechos fundamentales.

Ahora bien, obviamente la pertenencia de la disposición a la Constitución es una propiedad formal, pero que debe estar acompañada de una propiedad material para ser parte del catálogo de derechos fundamentales.

1.3.2 Que la disposición pertenezca al bloque de constitucionalidad.

El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en el derecho constitucional francés, el preámbulo de la Constitución francesa del 04 de Octubre de 1958, instituye el Conseil Constitutionnel, siendo ésta la máxima autoridad constitucional en Francia, y su principal fin es garantizar que los principios y normas de la Constitución se cumplan, vale decir estudia y evalúa la constitucionalidad de las normas de rango legislativo.

El texto de ese preámbulo establece lo siguiente:

“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004”¹⁷.

El Conseil Constitutionnel ha interpretado este texto en el sentido que los derechos subjetivos del texto de la Constitución junto a otros derechos establecidos en otros documentos a los cuales reenvía el preámbulo de la Constitución dan origen al bloque de constitucionalidad.

¹⁷. Bernal Pulido, op.cit. pág.100.

Y esto es importante, por cuanto “el bloque de constitucionalidad constituye el rasero con base en cual se evalúa la constitucionalidad de las normas de rango legislativo”¹⁸.

Cabe señalar que si bien este concepto de bloque de constitucionalidad ha sido acogido en otros ordenamientos jurídicos no se podría asegurar que se recogió el mismo sentido o espíritu con el cual fue concebido.

Por ejemplo, en España, el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto de normas que tienen rango constitucional y que determinan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”¹⁹.

Por el contrario, en algunos países de América Latina, como Panamá, Costa Rica y Colombia, este concepto de bloque de constitucionalidad se utiliza para denominar el conjunto de disposiciones que tienen rango constitucional y que, con independencia de pertenecer al texto constitucional, no todos los derechos subjetivos que estas disposiciones establecen, serían derechos fundamentales.

1.3.3 La jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia constitucional tiene un rol determinante en la catalogación de una norma jurídica como derecho fundamental, ya que la jurisprudencia adscribe interpretativamente normas y posiciones jurídicas a las disposiciones de derechos fundamentales de la Constitución o del bloque de constitucionalidad.

“Esta adscripción consiste en la definición autoritativa de que una norma o posición jurídica ha de considerarse como norma o posición de derecho

¹⁸. Id.

¹⁹ Id.

fundamental, porque se encuentra dentro del ámbito semántico de una norma de una disposición de derecho fundamental”²⁰.

Esta adscripción realizada por la jurisprudencia constitucional atribuye a la mencionada norma el carácter constitucional.

Asimismo la jurisprudencia constitucional puede atribuir el carácter fundamental a ciertas normas o posiciones jurídicas que no pertenecen al margen semántico de una disposición fundamental, es más algunas constituciones prevén la validez de derechos fundamentales que no han sido establecidos en la constitución, vale decir, que no están escritos, reconociendo implícitamente la existencia de esos derechos, como por ejemplo: el texto de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que establece lo siguiente:

“No por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”²¹.

Con esto se puede concluir que la pertenencia de una disposición de derecho fundamental a una fuente del derecho no es la causa de que ésta sea instituida como derecho fundamental, sino su efecto, ya que un derecho subjetivo debe poseer una propiedad material y a ello se suma una propiedad formal como es pertenecer a una fuente del derecho para adquirir status de derecho constitucional, sin perjuicio que existan constituciones que establezcan un catálogo de derechos abierto para recoger otros derechos que no estén contemplados en la Constitución.

Cabe agregar que el hecho de que un derecho subjetivo pertenezca a la Constitución nos da un grado mayor de certeza si la confrontamos con la propiedad formal que señala que una disposición jurídica o una norma jurídica debe ser reconocida por la jurisprudencia constitucional para tener valor de derecho fundamentales.

²⁰ Ibid. Pág. 102.

²¹ Id.

1.4 Propiedades materiales.

Que un derecho subjetivo posea una propiedad formal no es suficiente para adquirir la calidad de derecho fundamental, es necesario que además posea un contenido material, y precisamente este contenido es el que permite que este derecho pertenezca alguna de las fuentes del derecho mencionadas con antelación.

Partiendo de la premisa que el hombre es un todo en sí mismo y que es su propia naturaleza la que le otorga una calidad de dignidad, se puede afirmar que los derechos morales son preexistentes a los derechos fundamentales y que estos últimos vienen a institucionalizar a estos derechos morales reconociéndolos y catalogándolos en un ordenamiento jurídico, pero estos tienen una existencia anterior e independiente de cualquier ordenamiento jurídico por ser estos derechos inherentes al hombre.

Por lo tanto, el catálogo de derechos fundamentales establece todo un sistema de valores y normas objetivas del cual el hombre es el titular por antonomasia, y este catálogo tiene su fundamento en la existencia de los derechos morales, y es la razón por la cual no basta con las propiedades formales para que un derecho posea calidad de fundamental.

De esta manera se puede afirmar que las propiedades materiales guardan correspondencia con aquel contenido filosófico y axiológico, que tiene su origen en los derechos morales, que son anteriores a cualquier legislación. Tratar de separar los derechos morales de los derechos subjetivos es restarles su verdadera esencia por cuanto estos derechos fundamentales reconocen a la persona humana como titular de ciertas libertades que le son inherentes y que emanan de la propia dignidad de la persona, con prescindencia de cualquier concesión realizada por medio de los poderes públicos, y que son institucionalizados para reconocer y proteger al individuo frente a la sociedad y el Estado. Estos derechos

fundamentales establecen los valores que legitiman el Estado, creando las garantías básicas para el desarrollo de la plena democracia en un estado de derecho.

Ante el reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto en la esfera de la moral como del derecho, el ordenamiento jurídico no sólo los reconoce y ampara sino que viene a proteger las libertades de la persona ya sea de la intervención del Estado como de la sociedad misma.

El concepto clásico de Estado, está en armonía con el de Estado Social, es así que ambos reconocen la dignidad de la persona proporcionando la seguridad jurídica a través de la legalidad y haciendo efectivo el respeto por los derechos humanos que encuentra su origen en la concepción iusnaturalista.

El concepto de Estado es consustancial al principio de Estado Social, de manera que “los derechos fundamentales adquirieron además la función de garantizar el mínimo vital y la creación de condiciones para alcanzar la igualdad real”²²

“Los derechos fundamentales caracterizan al individuo como libre, autónomo en los ámbitos privado y público”²³, protegiéndolo frente a las intervenciones del estado y de la sociedad.

El Estado es el garante de dicha libertad, autonomía e igualdad y esto lo hace mediante recursos especiales que buscan resguardar al individuo de los abusos y de la protección deficiente.

Al respecto se puede agregar que los intereses básicos de la persona política son la libertad, la autonomía y la igualdad. Este concepto trídico de la persona política debe ser analizado desde tres perspectivas, lo liberal, lo democrático y de la persona en relación al Estado Social.

Conforme a la concepción liberal de la persona, el Estado tiene como finalidad garantizar el ejercicio de la libertad, y es así que para Locke la legitimidad del

²² Bernal Pulido, ob.cit. pag.105.

²³ Id.

poder del Estado se justifica en virtud de la propiedad privada. Para Locke la propiedad es un concepto que abarcaría toda la esfera de la libertad. Pero ¿dónde empieza la libertad de una persona y dónde termina?

Según John Rawls la persona liberal se caracteriza por dos propiedades morales, que este autor denomina Facultades morales, la primera facultad moral es la facultad de ser razonable. “Esta facultad consiste en la capacidad de tener un sentido de la justicia”²⁴. “La segunda facultad es la de ser racional y apunta a tener la capacidad de tener una comprensión de lo bueno”²⁵.

En estas facultades encuentran su basamento los derechos fundamentales y su catalogación, asimismo como el reconocimiento y protección por el Constituyente y el Tribunal Constitucional.

Pero para que esta persona política liberal tenga noción de sus libertades debe poseer ciertas facultades que lo habiliten en la toma de decisiones y procesos deliberativos, de tal manera que como señala Rousseau “al obedecer el derecho se obedezca a sí misma.”²⁶ Esta teoría democrática supone la capacidad de la persona de dictarse normas a sí misma y así debe de reconocérsele en la mayor medida posible.

Y aquí surge la dimensión democrática de la persona. Esta teoría democrática ha sido desarrollada por Habermas en su teoría del discurso, conforme a la cual:

“sólo deben tener validez aquellas normas en relación con las cuales todos los afectados, en tanto participantes en discursos racionales han prestado su consentimiento”²⁷.

Esta dimensión democrática de la persona, que supone la capacidad de discernimiento de la misma, se plasma claramente en los procesos democráticos

²⁴ Rawls John, obra citada por Bernal Pulido, pág. 107.

²⁵ Id.

²⁶ J.J.Rousseau, citado por Bernal Pulido, pág. 108.

²⁷ J. Habermas, Faktizität und Geltung, citado por Bernal Pulido, pág. 108.

tales como el derecho al voto y cualquiera otra forma de participación en elecciones y decisiones político social.

Pero una concepción liberal y democrática no es suficiente para satisfacer las necesidades básicas del individuo por cuanto en cada sociedad existe un número importante de personas que no tiene cubiertos sus requerimientos mínimos tales como alimentación, vivienda, salud etc... Surge entonces el concepto de Estado Social, en la cual el estado debe procurar mediante acciones sociales subsidiar tales insuficiencias, procurando siempre que tales acciones se traduzcan en beneficios que lleguen real y efectivamente a quienes las necesitan. De esta forma la satisfacción de las necesidades básicas de la persona deben ser reconocidas, protegidas y garantizadas como un derecho fundamental.

Un derecho subjetivo debe ser capaz de proteger las libertades del individuo, asegurar la igualdad en el ejercicio de las facultades liberales o de la capacidad de discernimiento de la persona, asimismo debe ser capaz de garantizar la equidad en la distribución de los bienes que satisfacen las necesidades fundamentales de la persona.

Podemos concluir que un derecho subjetivo debe revestir primeramente una propiedad material y adicionalmente una propiedad formal para alcanzar el status de derecho fundamental. Esta es *conditio sine qua non*.

Cabe señalar que los derechos fundamentales tienen un carácter particular que está determinado por cada sociedad y es el Constituyente o el Tribunal Constitucional el que establece cuales son estos derechos concretamente que tendrán por objeto garantizar los intereses liberales y democráticos de la persona.

Empero, también están dotados de un carácter universal, que encuentra su origen en el iusnaturalismo, reconocido y aceptado prácticamente por todos los ordenamientos jurídicos de todos los países.

CAPITULO DOS

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El hombre es esencialmente social, posee una naturaleza individual pero también un ambiente social donde se desenvuelve en comunidad, de ello se desprende que su derecho termina dónde comienza el derecho del otro.

Es en esta naturaleza social es que encontraría justificación la necesidad del reconocimiento y la positivización de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar y proteger a los titulares de dichos derechos frente al poder del Estado y de la ciudadanía misma, ya que deberá convivir en comunidad, por cuanto estos derechos no son absolutos e ilimitados, y es necesario encomendar su delimitación a un ente capaz de determinar y distinguir sus contornos y la porción jurídica protegida.

Para determinar los contornos de los derechos es necesario realizar una labor de interpretación del texto constitucional que permita revelar “Los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona”²⁸.

²⁸ Castillo Córdova Luis F. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, Universidad Autónoma de México, Cuestiones Constitucionales N°12, pág. 125.

Ante el problema de si los derechos fundamentales admiten límites, existen dos posiciones, la concepción conflictivista y la armonizadora.

2.1 Postura conflictivista.

Conforme a la postura conflictivista, “los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar²⁹”.

Para la postura conflictivista, los derechos fundamentales serían absolutos e ilimitados, señalando:

“como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos³⁰”.

Esta concepción conflictivista de los derechos señala, que los derechos fundamentales deben ser limitados desde una perspectiva exterior, no considerando que los derechos fundamentales no admiten limitación externa de ningún tipo, por cuanto sus límites provienen de la esencia misma del derecho, y deben estar perfecta y previamente delimitados por el legislador.

Los derechos fundamentales poseen un implícito contenido que lejos de necesitar limitaciones externas, ya vienen dados por su propio contenido esencial como asimismo por sus fines concretos.

Si se considera que los derechos son susceptibles de limitarse externamente, esto devendrá en que se producirá inevitablemente una colisión de derechos, y en este caso será el operador jurídico o juez quien deberá buscar una solución mediante la ponderación o jerarquización, lo que significará que un derecho deberá ceder

²⁹ Castillo Córdova ob.cit. pág.103.

³⁰ Id.

ante el otro, quedando en una situación de desmedro frente al otro derecho en colisión.

Uno de los problemas que plantea esta visión conflictivista es que considera los derechos fundamentales “como realidades a-teleológicas e ilimitadas en sí mismos, que solo cuando su portador se inserta en una determinada comunidad surge la necesidad de limitarlos”³¹, conforme a esta concepción “existiría el derecho, pero por factores externos, sea por otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común, se lo constriñe, se reduce su alcance³²” de esta manera, el derecho fundamental pasa a ser limitado externamente por el legislador, o por el juez perdiendo su carácter de libertad previa al legislador y al propio constituyente, dependiendo de las decisiones positivas que consignan y determinan su contenido externo. Esto no se condice con su esencia y contenido previo a su institucionalización pasando a depender de normas que los regulan y/o limitan.

Otra desventaja que presenta la concepción conflictivista es que confunde el derecho fundamental con la norma que lo regula, dando ocasión con esto, que los derechos vengán formulados de forma genérica debiendo ser limitados posteriormente por otras normas sean legales o jurisprudenciales que deberán dar solución al conflicto mediante la jerarquización o la ponderación.

Como corolario de las desventajas que representa la jerarquización y la ponderación, es que da lugar a la existencia de dos derechos alegados por sus respectivos titulares, ejercidos legítimamente y debiendo ser uno sacrificado en aras de otro igualmente legítimo. Esto traería aparejada la necesidad de una interpretación sistemática de la Constitución, lo que se traduciría en la abstracción del contenido esencial del derecho con el fin de que la norma tenga

³¹ Castillo Cordova, Luis F. Anuario da Facultade de Dereito. pág. 997.

³² Id.

plena vigencia, ocasionando el perjuicio que al hacer prevalecer ciertos derechos sobre otros dará lugar a que una norma sea anulada por la que reconoce uno de los derechos en conflicto, por lo menos en el caso concreto.

De esta manera, nos encontramos frente a dos derechos de los cuales son titulares dos personas que lo ejercerían legítimamente, pero que inevitablemente colisionan por lo que deberá prevalecer uno, sacrificándose el otro, no pudiendo existir ambos al mismo tiempo.

Si se acepta que los derechos fundamentales son ilimitados y absolutos no existiría forma de saber dónde termina el derecho de uno y comienza el derecho de otro y se verían enfrentados irremediablemente dos derechos fundamentales teniendo que el juez decidir cuál derecho tiene prevalencia sobre el otro, dando lugar esto a una serie de abusos, legitimando situaciones de intromisión y sacrificios de derechos fundamentales.

2.2 Posición armonizadora.

En contraposición a la teoría conflictivista, se encuentra la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, que muy por el contrario a la teoría conflictivista que obliga a intentar una formulación de los derechos que permita el desplazamiento o imposición (abstracta o concreta) de un derecho sobre otro, permite una vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos constitucionalmente reconocidos al hombre.

Esta posición armonizadora de los derechos fundamentales, sostiene que la colisión de derechos fundamentales no es más que un mito por cuanto el hombre es una unidad armónica, de ahí se desprende la idea que los derechos humanos son un reflejo de esta unidad, por lo tanto los conflictos de derechos fundamentales se dan solo en apariencia, ya se trate en abstracto o en concreto, y lo que realmente entran en conflicto son las pretensiones tanto en sentido general como en sentido procesal, asimismo como entre los intereses individuales de cada una de las partes.

Para esta posición armonizadora, es de vital importancia buscar y entender en que consiste el contenido esencial de un derecho, para dar solución a los conflictos de pretensiones o intereses.

Conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, “Los derechos son afectados en su esencia cuando se desnaturaliza su contenido constitucional, de tal manera que el derecho se vuelve irreconocible, o cuando se establecen límites de tal entidad que entran su ejercicio más allá de lo razonable y lo tornan irrealizable (STC Rol N° 43)³³”

“Para descubrir este contenido esencial es preciso hacer una interpretación sistemática de la Constitución, ya que se debe hacer compatible internamente su contenido a fin de hacer de toda ella una norma efectiva es decir de vigencia plena.³⁴”

Otro elemento importante a considerar será buscar la naturaleza del derecho y su finalidad, el bien humano que busca proteger su ejercicio funcional y las conductas

³³ Sentencia 2153-11 INA

³⁴ Castillo Córdova, ob.cit.pág. 998.

que trata de proteger, por cuanto existe una armonía entre los bienes humanos y sería imposible que un bien lesionará o exigiera la lesión de otro bien.

Los derechos fundamentales son una unidad armónica precisamente porque también los es el sujeto humano. Si los derechos fundamentales emanan de la naturaleza del hombre y le son inherentes, fueron concebidos para proteger bienes humanos, pero pensando en el ámbito relacional del hombre, se entiende que estos deben ser compatibles unos con otros por lo que no sería posible una dicotomía entre estos derechos porque ellos persiguen todos un mismo fin, cual es el bien del individuo.

Esta armonización precisa buscar los límites internos de cada derecho en litigio, vale decir, el contenido esencial de los derechos fundamentales que supuestamente estarían en conflicto, ya que se trata de una delimitación del contenido y no intentar buscar los límites externos, por cuanto es tarea del legislador y de la decisión del operador jurídico trazar los contornos precisos de manera que no se atravesase esa frontera del ejercicio justo del derecho.

Sabemos que el hombre tiene una dimensión individual asimismo como una dimensión social, es precisamente en esa realidad social donde los derechos encuentran justificación, por cuanto son la expresión de la regla de coexistencia entre los individuos y sus pretensiones. Los derechos no fueron concebidos en forma aislada sino pensados como una unidad sistemática y ajustada con otros derechos o bienes, “y finalmente que la libertad sin orientación alguna no constituye ciertamente un bien para el hombre. Los bienes humanos son por definición compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho”.³⁵

³⁵ Id.

Esta interpretación armonizadora tiene su punto de inicio y principal impulso en la exigencia de tener en cuenta el fundamento y consecuente finalidad de los derechos del hombre, y este fundamento es el bien de la persona humana, su fin último es favorecer el más pleno y completo desarrollo del individuo en todas sus dimensiones, es decir de la persona como una realidad individual y social, así como espiritual y material.

Esta concepción armonizadora, es el reflejo de la naturaleza del hombre y los derechos que de ella emanan, están concebidos de tal manera que no puede dar origen a conflictos entre ellos por cuanto buscan su pleno ejercicio pero en sana convivencia con el ejercicio de los derechos de otros individuos, estos derechos ya tienen delimitados sus contornos o límites cubriendo las exigencias y necesidades de la persona humana y protegidos de intervenciones de terceros.

Conforme a la opinión de Castillo Córdova, “el hombre, en cuanto tal posee una naturaleza y consecuentes exigencias que lejos de oponerse entre sí, se configuran de tal modo que terminan por constituir una determinada y verdadera unidad.³⁶”

Si consideramos al hombre como una unidad armónica, y los derechos humanos proceden y son un reflejo de su naturaleza, sería una contradicción suponer que estos derechos puedan colisionar entre sí, o ser incompatibles entre sí, dando lugar a una dicotomía, por cuanto estaríamos aceptando que estos derechos fueron concebidos en forma incongruente y sin correspondencia unos con otros, carente de armonía y correlación.

³⁶ Castillo Córdova Luis Fernando, Existen los llamados Conflictos entre derechos Fundamentales? Cuestiones Constitucionales, enero- junio, número 012, México. pág.110.

Si se concibe la Constitución como una unidad sistemática, que recoge y protege los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza del hombre y que busca su máxima realización a través de estos, no podría legitimar acciones o conductas que sean contradictorias con el contenido de otros derechos igualmente fundamentales.

Por lo tanto, los conflictos de derechos fundamentales serían sólo aparentes, ya que no se podría admitir que un derecho fundamental tenga un contenido que se contraponga con otro derecho del mismo status. Es más, ningún derecho fundamental puede significar la legitimación de una conducta que implique un sacrificio o intromisiones en el contenido de otro derecho fundamental.

De esta manera cada caso y cada derecho y todo derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica.

CAPITULO TRES

CONFLICTOS DE DERECHOS.

Podemos señalar que jurídicamente, se ha aceptado la teoría de la existencia de los conflictos de derechos, o antinomias. Estos conflictos normativos han sido tradicionalmente resueltos por la aplicación de los clásicos criterios jerárquicos, cronológico y de especialidad.

Ahora bien, cuando el conflicto se presenta entre normas que pertenecen al mismo cuerpo normativo, como por ejemplo al texto constitucional, se habla de colisión de derechos fundamentales.

Ciertamente, se ha ido instalando esta teoría respecto de la existencia de conflictos de derechos fundamentales dentro de la doctrina y la jurisprudencia tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, debiendo buscarse la solución al conflicto mediante el juicio de ponderación. Este juicio de proporcionalidad o ponderación supone dos derechos de rango constitucional que se ven enfrentados en cuyo caso deberá ceder un derecho frente al otro para el caso en concreto.

Según el profesor Norberto Bobbio, “son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección”³⁷...

Según el profesor Norberto Bobbio, existiría una suerte de status muy diversa entre los derechos humanos, existiendo los que no pueden limitarse bajo ningún respecto, como el derecho a no ser esclavizado y a no ser torturado, teniendo un valor preeminente por sobre otro cualquier derecho fundamental.

Sin embargo existirían derechos fundamentales cuya vigencia si admite una cierta suspensión en forma transitoria en razón del bien común. Pero conforme al pensamiento del profesor Bobbio, “en la mayor parte de los casos la elección es dudosa y requiere una motivación”³⁸.

De esta manera, y conforme al pensamiento positivista del profesor Bobbio, los derechos fundamentales que protegen el interés general tendrían un valor preeminente por sobre los que tienen un carácter individual, como asimismo, para que un derecho pueda ser reconocido debe de constar en un ordenamiento jurídico positivo, de otra manera no podría hacerse exigible por cuanto es el único modo de que el Derecho sea eficazmente protegido, negando la existencia de los derechos naturales.

³⁷ Baquerizo Jorge Minuche, Colisión de Derechos Fundamentals y Juicio de Ponderación, pág.21.

³⁸ Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (n° 42, 1965, pp.301-109) Se reproduce en español en el presente volumen con autorización expresa del autor.

Antes de entrar de lleno en los mecanismos de solución de conflictos fundamentales es importante identificar que es una antinomia normativa o colisión entre normas jurídica.

Un conflicto normativo o antinomia es aquella situación en la que dentro de un mismo sistema jurídico “se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas...”³⁹ vale decir, dos normas ofrecen soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia que no pueden lograrse simultáneamente. Por ejemplo “Una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena”⁴⁰.

Esto tiene la desventaja que como afirma Guastini, “ante un conflicto normativo, la misma litis puede ser decidida de dos modos diferentes en violación del principio de certeza que exige la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”⁴¹

Dentro de las antinomias hay que distinguir las antinomias en abstracto de las antinomias en concreto.

Antinomia en abstracto “se produce cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hecho -vale decir, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias-que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual”⁴². Significa esto que se analiza el caso con abstracción de cualquier supuesto de hecho concreto.

³⁹ Baquerizo Minuche, ob.cit. Pág.23.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Guastini Riccardo, Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N° 08, agosto 2007, Lima. Pág.631.

⁴² Ibídem. Pág.632.

Antinomia en concreto en cambio “es aquel que se produce cada vez que al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto, se observa que dos normas ofrecen dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto”⁴³.

Esta situación se presentará toda vez que estemos frente a un supuesto de hecho concreto, y enfrentamos que existen dos normas para dos supuestos, con independencia del punto de vista conceptual a lo que el derecho ofrece consecuencias incompatibles.

En general para la parte de la doctrina que admite los conflictos de derechos se presentarían con mayor frecuencia los conflictos en concreto que los conflictos en abstracto y la solución a estos conflictos pasaría por la aplicación de la jerarquización o ponderación.

3.1 La Jerarquización.

La jerarquización como método de solución de conflictos entre derechos fundamentales, se puede definir, “como un mecanismo que busca resolver los conflictos entre derechos creando categorías previas y rígidas que permitan establecer la primacía del derecho jerárquicamente superior”⁴⁴.

Conforme a esta doctrina, existirían ciertas garantías que se encuentran en una posición prevalente en relación con otras garantías constitucionales.

⁴³ Id.

⁴⁴ Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°42, Año 2010, pág. 32.

En la jerarquización existiría una suerte de categorización de los derechos, que no tiene un contenido determinado, sino que está dada por la ideología, historia, y los valores sociales de las distintas épocas y lugares.

En concordancia con lo señalado, el profesor Cea afirma, “que existiría una cierta primacía de unos derechos sobre otros, comenzando esta lista por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando al derecho a la información y reunión para terminar con el Orden Público Económico.”⁴⁵

En armonía con lo señalado, el autor Eduardo Novoa señala: “que los derechos fundamentales no se encuentran en un mismo plano de importancia, siendo posible distinguir entre derechos absolutos y relativos. Los absolutos serían aquellos que no admiten ser desconocido bajo ninguna circunstancia; en cambio derechos humanos relativos, será aquel que puede ser sacrificado, reducido o limitado en ciertas situaciones de carácter excepcional, generalmente de breve duración”⁴⁶.

Entre los últimos prevalecerían los que protegen el interés general –como la libertad de información que tendría un carácter social, por sobre los que tienen el carácter de individual- como ocurre con la vida privada.

Este es el criterio aplicado por el Tribunal Constitucional español, que atribuye a las libertades de expresión e información un valor preeminente sobre el derecho a la privacidad, esto en razón de que en el derecho a la información y/o expresión existiría un interés general, por el contrario, en el derecho a la vida privada estaría comprometido sólo el interés particular.

A contrario sensu, el Tribunal Constitucional chileno, en numerables sentencias ha fallado otorgando un valor dominante al derecho a la privacidad, por cuanto el derecho a la privacidad encuentra cobertura legal y constitucional en nuestro

⁴⁵ *Ibíd*em, Pág. 33.

⁴⁶ Novoa Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos. Pág. 185.

ordenamiento jurídico distinguiendo claramente que es lo que pertenece al ámbito público, y que corresponde a la esfera de la vida privada.

Si bien para Eduardo Novoa, “no todos los derechos fundamentales estarían en el mismo plano, pues hay algunos que nunca pueden ser desconocidos, y en cambio hay otros cuya vigencia puede ser suspendida transitoriamente, por razones muy poderosas de peligro nacional, empero, ni el derecho a la información ni el derecho a la vida privada tendrían el carácter de absolutos pues no figuran mencionados en las disposiciones excluyentes contenidas en el Pacto Internacional de 1966, de la Convención Europea de 1950, o de la Convención Americana de 1969”⁴⁷.

No obstante, hay que tener en cuenta que siempre será requisito para aplicar cualquier criterio de primacía, es la observancia que los derechos sean ejercidos debidamente, teniendo previa consideración, que “en toda circunstancia debe preferirse aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana, que es el valor esencial, fundamento de todos los demás valores”⁴⁸.

En Chile, se ha dado solución a emblemáticos casos aplicando el método de la jerarquización, empero, ésta ha enfrentado diversas críticas, por mencionar algunas, “la jerarquización parte de la base que los derechos son libertades ilimitadas que no conllevan deberes correlativos.”⁴⁹

Esto llevaría inevitablemente al conflictivismo, por cuanto, existirían dos derechos en pugna debiendo sacrificarse uno en detrimento del otro, no pudiendo existir ambos al mismo tiempo, debiendo optarse por uno bajo parámetros poco objetivos lo que se traduce en una imposición arbitraria.

⁴⁷ Novoa, op.cit.pág. 186.

⁴⁸ Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 42, Año 2010, Pág. 34.

⁴⁹ Ibídem, Pág. 37.

El mayor problema que presentaría la jerarquización es que no consideraría una escala universal de valores, sino, como se señaló con antelación, éstas estarían marcadas por distintas ideologías, historias, valores sociales, épocas y lugares, lo que acarrearía una falta de certeza jurídica, por otro lado obstaculizaría la realización del principal objetivo de los derechos fundamentales cual es la limitación al poder, así como la supresión de la arbitrariedad.

Los derechos humanos no pueden estar supeditados a la protección o postergación de determinados gobiernos o jueces de turno, por cuanto son inherentes al hombre por su propia naturaleza, ya que de otra forma daría lugar a toda clase de abusos, discriminaciones y arbitrariedades, atentando contra el derecho de igualdad de las personas.

Si la Constitución es una unidad sistemática, no puede dar lugar al sacrificio total de un derecho en favor de otro derecho, “esto atentaría contra los principios de optimización del carácter normativo de la Constitución y de unidad de la carta fundamental.⁵⁰”

Cabe señalar que la jerarquización busca la solución del caso en abstracto sin considerar las características del caso en concreto, y con ello pierde aplicabilidad en nuestro derecho, pues más allá del valor que pueda otorgársele a un derecho en una escala de valores debe buscarse siempre la vigencia de todas las disposiciones en pugna.

⁵⁰ Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 42 de 2010, Pág. 39.

3.2 La Ponderación

La Ponderación como método de solucionar conflictos de derechos fundamentales lo define Aleinikoff, T Alexander, “como la opinión emitida por el tribunal que analiza un problema constitucional mediante la identificación de los intereses implicados en el caso, y llega a una decisión, o construye una regla de derecho constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificados”⁵¹.

Conforme a Riccardo Guastini, “la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto”⁵².

Esta jerarquía de valores no estaría dada por el derecho mismo sino que le entrega al juez constitucional la facultad de otorgarle un mayor valor a un determinado principio prevaleciendo un principio sobre el otro, despreciando una formula conciliadora que busque un punto de equilibrio entre los dos principios.

Esta teoría de la ponderación tiene su origen en el pensamiento jurídico anglosajón con su exponente Dworkin y en el germánico con Alexy, que introducen a los nuevos sistemas jurídicos los principios y la ponderación. “Todo este modelo se estructuró porque se tenía que el derecho o sistema jurídico sólo estaba integrado por normas, es decir por normas previstas de una estructura condicional hipotética.”⁵³

⁵¹ Bertelsen Simonetti Soledad, Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales, Santiago, 2008, (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de los Andes, pág. 40.

⁵² Guastini Riccardo, Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales, Palestra del Tribunal Constitucional, año2, N°08, Agosto 2007, Lima, pág. 636.

⁵³ Bechara Llanos Abraham, La Ponderación y los Derechos Fundamentales, pág. 22.

Según la tesis de Bechara, los derechos fundamentales serían la muestra más evidente de la existencia de principios que se plasma en todo ordenamiento jurídico, distinto a las normas tradicionales del ordenamiento jurídico, ya que estos estarían condicionados a las posibilidades fácticas de optimización del caso concreto.

Conforme al planteamiento del profesor Bernal, “la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que juegan en sentido contrario.”⁵⁴

De esta manera no existiría otra manera de dar solución a los conflictos de principios de derechos fundamentales sino asignando un peso determinado a cada principio en el caso concreto.

Según Ronald Dworkin, citado por Bechara Abraham, “los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso.”⁵⁵ Según esta afirmación los principios poseerían un peso determinado en cada caso concreto, y con la ponderación se busca determinar cuál es el peso específico de cada principio en cuestión.

Conforme a esta tesis, la ponderación viene a constituir un criterio metodológico necesario para la aplicación y el ejercicio de la función jurisdiccional, en el cual los tribunales constitucionales tendrán la labor de garantizar la aplicación de los principios constitucionales contenidos en los derechos fundamentales.

⁵⁴ Bechara Llanos, op.cit. pág. 23.

⁵⁵ Id.

3.3 El modelo dual del derecho.

Esta tesis dual del derechos fundamentales, reconoce dos diversas teorías, una estrecha y rigurosa y otra amplia y comprehensiva. La primera correspondería a la teoría de las reglas y la segunda a la teoría de los principios. Esta tesis que concibe las normas divisibles entre reglas y principios señala que estas normas pueden ser abiertas o cerradas; configurando los principios las normas abiertas y las reglas las cerradas.

Conforme a esta teoría, se propone que las normas de aplicación abiertas, vale decir los principios, no señalan ni remotamente la forma en que deben ser aplicados, sino que se remiten a ordenar que algo se haga en la mayor medida posible, por el contrario las normas establecidas en forma cerrada indican cada una de las condiciones de aplicación, por lo tanto ordenan en forma imperativa que algo no se puede realizar.

Según la concepción de Robert Alexy, citado por Ugarte, considera los principios como mandatos de optimización, señalando que: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Por lo tanto los principios serían mandatos de optimización”⁵⁶, y en este caso un principio representa un ideal que podría cumplirse sólo en el caso que no se encontrara en colisión con otro principio en cuyo caso debería ser sometido a ponderación, por lo tanto los principios caen en la teoría del deber ser, pero hasta donde sea posible atendiendo las eventuales restricciones reales o jurídicas que se le opongan.

“En cambio las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”⁵⁷, no admiten indeterminaciones.

⁵⁶ Ugarte José Luis, Los derechos en su nueva Hora: La teoría externa de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año18-Nº 2, 2011, pág. 364.

⁵⁷ Id.

3.4 Subsunción o Ponderación

Este distingo entre reglas y principios tiene una gran importancia en la aplicación de las normas jurídicas. Por un lado en el caso de las reglas se busca la solución mediante la subsunción, esto significa que una de las reglas en conflicto perderá validez por la vía de las normas especiales para el efecto, vale decir ley superior, ley posterior y ley especial.

En cambio frente a una colisión de principios, esta deberá resolverse mediante la ponderación, y esto significa asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto. En este caso será el operador jurídico quien le asignará el peso o fuerza a un derecho fundamental sobre otro derecho del mismo rango, resultando de este análisis que un principio – por estimarse de superior jerarquía valorativa- desplace al otro, resultando aplicable al caso en concreto aquel que se estimó de mayor valor.

Conforme al pensamiento de Bernal, la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios y razones que juegan en sentido contrario. Por lo tanto se puede afirmar que: “ponderar es asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto”⁵⁸.

Según Abraham Bechara, la ponderación puede ser entendida desde dos aspectos, es así que se puede estudiar en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio la ponderación es un modo de argumentación constitucional, por

⁵⁸ Bechara Llanos, op. cit. pág. 23.

medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionalmente protegidos.⁵⁹”

En sentido estricto “la ponderación es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente en el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o un principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales para justificar la imposición de dicha carga, por otra.”⁶⁰

En la ponderación el juez debe sopesar las razones que tiene para optar por un determinado principio en una colisión de derechos en desmedro de otro, debiendo justificar y argumentar racionalmente su decisión, sin perjuicio que el derecho que ha sido desplazado siga perteneciendo al ordenamiento jurídico pudiendo ser aplicado en un caso futuro, ya que la solución resultante de la ponderación será aplicable sólo al caso concreto que este conociendo el juez constitucional.

Se trata de establecer una regla de precedencia entre ambos derechos pero sólo para el caso que se está conociendo, significa que el juez deberá balancear ambos derechos y otorgarle mayor valor a un derecho enfrentado con otro derecho, vale decir realizar una configuración de jerarquía axiológica para el caso que está juzgando, sin perjuicio que un caso futuro se pueda preferir por el otro principio, por lo tanto con la ponderación no se persigue el sacrificio de un principio en beneficio de otro, sino, del reconocimiento de la primacía de un derecho sobre otro de menor valor axiológico.

A esta propiedad se refiere el profesor Prieto Sanchis: “el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es,

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 115.

⁶⁰ *Id.*

la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”⁶¹.

La ponderación como modelo argumentativo ha ido imponiéndose en algunos países tales como Colombia, Alemania, en el que el alcance que ha tenido en la jurisprudencia de la Corte constitucional se plasma en los casos más difíciles, dando resolución a controversias constitucionales.

A modo de ejemplo se puede señalar el caso Luth, Alemania año 1958, en que el Tribunal Constitucional resolvió una colisión de derechos, en que se ven enfrentados el derecho a la libertad de expresión v/s una norma de derecho civil que atentaría contra las buenas costumbres, y que restringiría un derecho fundamental, fallando favorablemente por el derecho a la libertad de expresión.

Es así que el Tribunal Constitucional Federal fue de la opinión que “cuando la aplicación del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios en colisión”⁶².

La sentencia del caso Lüth deja sentado un precedente conforme al cual existirían tres ideas que marcan el derecho constitucional alemán:

“La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan como dice el Tribunal Constitucional Federal, también un orden de valores objetivos”⁶³.

⁶¹ Baquerizo Minuche Jorge, Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación, Guayaquil, (2009) pág.35.

⁶² Alexy Robert, Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad, Revista Iberoamericana de derecho Procesal Constitucional, Núm, 11, enero-junio 2009, pág. 5.

⁶³ Id.

La segunda idea tiene relación con la primera, “y es que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación Estado y ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del derecho. Este es el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el sistema jurídico; conforme a esta idea “los derechos fundamentales se vuelven ubicuos.”⁶⁴

La tercera y última idea se refiere a la estructura de los valores y los principios: conforme a esta idea: “unos y otros tienden irremediablemente a colisionar. Esta colisión de principios sólo puede resolverse por medio de la ponderación.”⁶⁵

3.5 La Ponderación o Balancing.

Dentro de la visión conflictivista de los derechos fundamentales existe una concepción bastante difundida y arraigada no sólo a nivel de doctrina sino también a nivel jurisprudencial, que propone considerar los derechos fundamentales como realidades potencialmente en conflicto, el cual una vez producido, sólo podría ser resuelto prefiriendo uno de los derechos en disputa y desplazando al otro. Estos conflictos o dicotomías serían resueltos utilizando como métodos la jerarquización o la ponderación, según se trate de un conflicto de reglas o principios respectivamente.

Dichos métodos guardan “entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos en liza puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente y en concreto – jerarquización y balance, respectivamente-

⁶⁴ *Ibidem*, pág.6.

⁶⁵ *Id.*

pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto”⁶⁶

De esta manera “la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes en pugna aparentemente, y el balancing test lo hace en concreto”⁶⁷.

Conforme a la teoría conflictivista las fronteras que definen los derechos son imprecisas, por lo que los conflictos de derechos devienen inevitablemente. Ante este eventual conflicto se debe buscar la solución lo que se traducirá en preferir un derecho en desmedro del otro que será desplazado por el primero. Esta solución pasa inevitablemente por la ponderación o jerarquización. Este mecanismo de solución de conflictos dependerá de la escala que se emplee para determinar la importancia de uno u otro derecho involucrado en un conflicto. Esta determinación del mayor o menor valor de un derecho, dependerá de la prevalencia que le otorgue un determinado ordenamiento jurídico a esos bienes. Es así que el Tribunal Constitucional español ha atribuido a la libertad de expresión e información una posición prevalente frente a otros derechos fundamentales alcanzando en la práctica, particular relevancia en lo que respecta a los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen.

De esta manera serán los operadores jurídicos o los jueces los que deberán balancear o ponderar cuál de los principios en cuestión deberá prevalecer sobre el otro pero esto será aplicable sólo al caso que se está conociendo, ya en otro caso distinto se puede resolver de manera diversa.

La ponderación de derechos como mecanismo de solución a los conflictos de derechos, consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las

⁶⁶ Castillo Córdova Luis F. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Publicaciones Cuestiones Constitucionales N°12 Universidad Nacional Autónoma de México. pág.109.

⁶⁷ Castillo Córdova Luis F. Anuario da Facultade de Derecho, Serna Pedro, y Toller Fernando, La Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos, Buenos Aires, La Ley, 2000, pág. 997.

especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar cuál derecho pesa más en ese caso concreto y cual debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto.

Una de las más potentes críticas a la posición conflictivista que busca la solución al conflicto de derechos fundamentales mediante la jerarquización de derechos, es que otorgaría una calificación de derechos de primera y segunda categoría, lo que significaría que cuando se cruza un derecho de segunda con uno de primera, el primero quedaría desplazado, vulnerado, en definitiva, afectado en su contenido jurídico. “De esta manera mediante posiciones conflictivista de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos.”⁶⁸

3.6 Dimensión del peso y el balance de los derechos.

De conformidad al teorema de Robert Alexy, este expresa “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro⁶⁹” en esta situación estaríamos enfrentando una colisión de derechos constitucionales, lo que dará lugar a una ponderación de dichos derechos buscando determinar cual tiene un mayor peso, por cuanto los principios no traen asignado un peso de manera previa, debiendo ser el operador jurídico o juez quien deberá asignarle el peso correspondiente a cada derecho en pugna. En este sentido se busca establecer cual derecho tiene mayor peso en una determinada antinomia.

⁶⁸ Castillo Córdova Luis Fernando, ¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales? Cuestiones Constitucionales, enero-junio, número 012, Universidad Nacional Autónoma de México. (2005) pág. 107.

⁶⁹ Alexy Robert, op.cit. pág. 09.

Ronald Dworkin, fue uno de los precursores en el estudio de la colisión de principios, señalando: “que ante la concurrencia de derechos, uno prevalecerá sobre otro sin perjuicio de que el derecho derrotado siga perteneciendo coherentemente al sistema jurídico, porque en un siguiente caso las consideraciones contraías pueden desaparecer o no tener el mismo peso”.⁷⁰

Con esto se ha querido expresar que no obstante que ante la existencia de un conflicto de principios, un derecho deba prevalecer en el caso concreto, no por ello el otro derecho quedará desplazado o inexistente, bajo otras circunstancias se puede resolver la cuestión de forma diferente, vale decir, el conflicto no queda zanjado de forma definitiva y estable, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro; por el contrario, toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros bajo otras circunstancias.

3.7 Test de proporcionalidad y la Ley de la Ponderación.

De lo señalado precedentemente se puede colegir que la ponderación, busca la resolución del conflicto mediante una operación de ordenación de los derechos en cuestión. Esta ordenación es lo que la doctrina denomina regla de precedencia condicionada entre principios en colisión, esto significa que deberá considerarse una cierta regla que establecerá los requisitos y condiciones por los cuales un principio precede a otro según las circunstancias concretas, vinculando asimismo las consecuencias jurídicas que dicha operación conlleve.

Para elaborar esta regla se debe constatar ciertos requisitos de procedencia que permitirán la aplicación de la ponderación en cada caso, ya que no toda norma o medida restrictiva de un derecho merece ser ponderada.

⁷⁰ Baquerizo Minuche , op.cit. pág. 33.

Estos requisitos que conforman el Test de proporcionalidad, (también llamado test alemán de proporcionalidad, por su origen germánico) son los siguientes:

- a) Fin legítimo. - Este derecho que está en pugna con otro principio o derecho debe presentar un fin constitucionalmente legítimo. Al indicar que se requiere la legitimidad del fin se ha querido significar que debe ampararse en un principio o valor constitucional, o que no estando prohibido por la constitución, sea coherente con su marco axiológico.
- b) Idoneidad o adecuación. - Este requisito implica que la medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental debe garantizar ser apta en orden a que logre el fin perseguido cual es proteger la finalidad legítima. “Si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada.”⁷¹
De tal manera que: “si se encuentra que la medida no es idónea para conseguir su propio fin se debe excluir la legitimidad de la intervención porque es claro que al no ser ella relevante para el valor constitucional que está invocando, se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio”⁷².
- c) Necesidad. - “La medida en cuestión debe ser dentro de las alternativas fácticas posibles, la que resulte menos gravosa o restrictiva respecto al derecho fundamental afectado por la intervención”⁷³. Se trata de comprobar que no existe otra medida que cumpliendo igualmente con su fin legítimo sea más benigna.
- d) Proporcionalidad en sentido estricto. - Este requisito consiste en “demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular (que protegen un bien constitucional o persiguen un fin legítimo) y entre los daños o lesiones que

⁷¹ Prieto Sanchis Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Pág. 200.

⁷² Baquerizo Minuche, op.cit. pág. 38.

⁷³ Ibídem, pág. 39.

de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor”⁷⁴.

Conforme a este teorema denominado por Robert Alexy: “Ley de la Ponderación”: Cuanto mayor sea insatisfacción o la afectación de uno de los principios, producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o de un derecho, mayor o más urgente ha de ser la necesidad de realizar el principio en pugna. O como lo ha dicho el Tribunal Constitucional español: “la medida objeto de control debe ser proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.”⁷⁵

Conforme a Robert Alexy, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos:

“La intensidad de la intervención: es preciso definir el grado de la insatisfacción o de afectación de uno de los principios;

La importancia de las razones para la intervención: se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;

“La justificación de la intervención: Debe definirse si la importancia de la satisfacción de principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁷⁶.

En resumen, el resultado de las valoraciones en relación con el grado de afectación o lesión de un principio, versus la importancia o urgencia de satisfacer un segundo principio en pugna, al igual que la valoración de la

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 40.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Ibidem*, Pág. 41.

justificación o falta de justificación de la medida en cuestión, será la que determine el peso definitivo que en el caso en concreto tienen los principios que se encontrarían en colisión.

3.8 Estructura de la Ponderación.

Para el derecho alemán la ponderación es una parte de un principio más amplio cual es el principio de proporcionalidad, este se divide en tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de adecuación busca determinar los fines de una medida y examinar si esa medida es adecuada para lograr ese fin determinado. Se trata de buscar los medios que provoquen menos perjuicio a otro. Esto no es otra cosa que una manifestación de la teoría del óptimo de Wilfredo Pareto, que señala que una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.

En segundo lugar tenemos el principio de necesidad que tiene por objeto elegir de entre dos medios que promueven un derecho, aquel que sea menos restrictivo o que tenga menor impacto en el otro. Vale decir si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra.

El tercer principio de proporcionalidad en sentido estricto dice relación con la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, este principio tiene por objeto establecer si la medida adoptada es razonable para el fin que se busca alcanzar. Este subprincipio equivale a la ley de ponderación, que señala: “Como alto sea el

grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”⁷⁷.

Por lo tanto, se puede señalar, que la ley de ponderación consta de tres pasos: primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. Segundo debe comprobarse la importancia del cumplimiento del principio contrario, y tercero, debe examinarse si la realización del principio contrario justificaría el perjuicio o incumplimiento del otro.

Estos subprincipios enuncian la idea de optimización, como ya hemos señalado, conforme al pensamiento de Robert Alexys “los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principios que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”⁷⁸.

La denominada ley de ponderación señala: “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta es la regla constitutiva para la aplicación de la ponderación del tribunal constitucional federal”⁷⁹.

Entre los detractores que tiene la ponderación, podemos señalar a modo de ejemplo a Jürgen Habermas, citado por Mario Daza Pérez, que sostiene que “la ponderación es un procedimiento arbitrario y salomónico, por la cual no está revestido el juez, para poder hacer eso, por lo que sería usurpar, competencias atribuidas por la constitución a otros poderes del estado.”⁸⁰

Conforme al planteamiento de Habermas, “el modelo ponderativo quitaría fuerza normativa a los derechos fundamentales y que a través de la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores, con ello perderían la primacía estricta que debería ser característica de los puntos de vista

⁷⁷ Bechara Llanos, op.cit. pág. 29.

⁷⁸ Ibídem, pág. 32.

⁷⁹ Ibídem, pág. 29.

⁸⁰ Daza Pérez Mario Felipe, La racionalidad de la Ponderación según Carlos Bernal Pulido. pág. 1.

normativos”⁸¹. Esto conduciría al peligro inminente de ablandamiento de los derechos fundamentales dando origen a juicios irracionales. Conforme a Habermas, “no hay parámetros racionales para ponderar”⁸².

“Porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”⁸³.-

Estas críticas se fundamentan, en que la ponderación abre la puerta al abuso de la argumentación, estableciendo parámetros subjetivos, específicos y por ello, faltos de universalidad, pudiendo caer en la arbitrariedad, y atentando contra la certeza jurídica. Por otro lado no permite establecer parámetros objetivos y estables en la solución de conflictos de derechos fundamentales por cuanto, estos fallos van sentando jurisprudencia, lo cual es de una importancia trascendental por cuanto permitirá en casos futuros resolver en forma similar, potenciales colisiones de derechos fundamentales evitando con ello la aplicación de criterios subjetivos y particulares, que atentan contra la corrección y la justificación y con ello contra la razón.

Por todo lo señalado con antelación y teniendo en cuenta que el hombre tiene una realidad individual asimismo una realidad social y que el hombre encuentra su plena felicidad solo viviendo en comunidad, no es razonable afirmar que los derechos de un hombre colisionan con los de otro, considerando que estos derechos fueron concebidos desde ese ámbito social.

Estos derechos que son un reflejo del hombre poseen unidad y coherencia que no se agota en la convivencia social del hombre. Por el contrario, estos derechos

⁸¹ Alexy , op.cit. pág.6.

⁸² Ibídem, pág. 7.

⁸³ Id.

buscan la máxima realización y felicidad del hombre como sujeto social, y teniendo como fin último el bien común.

Conforme a todos los argumentos señalados se puede afirmar que los conflictos de derechos fundamentales no existen, y por lo tanto, la controversia que deberá resolver el operador jurídico no se produce entre dos derechos fundamentales sino que se conformará a partir de dos pretensiones de dos individuos que invocan sus intereses particulares, no existiendo dicotomía alguna. Por lo tanto lo que tenemos en realidad es un litigio en el que dos individuos invocan derechos fundamentales como argumento de sus pretensiones o intereses, y la solución pasa por la correcta delimitación del contenido del derecho constitucionalmente garantizado, y para ello, será el operador jurídico quien deberá determinar quien se encuentra bajo la protección del derecho invocado y quien se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho.

“Por todo lo expuesto y “una vez rechazada la doctrina conflictivista de los derechos fundamentales, y advertida la esencial unidad y coherencia de la naturaleza humana y consecuente necesidad de armonización de los derechos que de ahí broten, no queda más que afirmar que los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasa necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional de los mismo.”⁸⁴

⁸⁴ Castillo Córdova, op.cit. pág.111.

CAPITULO CUATRO

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La mayor parte de la doctrina está conteste en sostener que las reglas clásicas de interpretación de la ley ordinaria, en especial las de los art. 19 a 24 del C.C. resultan insuficientes a la hora de interpretar la ley constitucional, y esto en razón de que se trata de una Ley Suprema, la cual en virtud del principio de jerarquía normativa, está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil.

De esta manera los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución exigen un mayor rigor a la hora de establecer y desentrañar el sentido exacto y verdadero alcance de los distintos preceptos constitucionales.

Es el Tribunal Constitucional el intérprete supremo para realizar esta labor hermenéutica, el que ha sido establecido desde el año 1981, asumiendo esta responsabilidad, y que a través de sus fallos ha ido definiendo criterios hermenéuticos y jurisprudenciales, los que tienen un rol fundamental para dar resolución a los diversos conflictos iusfundamentales.

Es necesario que esta labor interpretativa se ejerza considerando cada derecho y el respectivo bien jurídico protegido, como asimismo no se puede abstraer un derecho para hacerlo prevalecer sobre otro, el trabajo de interpretación del Tribunal Constitucional precisamente debe ajustarse a otros derechos con los que

debe coexistir buscando la mayor armonía entre sí, desentrañando su verdadero contenido y buscando sus fronteras inmanentes.

4.1 Interpretación Axiológica.

La Constitución es una unidad sistemática de principios y valores en cuya escala posee un lugar de primacía la libertad y dignidad del hombre, y esto lo podemos apreciar claramente en los artículos 1º, 4º, y 5º de la Carta Fundamental. Esto no significa que la Constitución crea estos derechos, sino que los reconoce, promueve y protege, y esta protección se plasma claramente en las acciones constitucionales de amparo o hábeas corpus y de Protección, como asimismo, el amparo extraordinario de derechos ante el Tribunal Constitucional.

Como señala el profesor Valenzuela Somarriva, “estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de la Constitución”⁸⁵.

Es así que no se puede desconocer que la Constitución tiene un contenido esencialmente valórico, que está íntimamente vinculado con la fuerza vinculante que tenga una constitución y con la posibilidad de que esa vinculación sea controlada por el Tribunal Constitucional, de esta forma es necesario que sea delimitado con precisión el material normativo sobre el cual se ejercerá ese control. Especialmente en lo que dice relación con el derecho a la libertad y dignidad del hombre, los que ocuparán siempre un lugar de preeminencia en el ordenamiento jurídico. De manera tal que a la hora de interpretar los derechos fundamentales se buscará desentrañar el verdadero sentido y alcance del derecho

⁸⁵ Valenzuela Somarriva Eugenio, Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional, pág.19.

en cuestión, buscando y teniendo en consideración primeramente como principio hermenéutico, el contenido axiológico del derecho y el bien jurídico protegido.

4.2 Principio de la Unidad de la Constitución.

Este criterio hermenéutico, que ha sido denominado por la doctrina “de la unidad de la Constitución” ha sido piedra angular en la jurisprudencia posterior del Tribunal, de esta manera no puede considerarse un precepto legal en forma aislada, muy por el contrario debe interpretarse conjuntamente con todas las prescripciones que guarden relación con una misma institución. Y este ha sido el criterio que ha sido aceptado en forma general tanto por la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales y extranjeros.

Como se ha señalado en forma reiterada, la Constitución es un todo orgánico, y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella.

De esta manera lo ha señalado el profesor Eugenio Valenzuela, “Las Cartas Fundamentales constituyen un sistema, es decir, un conjunto de valores, principios y normas destinadas a regir la convivencia de los pueblos en sociedad, utilizando una preceptiva homogénea, para lograr una misma finalidad, de manera tal que no resulta concebible que el sentido de una de sus disposiciones se aparte o contradiga el significado de las demás.”⁸⁶

⁸⁶ *Ibíd*em, pág. 27.

4.3 Interpretación Finalista o teleológica.

Este principio de interpretación tiene por objeto buscar cual es la finalidad de la norma jurídica, y este predomina por sobre su tenor literal ya que de esta forma se consigue una mayor certeza jurídica.

Toda norma tiene una ratio legis, vale decir, un fundamento que inspire el contenido y alcance de la norma, por lo tanto, en la interpretación de un derecho fundamental debe desentrañarse la finalidad del precepto que la contiene.

Conforme al profesor Eugenio Valenzuela, “la finalidad suprema y ultima de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre”⁸⁷. De manera tal que en la interpretación de la Ley Fundamental esta debe tender a la búsqueda de la dignidad del individuo, y en el caso que se encuentre en aparente colisión el interés del Estado con la libertad, deberá primar esta última, por cuanto no puede resultar incompatible la acción estatal con la libertad.

Este principio de interpretación teleológico, se plasma claramente en el art. 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con los artículos 1°, 4°, 5° inciso segundo, cuyo contenido es la primacía del hombre, y ante la duda frente al tenor literal de un precepto, debe interpretarse este prefiriendo el criterio finalista, considerando la libertad de la persona como un valor supremo sobre cualquier interés del Estado, por cuanto el fin último del Estado es la protección y garantía de las libertades de la persona humana.

⁸⁷ Ibídem, pág. 28.

4.4 Presunción de Constitucionalidad.

Dentro de las reglas de interpretación aplicadas por el Tribunal Constitucional se puede señalar el método de presunción de constitucionalidad o presunción de legitimidad, como uno de los métodos más utilizados por Tribunal Constitucional, de manera tal que ha ido sentando jurisprudencia a través de sus fallos.

Si se toma como base la premisa de que toda norma es válida y legítima si ha sido aprobada por los Poderes del Estado, se puede afirmar que sólo se puede declarar su inconstitucionalidad cuando los jueces lleguen a la íntima convicción más allá de toda duda razonable, que un precepto legal no es posible armonizarlo con la disposición de la Constitución

Así lo ha señalado el profesor Valenzuela Somarriva, “Se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre un proyecto de ley y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”⁸⁸.

Será el intérprete quien deberá realizar un exhaustivo estudio de la norma secundaria para hacerla compatibilizar con el precepto constitucional, y luego de un análisis depurado de él, y una vez que los sentenciadores lleguen a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental podrá ser declarado inconstitucional este precepto legal.

⁸⁸ *Ibíd.*,pág. 35.

Se trata de agotar todos los criterios de interpretación, para alcanzar una compatibilidad y armonía entre la norma secundaria y la disposición de la Carta Fundamental.

De esta manera, como señala Hesse, citado por el profesor Nogueira, “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que en la solución del problema todos ellos conserven su entidad”⁸⁹.

Sin embargo, estas deben ser adecuadas a la realidad específica de las normas constitucionales del derecho público.

Por interpretación constitucional entendemos aquella que busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma no-constitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión, resaltando así el carácter práctico de esta actividad más que el aspecto meramente especulativo o teórico. De esta manera no se puede abstraer la interpretación constitucional de los problemas concretos. Dicha forma de entender esta ciencia, se ajusta muy bien al objetivo de la presente investigación cual es buscar soluciones a casos determinados en que se planteen aparentes conflictos de derechos fundamentales.

Conforme al profesor Valenzuela Somarriva, este método de interpretación tiene su fundamento en “la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley”⁹⁰.

Este método interpretativo parte de la premisa que el asunto sometido al conocimiento del tribunal será resuelto, fundándose en la presunción de constitucionalidad del precepto en cuestión. Luego teniendo en cuenta esta presunción de constitucionalidad, se buscará armonizar los preceptos que

⁸⁹ Nogueira Alcalá Humberto, La Interpretación de los Derechos Fundamentales, pág. 239.

⁹⁰ Valenzuela Somarriva, op.cit. pág. 36.

aparentemente están en colisión, teniendo a la vista la finalidad perseguida, sin desatender el verdadero espíritu de la ley más que a lo literal, como señala el artículo 19 del Código Civil, que establece: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”⁹¹.

Como corolario de lo señalado, se puede citar la sentencia de 3 de febrero de 2000, Rol N°304, que señala “que para resolver sobre la constitucionalidad del precepto, sometido a control obligatorio, era menester indagar sobre el contenido teleológico de la Ley Suprema, para obtener el auténtico sentido de su preceptiva, a fin de que sus disposiciones cobren flexibilidad debiendo estarse siempre más a su contenido sustantivo que a lo meramente formal”⁹².

4.5 Principio de la Razonabilidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han considerado este principio de la razonabilidad como un parámetro de interpretación constitucional, de esta manera tanto las normas y las leyes deben de estar en concordancia con los valores y principios supremos de la Constitución, cuales son el orden, la paz, seguridad, justicia libertad, etc...

Este principio de razonabilidad se puede estudiar desde dos aspectos, la razonabilidad como método genérico y la razonabilidad técnica.

La razonabilidad en términos generales es aquella regla utilizada por el Tribunal para fundar la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un

⁹¹ Código Civil, artículo 19.

⁹² Valenzuela Somarriva, op.cit. pág. 40.

determinado precepto jurídico dentro de la Constitución. En la aplicación del principio de la razonabilidad debe de buscarse siempre el ejercicio de éste dentro de cánones equitativos y prudentes, evitando siempre la afectación de la esencia de otros derechos.

Por otro lado el principio de la razonabilidad técnica, que para el profesor Valenzuela Somarriva, “constituye una especie del principio general”⁹³ se aplicaría cuando se produce una contradicción entre una disposición legal con el marco regulatorio que le otorga la Constitución, vale decir, cuando es vulnerado un derecho en su esencia. En estos casos la doctrina lo ha denominado como principio de la razonabilidad técnica, “en otras palabra debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”⁹⁴.

Esto está en plena concordancia con lo señalado por el profesor Valenzuela Somarriva, en cuanto a que “la razonabilidad se sustenta en el bien común, finalidad del Estado, que como lo dispone la Carta Fundamental, éste ha de promover con pleno respeto de los derechos fundamentales”.⁹⁵

Esto significa que una norma debe de estar fundada y justificada conforme a la ideología constitucional. “De esta manera se procura que la ley no solo no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino que los medios seleccionados tenga una relación real y sustancial con su objeto”⁹⁶.

La doctrina alemana ha logrado identificar con claridad los componentes de tal principio de razonabilidad, es así que ha indicado como tales: la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que han sido aceptados y reconocidos por nuestra jurisprudencia constitucional.

⁹³ Valenzuela Somarriva, op.cit. pág. 42.

⁹⁴ Ibídem pág.47.

⁹⁵ Ibídem, pág. 41.

⁹⁶ Nogueira Alcalá Humberto, La interpretación de los Derechos Fundamentales. Pág. 273.

4.6 La Historia Fidedigna de la Ley.

Este criterio de interpretación está consagrado en el artículo 19 del Código Civil, que establece: “se puede interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”⁹⁷.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en señalar como elementos constitutivos de este criterio de interpretación, “el mensaje del Presidente de la República o la moción de los parlamentarios que originan el proyecto respectivo; la discusión de éste en el Congreso Nacional, ya sea en las correspondientes Comisiones de ambas Cámaras o en la Sala de dichos cuerpos legislativos contenidas en las actas respectivas; la opinión de los senadores y diputados durante la discusión, siempre que existan antecedentes fehacientes que ellas fueron compartidas por la mayoría del Congreso y las fuentes y la opinión de los tratadistas tomadas en consideración por el legislador”⁹⁸.

4.7 La Seguridad Jurídica como Criterio Hermenéutico.

No obstante no existir consenso en cuanto a aceptar la seguridad jurídica como un criterio de interpretación de constitucionalidad, ya que existen opiniones diversas en cuanto se trataría de un derecho fundamental, para otros se estaría hablando de un valor, o un elemento propio del Estado de Derecho, según el profesor Valenzuela Somarriva, definitivamente constituye un elemento de interpretación conforme al cual “el juez debe recurrir para interpretar adecuadamente la Constitución, puesto que es connatural a toda Carta Política que se precie de democrática”⁹⁹.

⁹⁷ Artículo 19, inciso 2° del Código Civil.

⁹⁸ Valenzuela Somarriva op.cit. pág. 49.

⁹⁹ Valenzuela Somarriva, op.cit. pág. 54.

Y esto, porque precisamente por medio de los diversos fallos que crean criterios jurisprudenciales, conjuntamente, proporciona certeza jurídica, respecto de cómo deben ejercerse los derechos en plenitud, y sus eventuales consecuencias en caso de transgredirlos.

La certeza jurídica más que un derecho fundamental es un elemento vital del Estado de Derecho, consagrado en la Constitución, significa esto, que toda persona ha de tener la seguridad que su comportamiento está dentro de lo lícito, como asimismo, conocer las consecuencias de sus actos y conductas en caso de infracción a la ley. La ausencia de dicha seguridad jurídica, generaría un clima de incertidumbre política social y económica que provocaría caos y desazón además de no lograr la consecución de su fin último, cual es la regulación de la convivencia pacífica de los pueblos en sociedad.

Cabe agregar, que conforme a lo ha señalado el profesor Valenzuela Somarriva, “estamos frente a un concepto que no es absoluto, sino relativo, pues no resulta admisible cobijarse, siempre, en su seno-strictu sensu-, porque ello transformaría a las Constituciones en documentos pétreos que caerían en el desuso, de acuerdo con el devenir cambiante de las exigencias políticas, sociales o económicas de los pueblos”¹⁰⁰.

4.8 La Prudencia como elemento de interpretación.

El Tribunal Constitucional ha considerado la prudencia como un elemento de interpretación trascendental a la hora de determinar el sentido de las normas constitucionales.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 55.

La prudencia, de acuerdo a su sentido natural y obvio, consiste en discernir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello.

Esta virtud, es una característica esencial que debe poseer todo operador jurídico, juez o intérprete, ya que uno de los rasgos principales de las normas constitucionales es la generalidad, esto hace necesario precisar el verdadero sentido y alcance de la norma, a fin de evitar desvirtuarla o excederse en la aplicación de la ley constitucional más allá de lo necesario y permitido por la Constitución.

4.9 La inconstitucionalidad derivada.

Este criterio de hermenéutica, es una extensión de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, de manera que “si la Magistratura declara inconstitucional un precepto de un proyecto de ley o una norma contenida en un decreto supremo, es natural y congruente que también queden afectadas con iguales consecuencias, tanto aquellas otras disposiciones, que sin la expulsada del ordenamiento jurídico carezcan de sentido...”¹⁰¹

Este criterio se aplicó en la sentencia de 28 de julio de 1998 que expresa lo siguiente:

“Declarado por el tribunal que un determinado artículo de un proyecto es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado”¹⁰².

A contrario sensu, “si, eliminada la parte inconstitucional, la que subsiste se completa por sí y puede ser ejecutada conforme a la intención aparente de la

¹⁰¹ Ibídem, pág. 63.

¹⁰² Ibídem, pág. 65.

legislatura, con prescindencia completa de la parte que se suprimió, debe ser mantenida”¹⁰³.

De esta manera se puede señalar que los Tribunales Constitucionales son los encargados de realizar la interpretación de la Constitución, y que en esta interpretación utilizan diversos criterios y principios, por cuanto la hermenéutica clásica, según la cual se interpretan las leyes ha resultado ser insuficiente, y esto por la supremacía de la ley constitucional, que sin prescindir de los criterios clásicos que establece el Código Civil, ha recurrido a un criterio más depurado, y preciso para delimitar el contenido esencial del derecho fundamental, procurando la conjunción de los diversos preceptos y normas legales, y así alcanzar una interpretación armonizadora. Por lo tanto los intérpretes de la Constitución precisan agotar los diversos principios y criterios de interpretación constitucional, para lograr desentrañar el verdadero sentido y alcance del precepto constitucional, con el objeto de evitar caer en arbitrariedades sin perder de vista los fines de la Constitución cuales son la libertad, la justicia y el bien común.

Analizada la problemática de la existencia o no de colisión de derechos fundamentales, se desarrollará la configuración constitucional y legal del derecho a la vida privada y el derecho de acceso a la información.

Es necesario, al estudiar estos derechos, no soslayar otros derechos igualmente importantes y garantizados por la Constitución y protegido por el ordenamiento jurídico, tales como el derecho a la honra y el derecho a la libertad de información por cuanto están estrechamente vinculados.

En este estudio, se intentará perfilar conceptualmente el derecho a la privacidad versus el acceso a la información al igual que otros derechos, como la honra y la vida privada, y describir el apoyo que todos ellos receptan en la ley fundamental.

¹⁰³ Id.

Tomando tales elaboraciones conceptuales y jurídicos se exploraran algunas interferencias y tensiones que pueden generarse, y que de hecho sucede, entre el acceso a la información, por una parte, y el derecho a la honra y la vida privada, por la otra; las que no pueden ser solucionadas a priori in abstracto.

Ciertamente, cuando hablamos del derecho a la información y el derecho a la honra y a la vida privada no se puede dejar de enfocar el tema desde un punto axiológico, por lo que no estarán ausentes, entre otras, alusiones a: la íntima vinculación entre libertad de expresión e información y el respeto a la democracia, teniendo siempre presente que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se cercenan tales libertades y el efectivo desarrollo del proceso democrático.

Estas libertades que tienen un carácter preferente en una sociedad democrática, por su principal objetivo, cual es el desarrollo y la protección de los derechos humanos y el control del poder público, no le otorga indemnidad a la prensa, muy por el contrario le impone y demanda a ésta un ejercicio ético y socialmente responsable. Pero asimismo el derecho a la libertad de expresión e información advierte la prohibición de censura previa o de cualquier interferencia o presión directa o indirecta que afecte a las mencionadas libertades, garantizando que las eventuales responsabilidades de la prensa sean siempre ulteriores.

Cabe destacar que es distinto el umbral de protección que receptan frente a la prensa los funcionarios públicos, o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, de políticos, y de funcionarios de empresas estatales, por cuanto estos últimos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, por cuanto se debe evitar todo tipo de presión, interferencia o censura previa, de tal manera que se garantice que las eventuales responsabilidades de la prensa sean siempre ulteriores.

CAPITULO CINCO

LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Tal vez puede resultar difícil determinar y delimitar el derecho a la libertad de información cuando se enfrenta con el derecho a la vida privada, porque por un lado el derecho a la información está íntimamente vinculado con el concepto de democracia, y si bien es cierto que cuando se obstaculiza la oportuna, fehaciente y libre información se afecta el desarrollo del proceso democrático, no es menos cierto que esta garantía, encuentra como limite el derecho la vida privada y el derecho a la intimidad.

De tal manera que este derecho a la información exige de parte de los medios de información que esta actividad sea ejercida siguiendo estrictos patrones de ética y responsabilidad y teniendo en cuenta que todos los derechos deben ser respetados en su contenido y dentro de sus límites internos, vale decir buscar el núcleo esencial del derecho, debiendo aplicarse los criterios de interpretación, compatibilización y armonía, evitando la afectación arbitraria del otros derechos y libertades.

Se puede afirmar desde un plano general y primario que la libertad de expresión se manifiesta de dos formas específicas: la libertad de información y la libertad de opinión. Entre estas dos garantías constitucionales se puede señalar que existe una delgada línea que separa las libertades de información y de opinión, por una parte la primera está más limitada y es susceptible de un control de veracidad, mientras que la segunda no está sujeta a ningún tipo de vigilancia a primera vista.

Conforme a la autora M. Angelica Gelli, se puede afirmar que: “la libertad de información integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión: incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquellas, los derechos a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena, y a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal, guardando silencio y no transmitiendo parte de la noticia lo cual en ocasiones consiste en no indicar quien la genera”¹⁰⁴.

El derecho a la libertad de opinión conforme a Nogueira, constituye “ la facultad de la persona para expresar de cualquier forma y por cualquier medio, sin censura previa, su universo moral, cognitivo y simbólico, vale decir, lo que tiene su origen y desarrollo en la esfera psíquica de la persona y es explicitado de propia voluntad (lo que cree lo que piensa, sabe o siente), a través de ideas y juicios de valor (sin que ellos constituyan en sí mismos vejaciones o insultos, innecesarios para expresar ideas), los que por su naturaleza, son objetivos, pudiendo intercambiarlos y difundirlos. Tal derecho incluye el guardar silencio y no emitir opinión”¹⁰⁵.

Como se puede observar al hacer un paralelo entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, el primero no reconoce límites, mientras que el segundo, conforme señala el profesor Nogueira “es la facultad de la persona para ser informada recibir y transmitir, sin censura previa (con excepción de la protección de los menores y adolescentes), recibir de cualquier forma y por cualquier medio, información veraz,¹⁰⁶” exige la veracidad de la información.

De esta manera lo ha establecido la Constitución española, que en su Art. 20.1.inc. . “a” reconoce y protege el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; mientras que en el inc. “d” da cobertura tuitiva a la

¹⁰⁴ Gelli, María Angélica, Convergencia de las doctrinas, y de la real malicia” La Ley, T° 1198- B- Buenos Aires, pág. 295.

¹⁰⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, dic. 2004. pág.141.

¹⁰⁶ Ibídem, pág. 142.

libertad de información, literalizando la protección del derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”¹⁰⁷.

Y esta diferencia en el tratamiento de estas dos libertades encuentra justificación en la protección y promoción de la democracia, por cuanto en una sociedad democrática y tolerante no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, reconociendo como límite la veracidad de las opiniones vertidas.

En armonía con lo señalado precedentemente, se manifiesta la Constitución Política de Colombia en su art. 20, respecto del cual la Corte Constitucional de dicho país ha dicho en el Fundamento 22 de la sentencia T-066 de 1998: “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación que es aceptada en la doctrina y jurisprudencia de otros países y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así mientras que por un lado el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera se refiere al derecho que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.”¹⁰⁸

Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión a primera vista no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones cuales son: la veracidad y la imparcialidad. No obstante como señala Eduardo Bertoni: “algunas veces la opinión encierra afirmaciones fácticas de las que sí podría exigirse prueba”¹⁰⁹.

El derecho a la información y a la libertad de expresión ha tenido un importante acrecimiento cuantitativo y cualitativo del área de protección de la libertad de

¹⁰⁷ Bazán Víctor, El derecho a la Vida Privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. Estudios Constitucionales, Año 6, N°1, 2008, Pág.106.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ Ibídem, pág.107.

expresión por vía de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo etc... es así, que todos estos instrumentos coinciden, como más adelante se señalará en forma más explícita, en el punto al derecho a no ser molestado a causa de las opiniones. Pero por otro lado esta libertad de expresión que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, tiene ciertas limitaciones las que deberán estar establecidas previamente por ley, y tienen por objeto asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás individuos, como asimismo, garantizar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que la libertad de expresión se puede manifestar de dos formas, una es la dimensión individual, y se manifiesta en el derecho que tiene cada persona en expresar su propio pensamiento, y otra dimensión social, que se traduce en un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. “Ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos del Art. 13 de la CADH”¹¹⁰.

En armonía con lo señalado precedentemente, “El Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión y aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre de 2000, señala: que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la existencia de libertad de expresión; que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; que garantizando el derecho de acceso a la información en poder

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 109

del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos de gobierno, afianzando las instituciones democráticas: y que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información”¹¹¹.

En este sentido, La Carta Democrática Interamericana (aprobada el 11 de septiembre de 2001 por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas), señala: “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”¹¹².

Como corolario de los principios señalados con antelación, la Corte IDH ha concluido que “existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”¹¹³.

En relación al derecho de libertad de expresión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de las limitaciones o restricciones autorizadas a la libertad de opinión e información, señala: “La única restricción autorizada por el art. 13 (de la convención Americana sobre Derechos Humanos) es la imposición de responsabilidad ulterior... cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidas en el mismo debe efectuarse mediante la

¹¹¹ Id.

¹¹² *Ibidem*, pág. 110

¹¹³ *Ibidem*, pág. 111.

responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido este derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”¹¹⁴.

Cabe señalar que las responsabilidades ulteriores deben estar establecidas previa y expresamente en un precepto legal formal, debiendo interpretarse restrictivamente por cuanto constituye un límite externo a un derecho constitucional, debiendo cumplir además con los requisitos que determina como elementos mínimos la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido rigurosa en exigir como requisito el principio de legalidad para hacer efectivas las responsabilidades que derivan del ejercicio ilegítimo del derecho de la libertad de opinión e información.

De esta manera, La Opinión Consultiva N°5 determinó que para hacer efectivas las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión en forma válida es necesario tener en consideración que:

“El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines”¹¹⁵.

De esta manera se puede concluir, que existe consenso a nivel regional y universal en cuanto a la importancia que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática, constituyendo ésta, la piedra angular en que se funda

¹¹⁴ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites. Pág. 124.

¹¹⁵ Id.

cualquier estado de derecho que se plasma en una ciudadanía plenamente informada a fin de poder optar libremente por las diversas decisiones políticas que le impone su deber cívico.

CAPITULO SEIS

DEL HONOR Y LA VIDA PRIVADA.

Ciertamente, el principal rol de todo ordenamiento jurídico debe ser el reconocimiento de los derechos asegurando que éstos sean debidamente delimitados conforme a su contenido esencial. Esta delimitación debe permitir identificar el bien jurídico protegido, y distinguir cuando se está ejerciendo legítimamente un derecho y cuando se ha sobrepasado el ámbito del ejercicio de ese derecho, debiendo el operador jurídico buscar una solución mediante la aplicación de criterios de interpretación, donde deben primar los principios de armonización y compatibilización entre los derechos en colisión.

En este capítulo se buscará perfilar el derecho a la honra y la vida privada, en relación con el derecho a la información, analizando criterios de solución de conflictos entre tales derechos.

Si tomamos como premisa que el derecho a la protección de la honra y a la vida privada, constituye una facultad que emana de la dignidad humana, es indiscutible que esta no puede ser violada por el derecho a la información, sino por razones de mucho peso y que deben estar establecidas previa y legalmente.

Por otro lado, hay que señalar que es distinto el umbral de protección que tienen los particulares frente al derecho a la información respecto de los funcionarios públicos, o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, de políticos e información que poseen las instituciones estatales, partiendo de la base que estos últimos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, ya que estos se sitúan libre y voluntariamente al escrutinio social que conlleva la función pública, cuyo pilar fundamental es el principio de la transparencia a que

están sometidos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado.

Ante este trato diferente hay que especificar y distinguir que es lo privado y que es lo que debe o pertenece al ámbito público y por el qué de este trato disímil.

Las personas públicas, son aquellas personas que ejercen cargos de autoridad pública, de esta manera los límites a la crítica permitida son más amplios respecto de un personaje público en lo que respecta a sus actuaciones en el ejercicio de sus funciones de tal.

Como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos, “el situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos”¹¹⁶, de tal manera que sus gestos, sus actos y comportamientos, quedan bajo la mirada escrutadora, tanto de los medios de prensa, como de la ciudadanía, y por ello debe mostrarse más tolerante.

Es importante que la función pública se realice sujeta a reglas de transparencia y publicidad, para evitar situaciones de falta de probidad, y otros tipos de irregularidades, por cuanto las personas públicas son elegidas democráticamente para representar y administrar a los gobernados, y están sometidos en mayor medida a la observación del público. Empero, que hay que distinguir que información tiene relevancia y debe ser de conocimiento público, y cuál queda en la esfera de lo privado por no tener real importancia o no corresponder a sus funciones públicas y por lo tanto quedan amparadas por el derecho a la privacidad.

¹¹⁶ Nogueira Alcalá Humberto, Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión y los derechos a la honra y la vida privada. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, Diciembre 2004, pág. 146.

6.1 Delimitación del derecho al respeto y protección de la vida privada en el bloque constitucional.

La privacidad es una emanación de la dignidad de la persona, por lo tanto constituye un derecho fundamental protegido por la Constitución, que consiste en respetar ciertos espacios de la persona los que están vedados a la exposición pública. La Constitución garantiza dicho espacio protegiéndola de intromisiones e injerencias de terceros es así que en su artículo 19 señala: “La constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de toda su familia”¹¹⁷.

Asimismo, garantiza y protege la privacidad del hogar previniendo, “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley”¹¹⁸.

En este espacio de intimidad es la persona quien pone los límites a injerencias de terceros, será el individuo quien decide en qué medida mantiene en reserva dicho ámbito de privacidad.

Concordante a esta idea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 17, precisa: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...” agregando: 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.¹¹⁹

La convención Americana de Derechos Humanos, en términos similares, en su artículo 11, señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...” ,

¹¹⁷ Constitución Política, artículo 19 N°4.

¹¹⁸ Constitución Política de la República, Art. 19 N°5.

¹¹⁹ Nogueira Alcalá Humberto, El Derecho a la Libertad de opinión e información y sus límites, Pág. 146.

agregando: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencia o esos ataques”¹²⁰.

Como se puede observar estas normas no delimitan ni configuran el derecho a la vida privada dejando dicha tarea al legislador, la doctrina y jurisprudencia.

Es en Estados Unidos de Norteamérica donde el concepto de vida privada se empieza a dar a conocer a fines del siglo XIX, luego que el juez americano Cooley, definiera la privacidad como “el derecho a ser dejado tranquilo, a ser dejado en paz, el derecho de estar solo; Right to be alone”.¹²¹

El concepto de vida privada ha ido variando con el correr del tiempo, de tal forma que se puede definir como aquel círculo más reducido donde el individuo se desenvuelve más relajadamente con su familia, amigos y cercanos en cuanto se siente cómodo y distendido.

Humberto Nogueira ha definido el derecho a la protección de la vida privada como “la facultad de las personas a mantener un ámbito de su vida fuera del conocimiento público en el cual desarrolla acciones que se inician y concluyen en el sujeto que las realiza, como asimismo concreta relaciones francas, relajadas y cerradas que trascienden solo a la familia o aquellos con los que determina compartir, siempre y cuando tales actuaciones y relaciones no dañen a otros, no sean delitos o no sean hechos de relevancia pública o que afecten al bien común”¹²².

Lo privado conceptualmente, es un ámbito no público, el cual se excluye del conocimiento público, en el que se practica un determinado tipo de relaciones interpersonales, entre ellas se debe incluir cierto tipo de relaciones profesionales como por ejemplo, las que tiene el médico con su paciente o el abogado y su

¹²⁰ Id..

¹²¹ Ibidem, pág. 147.

¹²² Nogueira Alcalá Humberto, Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, Dic. 2004, Pág.141.

patrocinado, las que están estrechamente vinculadas con la confianza y la privacidad.

La vida privada comprende a la vez, el concepto de intimidad. La intimidad, es aquel espacio del individuo, que desea conservar en su plano interior, personal que no desea ser develado al conocimiento de los demás, es aquel espacio de la persona que desea mantener lejos del conocimiento y de intromisiones ilegítimas de terceros y que debe ser respetado y protegidos por el ordenamiento jurídico para garantizar un mínimo de calidad de vida humana.

En armonía con este concepto, el Diccionario de la Real Academia Española ha definido Intimidad, como aquella zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Conforme a Humberto Nogueira A. “el derecho a la intimidad es la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado. La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional”¹²³.

Otros autores han señalado que el derecho a la privacidad comprende el derecho de la intimidad, que tiene un carácter más estricto, y dimensión individual y que abarca como aspectos básicos la concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros.

Sagües, autor argentino distingue dos tipos de acciones privadas, las internas y las externas.

“Las acciones privadas internas están constituidas por los comportamiento o conductas íntimas o inmanentes, que principia y concluyen en el sujeto que los realiza, no trascendiendo de éste, comprendiendo los hechos o actos efectuados en absoluta privacidad o de los que nadie puede percatarse”¹²⁴.

¹²³ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Pág. 147.

¹²⁴ Ibídem, pág. 148.

Por el contrario las acciones privadas externas, son aquellas “conductas o comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza, siendo conocidas por los demás, pero que no afectan ni interesan al orden o la moral pública, ni causan perjuicios a terceros, vale decir, no afectan al bien común”¹²⁵.

Estos espacios son parte de la vida privada de las personas y su familia que el Estado debe proteger y garantizar mediante recursos especiales con el fin de evitar las injerencias arbitrarias e ilegales a que se puedan ver expuestas o amenazadas las personas por el morbo o falta de escrúpulos de terceros.

Por el contrario, las acciones públicas son acciones externas que necesariamente deben difundirse y darse a conocer al público, ya que pueden afectar el orden o la moral pública o causar daños a terceros por lo que el Estado puede regularlas y, eventualmente prohibirlas.

Conforme al autor argentino Espin Templado, la vida privada es “el conjunto de circunstancias y datos relativos a la vida de una persona que quedan fuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlo o de ponerlo de manifiesto por parte de la persona afectada y al margen, naturalmente, de las personas que comparten con ellos aspectos más o menos amplios de su vida.”¹²⁶

“Dentro del ámbito de la intimidad se sitúan las creencias religiosas, filosóficas y políticas que la persona no desea que sean conocidas por los demás: aspectos de la vida y relaciones sexuales; relaciones familiares; aspectos de salud o anomalías físicas o psíquicas no evidentes; las comunicaciones privadas; las funciones fisiológicas, los momentos de abatimiento y agonía de las personas”¹²⁷

En el ordenamiento jurídico chileno es la ley la que fija la esfera de la vida privada de las personas, empero que no realice una enumeración taxativa, por cuanto

¹²⁵ Id.

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Ibídem, pág. 149.

entrega en gran medida esa labor a la jurisprudencia de los tribunales de justicia. De esta manera, la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, en su artículo 2° literal g), señala que:

“son datos sensibles aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”¹²⁸.

Asimismo el artículo 19 N° 4 de la Constitución protege la honra de la persona y su familia, haciendo extensiva esta protección a los fallecidos, protegiendo de esta forma su imagen.

La Constitución Política de la República, lo que garantiza es el derecho a poseer una vida privada pero entregando a la persona la libertad de decidir y controlar que parte de su vida permite que se haga pública, o sea difundida. “Así las personas no renuncian a la protección de su derecho a la vida privada sino a la calificación del acto o actividad como perteneciente a su vida privada o íntima, o a la renuncia a la protección legal de dicho acto o actividad”¹²⁹

La constitución en el artículo 19 N° 4, asegura la vida privada de la persona y esta protección engloba la intimidad corporal frente a toda indagación o investigación que se trate de imponer a una persona contra su voluntad, protegiendo su pudor de intromisiones o injerencias en aquella esfera íntima, todo ello conforme a los criterios y cultura moral de la sociedad. Ahora bien, existen situaciones en las que la intimidad personal puede ceder ante ciertas exigencias, ya que éste no es un derecho absoluto, y puede verse afectado sólo por decisión judicial en resguardo del orden público y bien social, de esta manera no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se solicitan pruebas biológicas para establecer la paternidad o ó maternidad en un juicio de filiación, ya que de ella derivaran los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos.

¹²⁸ Ley 19.628, Art. 2°, literal g.

¹²⁹ *Ibíd*em, pág.150.

6.2 Vinculación entre el Derecho de honor, la vida privada y la intimidad.

Perfilar el derecho a la honra u honor es complejo, por cuanto tiene una significación y connotación variada dependiendo mucho del lugar, la sociedad y época, es así que podemos encontrar diversas analogías como honra, aprecio, fama, dignidad y honor.

En lo que concuerdan todos los ordenamientos jurídicos es que es un derecho protegido constitucionalmente, ya que constituye una facultad que emana de la dignidad humana y de su realidad de persona inserta en la sociedad.

Este vocablo tiene una doble dimensión, la dimensión de heteroestima, constituida por el aprecio de los demás en relación a nuestros comportamientos, como también una dimensión de autoestima dada por la autenticidad de su accionar, protegiendo la verdad e integridad de la persona y sus actos y comportamientos sociales.

De esta manera la honra de la persona se afecta tanto por el hecho de atribuírsele una fama que no le corresponde, por estar basada en hechos falsos, como asimismo, por sus actuaciones y comportamientos que signifiquen una violación del orden jurídico o de sus obligaciones éticas. La protección de la honra debe posibilitar recomponer las cosas en su justo término y preservar la verdad de la persona y sus actuaciones.

En un ordenamiento que protege y promueve la dignidad de la persona no se puede mantener una concepción de la honra u honor sólo como la reputación de la persona o la buena fama que presenta ante terceros y la sociedad, sino que debe asegurar y proteger la verdad, integridad y autenticidad de la persona a través de sus actos y comportamientos. La persona se deshonra o afecta su honor, degradándolo, cuando proyecta actos y comportamientos que buscan construir

una reputación falsa, como asimismo, cuando desarrolla actos y comportamientos que vulneran sus compromisos y obligaciones familiares y sociales. Por ello, la información de datos, actuaciones o comportamientos de una persona nunca pueden constituir una afectación arbitraria o antijurídica del honor u honra de la persona, como es la tendencia en el derecho comparado en el ámbito penal. (Códigos penales de Austria, Alemania, Brasil, España, Francia, Suiza entre otros).

El concepto de honor tiene un doble carácter, objetivo, que es la fama adquirida por la virtud y el mérito y el subjetivo, que es la estima y respeto de la propia dignidad.

De esta forma lo ha manifestado Marc Carrillo, citado por Nogueira, “El honor tiene una doble vertiente desde el punto de vista de su contenido. Desde una perspectiva subjetiva, es el sentimiento de estimación que una persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral, mientras que en una perspectiva objetiva se trata de la reputación, buen nombre o fama de que goza ante los demás”¹³⁰.

Para Carlos Soria “El honor y la honra se presenta en el panorama jurídico como bienes de la personalidad, como derechos humanos relacionados accidentalmente con la perfección o dignidad de la persona”¹³¹.

Nuestro ordenamiento jurídico no entrega una definición de honor, pero reconoce y protege constitucionalmente su aspecto objetivo en el artículo 19 N° 4, en dicho artículo asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”¹³². Asimismo protege los atentados contra la honra y el honor en su código penal, tipificando estos delitos como injuria y calumnia en los artículos 412 y 416.

En nuestro ordenamiento jurídico, los tribunales superiores de justicia han distinguido un concepto subjetivo de honor y otro objetivo de honra. De esta

¹³⁰ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Pág. 127.

¹³¹ Ibídem, Pág. 128.

¹³² Constitución de la República. Art. 19 N° 4.

manera se ha establecido que el honor “corresponde por una parte, a la propia estima que cada persona tiene de sí misma o autovaloración, en lo que existe una buena dosis de orgullo y amor propio y, por la otra, el sentimiento propiamente del honor, o sea la voluntad de afirmar el propio valer ante los demás, aspecto en el cual se puede atentar contra el honor subjetivo con la denominada injuria contumeliosa”¹³³.

Por el contrario, el honor objetivo, equivale a “la reputación, es decir lo que los demás piensan de una persona determinada contra el cual se atenta por medio de la injuria difamatoria”¹³⁴.

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho al honor objetivo, vale decir la reputación o buena fama que los terceros tienen de la persona, ya que éste forma parte de la convivencia social y es la que regula el derecho, toda vez que constituye la protección de la dignidad del ser humano. Esta protección se extiende a también a los familiares fallecidos, ya que al afectar con ataques a una persona fallecida, se ve afectada la propia honra, por lo tanto es un derecho de los familiares. De esta manera la garantía de la protección de la honra se extiende a la familia de la persona, los cónyuges, ascendiente, descendientes y parientes colaterales por consanguinidad o afinidad.

El derecho al honor tiene una protección constitucional a través de la acción de protección (artículo 20) y una protección penal a través de los tipos legales de la injuria y la calumnia (arts. 412 y 416 del Código Penal)¹³⁵.

Conforme a lo expuesto por Nogueira Alcalá, el honor objetivo u honra es protegible frente a la intromisión ilegítima –por medio de informaciones inexactas u ofensivas- que viole el buen nombre de la persona o de su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada que por su naturaleza afectan su reputación: al tiempo que la vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad, el que consiste –en la visión

¹³³ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Pág. 130.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ Arts. 412 y 416, Código Penal.

del autor citado- en la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado.

El derecho al honor y a la honra encuentra también protección en diversos instrumentos internacionales, de esta manera la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 expresa, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación”¹³⁶.

Asimismo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 02 de mayo de 1948, contenía una Declaración análoga, la que se perfecciona en la Convención América de Derechos Humanos aprobada en San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 11 precisa:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”¹³⁷.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1996, viene a complementar estos instrumentos jurídicos, señalando en su artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”¹³⁸.

¹³⁶ Alcalá Nogueira Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, Pág. 126.

¹³⁷ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites, pág., 126.

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 127.

De la misma manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, también establece en su artículo 11, la protección del derecho al honor y la honra, estableciendo:

“Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”¹³⁹.

“Este derecho a la honra de la persona y su familia tiene el carácter de derecho de ejecución inmediata (self executing) en su contenido asegurado por la Constitución y el derecho internacional convencional de los derechos humanos ratificados por Chile y vigente”¹⁴⁰.

6.3 Límites del derecho a la vida privada.

Como ya hemos señalado, el derecho de un individuo encuentra como límite el derecho de otro, de tal manera que el derecho a la privacidad o a la vida privada tiene como límite la ejecución de acciones que repercutan en otras personas, trascendiendo al primer sujeto cuando tales acciones tengan un carácter antijurídico, independientemente de la voluntad de la persona de mantenerlos en reserva, como puede ser el caso de corrupción de menores, planeación de delitos, etc.

De esta manera es pertinente consignar el pensamiento de Ponzetti de Balbín citado por el autor Víctor Bazán que señala, “el derecho a la privacidad, comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Id.

otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”¹⁴¹.

Un segundo límite a la privacidad es la decisión jurisdiccional donde existen delitos vinculados con la vida de las personas; juicios civiles, laborales, de menores, en los cuales existan como puntos de prueba ámbitos específicos de la vida privada.

También la legislación penal a través de la ley N° 19.423 establece el párrafo 5° del título IV del libro II del Código Penal, denominado “De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia” donde se sanciona la incursión ilegítima en el ámbito de la vida privada en los artículos 161 a) y 161 b) del Código Penal.

¹⁴¹ Bazán Victor, El derecho a la vida privada y el derecho a la información en la doctrina y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pág. 120.

CAPITULO SIETE

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Desde los albores de nuestra República, y ya en las primeras constituciones se comienza a esbozar en forma sucinta el principio de transparencia y el acceso a la información pública, es así que se puede citar a modo de ejemplo:

“El Plan de Hacienda y Administración Pública, de 1817, se refiere a la publicidad de las cuentas, a través del Tribunal de Cuentas”¹⁴².

Asimismo, la “Constitución Política de 1822, alude a la publicidad de la ley y de la Constitución como, asimismo, a la existencia de un Registro Público de Personas Privadas de Libertad”¹⁴³.

Igualmente, en la misma línea, la “Constitución liberal de 1828 establece por primera vez la rendición de cuentas”¹⁴⁴.

De esta manera podemos observar que desde los inicios del siglo XIX el derecho público ha tenido un importante enriquecimiento en aras de la aplicación del principio de transparencia y la publicidad en el ejercicio de la función pública.

Conforme a lo señalado por el profesor Cea Egaña existirían tres reglas de oro que han sido incorporadas a nuestra Carta Fundamental, estas son:

“la separación de poderes con frenos y contrapesos; la delimitación de las potestades radicadas por la Constitución en cada uno de ellos, favoreciendo así el ejercicio de la libertad individual y social; y la transparencia en el servicio de ellas

¹⁴² Navarro Beltrán Enrique, Bases Constitucionales del principio de transparencia. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año 1, N°1 (2013), Transparencia y Acceso a la Información. pág. 144.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Id.

y de todas las funciones públicas, principio con el cual se halla vinculada la probidad en la consecución del bien común”¹⁴⁵.

Esta teoría de la división de los poderes fue formulada ya por Montesquieu, quien señaló la necesidad de la vigilancia recíproca de ellos para asegurar la defensa de la libertad política.

Esta regla se encuentra plasmada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”¹⁴⁶.

Esta teoría que tiene como piedra angular este enfoque tridimensional, se hace extensivo a todos los órganos constitucionales, sin excepción, incluyendo al Tribunal Constitucional, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Banco Central.

De esta manera según señala el profesor Cea, esta teoría da lugar al siguiente axioma:

“La autoridad no tiene más atribuciones que las expresamente entregadas de antemano en la Carta Fundamental y en las leyes dictadas con sujeción a esta, habilitación que ha de ser comprendida, interpretada e implementada estrictamente para que el principio no se convierta en excepción”¹⁴⁷.

Nuestra Constitución ha sido objeto de grandes reformas en relación al derecho de acceso a la información pública, de esta manera se incorporó el principio de probidad funcionaria y de transparencia de la función pública dando origen a un nuevo artículo, octavo, “que además de incorporar el principio de probidad, debiera expresarse que toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos,

¹⁴⁵ Cea Egaña José Luis, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año 1, N° 1-2013, Transparencia y Acceso a la Información. pág. 108.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pág. 109.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pág. 111.

contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto”¹⁴⁸.

Este pensamiento, se plasma en el nuevo artículo octavo de la Carta Fundamental, estableciendo lo siguiente:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones: Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”¹⁴⁹.

Asimismo se aprueba una nueva ley sobre acceso a la información pública, cual es la ley 20.285, de 2008, que establece en su artículo 5° lo siguiente:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece la ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”¹⁵⁰.

Y continúa: “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”¹⁵¹.

¹⁴⁸ Navarro Beltrán op.cit. pág. 151.

¹⁴⁹ Constitución de la República, Artículo 8°.

¹⁵⁰ Ley 20.285, Artículo 5°.

¹⁵¹ Ley 20.285, Artículo 5°.

Pero la Ley de Bases de la Administración del Estado, a fines de los noventa había sido modificada incorporando el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, expresando lo siguiente:

“De manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos contenidos fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”¹⁵².

Cabe hacer una aclaración, que la publicidad y la transparencia no son términos idénticos, “la publicidad se configura más bien como una obligación de los Órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios, mientras que la transparencia se vincula a los procedimientos contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derechos de las persona a ser informadas”¹⁵³.

Sin embargo el principio de publicidad ya fue concebido por el filósofo Inmanuel Kant, quien sostuviera que “ sin publicidad no habría justicia , pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría por tanto derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues residir en toda pretensión de derecho”.¹⁵⁴

A mayor abundamiento, como señala el profesor Navarro, ya el evangelista San Juan, hace alusión a la publicidad y transparencia, afirmando, “el que obra mal odia la luz y no se acerca a ella, por temor de que sus obras sean descubiertas”¹⁵⁵.

Los actos y en general la función pública deben transparentarse en primer lugar porque conforme con la C.E.D.H. el que ejerce una función pública “se expone inevitable y deliberadamente a una fiscalización atenta de sus actos y gestos , tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos y por ello debe

¹⁵² Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley 19.653.

¹⁵³ Navarro Beltrán Enrique, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, N° 1-2013, Transparencia y Acceso a la Información, pág. 153.

¹⁵⁴ Ibídem, Pág. 164.

¹⁵⁵ Id.

mostrarse más tolerante”¹⁵⁶. Otra razón por la cual la función pública exige transparencia es porque en el ejercicio de dicha función se utilizan dineros públicos, y no se justificaría que no se rindiera cuenta de dichos actos y mucho menos encriptar dicha información, porque además estos funcionarios son pagados con dineros públicos, por lo cual no sólo deben, sino que tienen la obligación de rendir cuenta de dichas actuaciones.

Así lo confirma la premisa, que señala, “Democracia Constitucional Contemporánea es el gobierno de los asuntos públicos en público.”¹⁵⁷

Los principios de publicidad, transparencia y probidad están íntimamente vinculados, pero sin los dos primeros, no puede verificarse el segundo, toda vez que para que los individuos escojan informadamente a sus representantes es necesario que a lo menos su vida pública, política y social sea de conocimiento de dichos votantes, y a través de dicha información tengan la posibilidad de escoger a la persona más idónea, y proba, para el respectivo cargo público, de esta forma se puede cumplir con el control que debe ejercer la ciudadanía sobre los gobernantes. En armonía con lo señalado, el profesor Cea Egaña, ha señalado “la transparencia es lógica y cronológicamente prioritaria con respecto a la probidad”¹⁵⁸.

La publicidad y la transparencia son principios básicos e imprescindibles de toda democracia moderna, resultando ser la principal herramienta para combatir la corrupción, y esto constituye un pensamiento universal. Es así que la primera ley formal de acceso a la información pública la podemos encontrar en Suecia, y data del año 1776. Estos principios están contenidos en el derecho de acceso a la información pública, y han sido reconocidos como derecho fundamental por diversos instrumentos jurídicos internacionales dándole garantía y protección legal.

¹⁵⁶ Nogueira Alcalá Humberto, El derecho a la libertad de opinión y sus límites, pág. 166.

¹⁵⁷ Cea Egaña, op.cit. pág. 117.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 118.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que las principales funciones del derecho de acceso a la información pública se manifiesta en tres ámbitos: “constituye una herramienta crítica para la participación democrática como del control del funcionamiento del Estado y la gestión pública y el control de la corrupción”¹⁵⁹.

7.1 Protección internacional del derecho de acceso a la información.

En armonía con lo señalado el derecho de acceso a la información encuentra tuición legal en diversos instrumentos internacionales, de esta manera se puede destacar:

La declaración Universal de los Derechos humanos aprobada en 1948 por las Naciones Unidas incluye en su artículo 19 al derecho de acceso a la información.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece también en su artículo 19 la misma protección al derecho de acceso a la información.

En el mundo más de noventa países cuentan con una ley de acceso a la información. En Europa 40 de los 47 miembros del Consejo de Europa cuentan con una ley de acceso a la información, es decir, todos los países europeos excepto Andorra, Chipre, Malta, Mónaco, Luxemburgo, San Marino y España.

7.2 Marco Constitucional del Derecho de Acceso a la Información

El principio de transparencia, en el marco previsto en el artículo 8° de la Constitución, tiene un efecto vinculante que irradia a todo el sistema institucional, y

¹⁵⁹ Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile. 2010, Pág. 104.

específicamente, está vinculado directamente con la libertad de expresión asegurada en el artículo 19 N°12 de la Carta Magna. En otras palabras, la reforma de 2005 tiene un doble significado cual es: “nivelar el ejercicio a las potestades públicas, favoreciendo a los órganos que han permanecido relegados en el acceso a la información de sus pares; y otro, impulsar el control que la ciudadanía ha de ejercer sobre sus representantes, otorgando mayor realidad a los postulados democráticos y a la corrección en el desempeño del servicio público”¹⁶⁰.

El derecho de acceso a la información pública en Chile ha tenido una serie de reformas a partir de la reforma constitucional de 2005, la que más tarde daría lugar a la Ley sobre Transparencia y Probidad de 2008, con motivo del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en el cual intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarando que Chile había violado el derecho de acceso a la información, aplicando el artículo 13° de la Convención, condenando así al Estado de Chile. Señalando en el considerando 77° de ese pronunciamiento lo siguiente:

“La Corte estima que el artículo 13° de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir, a su vez, que esta

¹⁶⁰ Cea Egaña José Luis, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época año I, N°1-2013, Transparencia y Acceso a la Información, pág. 119.

circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”¹⁶¹.

7.3 Doble aspecto del Principio de Transparencia.

La ley 20.285, contiene expresamente el principio de transparencia en su artículo N° 4, estableciendo:

“Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública”.

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Esta ley contempla dos aspectos del derecho a la información, de esta manera podemos distinguir:

1.- Transparencia activa, contenida en el artículo 7° preceptuando: “Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos una vez al mes: estructura orgánica, facultades, funciones y atribuciones, marco normativo que les sea aplicable, planta de personal y funcionarios a contrata y a honorarios, con los correspondientes niveles de remuneraciones, actos y resoluciones que tengan

¹⁶¹ Ibídem, pág. 127 y 128.

efectos sobre terceros, y trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el órgano respectivo”¹⁶².

2.- En relación a la transparencia pasiva, esta se encuentra plasmada en el artículo 10° de la ley la que establece: “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley”¹⁶³.

¹⁶² Ley 20.285 de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública, Art. 7°.

¹⁶³ Ley 20.285 de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública, Art. 10°.

CAPITULO OCHO

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

El Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad de conformidad al artículo 32°, es “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”¹⁶⁴.

La dirección y administración del organismo corresponde a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros, designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado, en los términos señalados en el artículo 36° de la ley en comento. Los acuerdos se adoptan por mayoría y el Presidente tiene voto calificado o dirimente para resolver los empates.

Cabe hacer la aclaración que como ha señalado el Consejo para la Transparencia “resulta improcedente ejercer el derecho de acceso a información pública cuando lo que se pide es una solicitud de evaluación de fundamentos y criterios de una decisión reclamada”

Dicha entidad ha aclarado que la competencia del Consejo no se extiende a la revisión de los criterios o fundamentos tenidos a la vista para la adopción de una determinada medida o decisión por parte de los órganos de la Administración del Estado.

Ciertamente, “el Consejo para la Transparencia no se encuentra habilitado por la Ley N° 20.285 para efectuar evaluaciones de mérito respecto de lo decidido por

¹⁶⁴ Ley 20.285 de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública, Art. 32.

las autoridades sujetas, para otros designios, a su control, estándole vedado obrar en ese sentido”¹⁶⁵.

De esta manera la expresión fundamento que establecida en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, está vinculado con un ámbito más restringido, pues su sentido y alcance se limita a la información que ha servido de base, directa y esencial.

En resumen los fundamentos, conforme al artículo 8° inciso 2° de la constitución “se refieren a la información que sustenta la decisión estatal y sin cuyo conocimiento no habría sido posible adoptarla, de manera que pasa a formar un todo indivisible con ella, pero sin incluir las consideraciones de mérito que han conducido al Estado a decidir basándose en ella”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Fernández González Miguel Ángel, Objeto del principio de publicidad a propósito del artículo 5° de la Ley N° 20.285, pág. 10.

¹⁶⁶ Id.

CAPITULO NUEVE

OBJETO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

De conformidad al artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 20.285, los actos que se encuentran en poder de la Administración pública son esencialmente públicos con excepción de los que estén protegidos por exigirlo así una ley de quórum calificado, pero diverso es el trato que reciben las personas, porque en este caso la Constitución asegura en su artículo 19 N° el respeto y protección de su vida privada, asimismo, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, sin perjuicio de las actuaciones , sus antecedentes documentos, vinculados con el ejercicio de actividades económicas, queda además cubierto por la privacidad de acuerdo con los numerales 21°,24°,25°y 26° del artículo 19 de la Constitución.

Por lo tanto, la Constitución consagra el principio de publicidad en el Artículo 8°, pero asimismo, reconoce y garantiza también la existencia de una cierta esfera de privacidad del individuo, que escapa a este principio quedando cubierto por el secreto o reserva.

De esta manera y conforme al artículo 8° inciso 2° de la constitución en el cual se establece el carácter público de los actos y resoluciones de los Órganos del estado, igualmente señala los casos en que se podrá establecer la reserva o secreto de dichos actos y esto es cuando la publicidad afectare:

- 1.- El debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos,
- 2.- Los derechos de las personas,
- 3.- La seguridad de la Nación o
- 4.- El interés nacional.

El Artículo 21 numeral 2° de la ley 20.285, reitera cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico, no es posible revelar el acto o resolución estatal, incluyendo sus fundamentos o el procedimiento a terceros. Por lo tanto, la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de las personas encuentra cobertura incluso en aquello producido o elaborado por el Estado. Esta viene a ser una manifestación del rol que tienen los derechos fundamentales cual es el limitar el poder del Estado.

De esta manera, como ya se ha señalado con anterioridad no todo es público, la Constitución ha contemplado y establecido que es lo privado o reservado, y no por mero capricho de mantener en reserva ciertos actos, sino por existir cierta esfera de privacidad e inviolabilidad de las personas, que la Constitución garantiza, y que ante la vulneración de estas garantías constitucionales, es precisamente la Constitución la que proporciona los mecanismos de control establecidos en el Artículo 93 de la Carta Magna.

9.1 Marco regulatorio de los actos administrativos

Si bien la regla general es que los actos administrativos son públicos y la reserva o secreto es la excepción. Conforme a este principio, la publicidad y la transparencia encuentran cobertura legal y constitucional en diversas leyes, de esta manera, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en el artículo 11 bis; que señala:

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los

documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en las disposiciones legales o reglamentarias.”¹⁶⁷.

Asimismo, el Art. 5° de la ley 20.285, establece:

“en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”¹⁶⁸.

Agregando además lo siguiente: “es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”¹⁶⁹.

En concordancia con lo señalado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el ejercicio de la libertad de expresión acarrea consigo deberes y responsabilidades especiales, por lo tanto puede estar sujeta a ciertas restricciones, que deben estar establecidas en la ley y que se establecen en beneficio y protección del respeto de los derechos o la reputación de otros, para la protección de la seguridad nacional o del orden público, de la salud pública o la moral.

Este principio de publicidad, también está establecido en La Constitución en su Art. 8° inciso 2°, señalando:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ley 18.575 Art. 11 bis.

¹⁶⁸ Ley 20.285 Art. 5°.

¹⁶⁹ Ley 20.285 Art. 5°.

¹⁷⁰ Constitución Política de la República, Artículo 8°, inciso 2°.

De esta manera se puede señalar que la relevancia pública es la única causa de legitimación para afectar el derecho a la privacidad. Esta información es aquella relativa a asuntos, hechos o acontecimientos que afectan a las instituciones y funciones públicas realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio del cargo que ostentan, como asimismo, hechos o acontecimientos que afectan a los administrados, además de las conductas constitutivas de delito, las restricciones autorizadas por ley o por los tribunales de justicia.

Por lo tanto podemos sostener que las personas de relevancia pública especialmente aquellas autoridades públicas (gobierno, administración, legisladores, jueces), que están investidos de autoridad o facultados para administrar y decidir sobre los destinos de la sociedad, tienen un ámbito de vida privada más reducido que el que posee un particular, por cuanto como sostiene la Corte Europea de Derechos Humanos, “el situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos frente a la ciudadanía y los medios de comunicación”.¹⁷¹

De esta manera es importante delimitar claramente donde comienza y donde termina la esfera de lo privado o de la intimidad de un personaje público: siempre serán de relevancia pública aquellos actos, hechos y conductas que afecten la conducción de los asuntos públicos como asimismo las conductas que no se condicen con las exigencias que debe ostentar un personaje de relevancia pública. Para ello el ordenamiento jurídico señala expresamente cuales son los principios que informan la función pública, y estos son la probidad, la transparencia y la publicidad, y las personas que están investidas de cargos públicos, deben de tener conocimiento de estos principios, y aceptar que estarán sometidos a la mirada escrutadora de la ciudadanía y que les será exigible con mayor rigurosidad una conducta acorde al cargo que ostentan.

¹⁷¹ Nogueira Alcalá Humberto, Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII. Diciembre 2004, página 146.

Tratándose de una información de carácter público trátese de carácter económico, político, social, cultural, nacional o internacional siempre prevalecerá el derecho a la información frente al derecho al honor y privacidad por cuanto surge la necesidad por parte de la sociedad de ser informada, respecto del actuar de las autoridades que los representan, administran y gobiernan, ya que es parte indispensable en la formación de una opinión pública en un sistema democrático.

Obviamente si se trata de una figura pública o personaje público, la crítica permitida será mayor que en el caso de un particular.

El profesor Nogueira Alcalá, ha señalado quienes quedan comprendidos dentro del concepto de personas o figuras públicas, indicando lo siguiente:

“Las personas o figuras públicas son aquellas que adquieren notoriedad o fama de manera que son ampliamente conocidas, que ejercen cargos de autoridad pública o una profesión o actividad de notoriedad o proyección pública, como asimismo, las personas que se involucran voluntariamente en cuestiones de interés público o se encuentran involucradas en controversias o acontecimientos de relevancia pública o institucional.”¹⁷²

Una persona de relevancia pública debe soportar una mayor injerencia o afectación en su vida privada, como asimismo los límites de crítica son más amplios en lo que respecta a su función pública, pesando sobre ellos la obligación de rendir cuenta de sus actuaciones en el desempeño de su función pública.

En armonía con lo señalado, la Carta Democrática Interamericana (aprobada el 11 de septiembre de 2001 por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas), señala que: “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la

¹⁷² Id.

responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”¹⁷³.

Esto no significa que una persona de relevancia pública debe vaciar su vida privada e intimidad frente a los medios y la sociedad, se trata de transparentar solo los actos que realizan en cumplimiento de las obligaciones públicas, por cuanto la Constitución establece el derecho de igualdad de todas las personas en el artículo N° 19 n°2.

El reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad contenido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución está, además, corroborado por el vigente Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 11, inciso 2 y 3, prescribe que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”¹⁷⁴

Lo que también está señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11, los cuales protegen a la persona de ataques ilegales a su vida privada, honra o reputación. La importancia aquí radica en la configuración de los derechos, la determinación en los casos en que el ataque a la honra o reputación es contrario a derecho. El mismo procedimiento debe seguirse en el caso de la protección de la privacidad de las personas.

En el caso de quienes desarrollan funciones públicas el ámbito de la vida privada es más restringido, ya que es legítimo por parte de la comunidad conocer los hechos relacionados con la responsabilidad y competencia en el desarrollo y desempeño de la función pública, al igual que con las cualidades y expectativas

¹⁷³ Bazán Víctor, El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. pág. 109.

¹⁷⁴ Nogueira Alcalá Humberto, Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII. Diciembre 2004, página 149.

que la autoridad o funcionario público puso de relevancia para el ejercicio de su cargo.

Es así que el ejercicio de un derecho constitucional es legítimo y no puede ser abusivo cuando opera dentro del ámbito delimitado constitucionalmente y configurado legalmente. Si estamos fuera de dicho ámbito protegido por el derecho no hay un abuso del derecho fundamental sino que nos encontramos en una hipótesis no protegida por el derecho, en una situación de no derecho, en la que no hay ejercicio abusivo del derecho porque no hay derecho a ejecutar dicha situación o conducta.

En resumen, se puede concluir que en materia de derecho de información y los derechos a la honra y a la privacidad son todos derechos que emanan de la dignidad humana y constituyen parte de los derechos de toda persona humana. Los cuales al ser parte del sistema de derechos humanos, que por regla general, no son absolutos, pueden ser delimitados, buscando el bien jurídico que protegen, y su contenido esencial, y ante la presencia de aparentes colisiones, o conflictos, deben ponderarse con pautas objetivables, que sirvan de base para sentar jurisprudencia y dar resolución a casos similares en un futuro próximo, de esta manera evitar asignarle a un derecho una superioridad jerárquica, respecto de los otros derechos, por cuanto todos ellos son derechos humanos y derechos constitucionales, con identidad de garantías constitucionales.

La correcta delimitación de los derechos a través de una rigurosa exegesis, permiten superar falsos conflictos de derechos, a su vez, cuando existe tensión entre ellos, debe asumirse que los derechos no son disyuntivos, debiendo hacerse el máximo esfuerzo por armonizarlos, debiendo ser garantizados en su contenido esencial.

Cuando esta armonización no es posible, no debe optarse por uno eliminando el otro, en una perspectiva de jerarquización de ellos, sino que es necesario hacer el esfuerzo de delimitar y precisar el alcance y la consistencia de cada derecho a través de un razonamiento fundado y de ponderación orientada por principios que

faciliten el discernimiento, dejando de lado las simplificaciones no autorizadas por el texto de la Constitución en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos.

A su vez, el legislador debe efectuar los esfuerzos necesarios para positivizar legalmente pautas que otorguen un mínimo de seguridad jurídica a las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por cuanto el acceso a la información facilita y garantiza una mayor transparencia de los actos del gobierno, conditio sine qua non de una sociedad democrática. Asimismo, se debe garantizar plenamente el derecho a la vida privada, por igual, tanto de particulares como de personajes de relevancia pública, evitando la injerencia y los ataques ilegales en su vida privada y honra. Es así que debe evitarse el sacrificio innecesario de postergar un derecho fundamental en beneficio de otro, teniendo siempre en consideración que, “la facultad de las personas de buscar información y conocer los actos de relevancia pública y realizar una crítica rigurosa de los agentes y órganos estatales llámese gobierno, administración, parlamento, tribunales de justicia, es inherente al régimen democrático.”¹⁷⁵

9.2 En el ámbito de los derechos fundamentales opera la garantía normativa constitucional del principio de reserva legal

Tanto nuestro ordenamiento constitucional en su artículo 19 N° 26, de la Constitución, como asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 30, exigen que las regulaciones y restricciones al ejercicio de derechos fundamentales sean concretadas por ley.

El Artículo 19 N°26 señala: “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar

¹⁷⁵ Bazan Victor, El Derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la Doctrina y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. pág.108.

los derechos en su esencia, ni imponer condiciones , tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.¹⁷⁶

9.3 Determinación de ataques ilegales a la vida privada.

No se puede negar que existe una íntima relación entre la dignidad de la persona y el derecho a la vida privada, siendo este último una extensión de la primera, encontrando protección constitucional en el Artículo 19 N°4, asimismo, encuentra protección toda forma de comunicación, en el N° 5 del mismo Artículo, resultando ser una manifestación de la dignidad de la persona.

De la misma manera, la Constitución protege el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de opinión e información en su Artículo 19 N° 12, como se ha señalado, tanto la libertad de opinión e información como el derecho a la vida privada se encuentran en el mismo nivel, y están protegidos por la Constitución y por el derecho internacional, los cuales cuentan con las mismas garantías.

Ciertamente el principio de unidad de la Constitución exige que el legislador realice el máximo de esfuerzo para configurar y regular los derechos en un sistema donde cada uno de ellos colisione lo menos posible con otros determinando los casos en los cuales la publicidad resulta ser contrario a derecho, de manera de resguardar la vida privada de las personas teniendo en consideración que el derecho a la libertad de opinión e información está asegurado por el artículo 19 N° 12 de la Constitución y el Artículo 13 de la Convención Americana de derechos Humanos.

Tanto el derecho a la vida privada y a la honra como el derecho a la libertad de opinión e información encuentran protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Artículo 19 N° 4 y Artículo 19 N° 12, respectivamente,

¹⁷⁶ Constitución Política de la República, Artículo 19 N° 26.

Por lo tanto no puede hablarse de jerarquía o preeminencia entre derechos que han sido reconocidos e institucionalizados con el objeto de proporcionar seguridad jurídica a los titulares de ellos. De manera tal que ante una aparente colisión de derechos, será necesario buscar el equilibrio y la armonización de ambos derechos fundamentales en aras del mínimo sacrificio de cada derecho.

No obstante, puede ocurrir que delimitados correctamente los derechos a la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y a la vida privada, por otra, se mantenga un eventual conflicto, el que difícilmente podrá ser resuelto a priori o in abstracto.

Para algunos autores como el profesor Nogueira, la solución pasa por la aplicación del principio de ponderación de derechos en aparente conflicto, esta ponderación implica valorar las condiciones o circunstancias del caso específico. Conforme al profesor Nogueira, “la ponderación integra el juicio de proporcionalidad de los sacrificios, vale decir, el adecuado y justo equilibrio entre la importancia de la satisfacción del fin legítimo perseguido y el grado de afectación del derecho fundamental”¹⁷⁷.

Afín al Estado Constitucional de Derecho, el neoconstitucionalismo ha modificado, entre otras, el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo una nueva dogmática constitucional caracterizada por la complejización del Derecho permitiendo que en el terreno constitucional gane espacio la técnica de la ponderación de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados sobre la casi exclusiva labor de subsunción a la que los jueces estaban principalmente ceñidos y donde la Constitución es una norma jurídica netamente vinculante y no solo un límite al poder del Estado.

Prieto Sanchis, que ha defendido las bondades del método ponderativo, identifica como rasgo característico de éste, el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto.

¹⁷⁷ Nogueira Alcalá Humberto, NdR: Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XVII-Diciembre 2004, pág. 143.

En la determinación de un ataque a la privacidad o a la honra de una persona, enfrentado al derecho a la información, es de relevancia definir la materia de la información, su interés público, su capacidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre, el carácter público o privado de la persona objeto de la información para establecer si se está frente a una vulneración de un derecho fundamental. Esta relevancia pública de la información, es determinante a la hora de definir cuál derecho es el que prevalecerá, de tal manera que la ausencia de relevancia pública de una información dará lugar a que el derecho a la vida privada tenga preponderancia sobre el derecho a la información.

Este análisis debe ser realizado por el operador jurídico aplicando criterios de interpretación, fundamentados en normas constitucionales y demás fuentes formales del derecho, que establezcan que información debe ser de público conocimiento.

CAPITULO DIEZ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Hasta 1833, el control constitucional de las leyes era ejercido por el Congreso Nacional, no existiendo un órgano especializado para tal efecto.

Más tarde sería el ex presidente Balmaceda “quien en un discurso pronunciado el 20 de abril de 1891 ante el congreso Nacional –casi tres décadas antes de que las formulara Kelsen- y que han sido catalogadas como su testamento político”¹⁷⁸ quien señalara:

“Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otros 3 nombrados por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca”¹⁷⁹.

Más tarde siguiendo el modelo norteamericano, la Constitución de 1925, le entregaría la facultad de declarar la inaplicabilidad por inconstitucional de cualquier precepto legal contrario a la constitución a la Corte Suprema, pero sólo para el caso particular, no teniendo efectos generales, esto a petición del Presidente Alessandri que propone que “cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema”¹⁸⁰.

Hasta este momento la Corte entendía que sus facultades se limitaban a declarar la inaplicabilidad de fondo y no de forma. Más tarde, “durante la década de los

¹⁷⁸ Navarro Beltrán Enrique, Revista Actualidad Jurídica N°22 –Julio 2010, Universidad del Desarrollo, pág.25.

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ Ibídem, pág. 26.

cincuenta y de los sesenta se presentaron sendos proyectos para reformar la materia en cuanto a la procedencia de la acción tanto por vicios de forma como de fondo, cuanto a su eventual alcance general”¹⁸¹.

De esta manera, es la Corte Suprema la facultada para declarar la inconstitucionalidad de cualquier precepto que contraríe las disposiciones de la Constitución ya se trate en cuanto a la forma como en el fondo.

No sería hasta 1970 en que se crea un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad, el que en 1973 sería disuelto por la Junta Militar.

La Constitución de 1980, a través de la CENC busca entregar nuevamente la facultad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal para un caso particular, a la Corte Suprema señalando: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en cualquier gestión que se siga ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”¹⁸².

Sin embargo, la Comisión de Estudio, le otorgó la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional, señalando en su artículo 88 N°12 del Anteproyecto de la CENC, “ Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 12. Declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo, dicho inciso señalaba lo siguiente: En el caso N° 12 la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando aquélla haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos. Si el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto se ajusta a la constitución, la corte Suprema no podrá en el futuro declarar su inaplicabilidad”¹⁸³.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág. 30.

¹⁸² *Ibidem*, Pág. 33.

¹⁸³ *Id.*

Finalmente no es sino hasta la reforma constitucional de 2005, que se le otorga al Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori como a posteriori.

Cabe aclarar que el control a priori, ya lo tenía desde 1980, ya que el control a posteriori se radicaba en la Corte Suprema.

En mayo de 1981 es publicada la Ley Orgánica 17.997 del Tribunal Constitucional que establece la Organización, Competencia y Funcionamiento del mismo, cuyo principal objetivo es ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que vulnere los derechos fundamentales, como asimismo, declarar la inadmisibilidad de los requerimiento que le sean formulados cuando no reúnan los requisitos establecidos en la Ley Orgánica Constitucional.

“El Tribunal Constitucional es un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder”¹⁸⁴.

Conforme al artículo 84 de la LOC. el Tribunal Constitucional procederá a declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: cuando el requerimiento no es formulado por persona u órgano legitimado; cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y cuando carezca de fundamento plausible.

¹⁸⁴ Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997 de 2010. Art. 1°.

Declarada la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, se tendrá éste por no presentado para todos los efectos legales no siendo susceptible de recurso alguno.

La Constitución Política, en su Capítulo VII, Artículo 92, señala:

“Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

a) Tres designados por el Presidente de la República.

b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

“Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres”¹⁸⁵.

El artículo 93 de la Constitución de la República, establece:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Nº1- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Constitución Política, Artículo 92.

¹⁸⁶ Constitución Política de la República, Art. 93, N° 1.

Nº2- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.”¹⁸⁷

Nº 6- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”¹⁸⁸.

Nº 7- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”¹⁸⁹.

Finalmente se puede señalar que la Ley 20.050 sobre Reforma Constitucional, contempla la posibilidad que el precepto legal declarado inconstitucional sea eliminado del ordenamiento jurídico estableciendo lo siguiente:

“el Tribunal, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición popular”¹⁹⁰.

En relación a los presupuestos procesales para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal son los siguientes;

- a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de dicho Tribunal; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública o de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República”¹⁹¹.

¹⁸⁷ Constitución Política de la República, Art. 93, N° 2.

¹⁸⁸ Constitución Política de la República. Art. 93, N° 6.

¹⁸⁹ Constitución Política de la Republica Art. 93, N° 7.

¹⁹⁰ Navarro Beltrán Enrique, Revista Actualidad Jurídica, N° 22 –Julio 2010, Pág. 53.

¹⁹¹ Id.

CAPITULO ONCE

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A continuación se expondrán algunas sentencias del Tribunal Constitucional para conocer como ha fallado el Tribunal frente a requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en que se encontraría en pugna el derecho a la publicidad con el derecho a la vida privada, con el objeto de conocer cuál ha sido el criterio aplicado en Chile para resolver dichos conflictos.

En el primer caso en estudio se encontraría en pugna el derecho de acceso a la información con el derecho a la vida privada. Se trata del reclamo de ilegalidad caratulado, “Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia”, cuyo rol es el N° 945-2010.

Se trata del “requerimiento de inaplicabilidad Rol-1732-10 del 21 de Junio de 2011”¹⁹², en el cual, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva dedujeron requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia”.

Por su parte, con fecha 16 de agosto de 2010, el abogado Francisco Gonzalez Hoch, en representación de Televisión Nacional de Chile (TVN), dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del mismo artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información Pública, y, además, respecto del artículo 33, letra b), de la ley de Transparencia de

¹⁹² Tribunal Constitucional Rol N° 1732-10 del 21 de junio de 2011 y Rol 1800-10 del 21 de Junio de 2011, (acumulados).

la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la referida Ley N° 20.285, señalando que constituye una discriminación arbitraria.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que inciden los dos requerimientos de inaplicabilidad interpuesto se puede consignar que, con fecha 26 de febrero de 2010, la requirente TVN interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo en contra del Consejo para la Transparencia en el cual los requirentes, Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt, Enzo Yacometti Manosalva, que en dicha época eran altos ejecutivos de TVN, se hicieron parte como terceros independientes.

Dicho reclamo de ilegalidad fue deducido contra la decisión del Consejo para la Transparencia quién dispuso que TVN había infringido las normas sobre transparencia activa contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública y se le ordenó que debía informar respecto de las remuneraciones y otros beneficios que percibían por sus funciones los señalados Ejecutivos del canal, así como su Director de Gestión, David Belmar, al ser considerados por el Consejo conforme al precepto legal citado, como responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

En cuanto a las normas objeto del requerimiento invocadas, los tres Ejecutivos requirentes han impugnado el artículo décimo, letra h), de la ley 20.285, sobre acceso a la información pública, precepto legal que luego de indicar, en su inciso primero, que el principio de transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia es aplicable, entre otras, a las empresas públicas creadas por ley, tales como Televisión Nacional de Chile y otras que señala, dispone en su inciso segundo –en la parte impugnada por ambos requirentes- lo siguiente:

“En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

(...) h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsable de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.(...).

Asimismo se requiere la declaración de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 33, letra b), de la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la referida Ley N° 20.285, en los mismos autos.

El Tribunal Constitucional como principal órgano encargado de velar por que la ley efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, ha resuelto que se rechazan los requerimientos de inaplicabilidad de autos por los siguientes motivos:

- 1.) La norma objeto del requerimiento ante el Tribunal Constitucional fue el artículo décimo, letra h) de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, la que contiene el principio de transparencia activa en que señala a que empresas del Estado le es aplicable dicha norma, y Televisión Nacional está contemplada expresamente en ella.
- 2.) Que la publicidad de las actuaciones de los órganos de la Administración pública se encuentra directamente vinculada con el régimen democrático que establece el artículo 4° de nuestra Constitución, y que “ la publicidad es la regla; el secreto, la excepción” (Bobbio, Norberto, El futuro de la Democracia, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1989,p. 67).Por otro lado el actuar del Estado debe estar regido por los principios de publicidad, transparencia y probidad en la gestión pública.

- 3.) Por otro lado las remuneraciones no se encuadran dentro de los datos sensibles que garantizan la protección del derecho a la vida privada protegido en el artículo 19 N° 4° de la Constitución. Por el contrario corresponden a aquellos aspectos de la vida social que pueden afectar intereses legítimos de la comunidad como la probidad, al ocupar los afectados altos cargos en una entidad pública.
- 4.) Tampoco se vulnera el artículo 19 N°21, inciso segundo, de la Carta Magna, toda vez que los preceptos legales impugnados cumplen con el quórum de aprobación exigido por dicha norma y, además, responden a un motivo legítimo.

En efecto, el artículo N° 8 de la Constitución, establece explícitamente el principio de probidad, y en el inciso segundo el principio de publicidad del cual deriva el principio de transparencia, ya que, de que otra manera se podrían transparentar los actos y resoluciones de los Órganos del Estado sino mediante la publicidad. Sólo a través de la publicidad se puede aplicar el principio de transparencia activa o pasiva.

Asimismo en el artículo 19 N° 14 de la Constitución, está establecido el derecho de petición el cual señala:

“el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes¹⁹³”.

En armonía con la Constitución, la ley 20.285 en el artículo N° 10, de su artículo primero, establece:

“toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley¹⁹⁴”.

Por lo tanto se puede colegir de la lectura de los preceptos señalados precedentemente, que el principio de publicidad está limitado por los derechos de

¹⁹³ Constitución Política, Art. 19 N° 14.

¹⁹⁴ Ley 20.285, Artículo N° 10.

las personas, estos derechos guardan estrecha relación con la vida privada y los datos sensibles de las personas, y las remuneraciones en ningún caso son considerados datos sensibles. Si bien ha quedado sentado por este Tribunal, que no son los derechos de las personas los que están subordinados a la publicidad, sino que está a aquellos, lo que protege o ha buscado proteger la Constitución de la publicidad es el derecho a la vida privada y la honra de las personas, y las remuneraciones ni el patrimonio formarían parte de la vida privada de los funcionarios de la administración del Estado.

Por otro lado el principio de transparencia de la función pública se encuentra establecido en el artículo decimo letra h) de la ley 20.285, sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la información de la Administración del Estado, por cuanto la transparencia, probidad y publicidad son principios inseparables de los Órganos del Estado y de la función pública.

“El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

(...) h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos

distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.”

Por otro lado, los funcionarios de la Administración del Estado, se someten libre y voluntariamente a una menor esfera o ámbito de privacidad, aceptando que al menos deberá soportar una mayor injerencia en relación a su patrimonio y remuneraciones por parte de la ciudadanía. Lo que estaría establecido en la ley N° 19.628 sobre Protección de la vida Privada, que establece en su artículo 4°, inciso quinto:

“no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial”.

Por lo tanto queda sentado de conformidad al precepto señalado, que no son datos sensibles aquellos de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que se encuentren en sitios electrónicos y por lo tanto en fuentes accesibles al público. Y esto en razón de que dichas remuneraciones son pagadas con dineros del Estado, y es necesario que dichos datos sean tratados con total transparencia.

Naturaleza jurídica de TVN como empresa pública. El artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental señala:

“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”. Siendo la regla general que ellas queden entregadas a los particulares. (Rol 467 /2006):

Que autorizado el Estado a realizar actividades empresariales debe hacerlo con sujeción a la legislación común aplicable a los particulares, y que no altera en nada la naturaleza jurídica de la empresa pública el hecho que los requirentes hayan firmado un contrato de trabajo con TVN que se rige por la legislación laboral. Por cuanto la ley no atiende a la naturaleza del contrato para exigir la publicidad de las remuneraciones sino al carácter público de la empresa. (Considerando 35°)

Respecto de la igualdad ante la ley, cabe señalar que la Constitución no prohíbe cualquier diferencia, sino sólo aquellas arbitrarias, esto significa que la normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentran en las mismas circunstancias y consecuentemente, diversas para quienes se encuentran en situaciones diferentes” STC Rol N°1414, C°14) y las diferencias deben ser razonables, como lo ha señalado el Tribunal Alemán” (Rol N° 1710 – 10); (Considerando 48°)

Que existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro, por cuanto, la Ley orgánica 19.132, le otorga una función pública y, en tanto empresa pública, constituye una forma de intervención del Estado.

Que en consecuencia la aplicación de los preceptos en cuestión no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores. (Considerando 53°).

En consecuencia el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento por inconstitucionalidad por los fundamentos señalados precedentemente con el voto de la mayoría y con un voto disidente.

Segundo caso en estudio en que el Tribunal Constitucional falló rechazando el requerimiento de inaplicabilidad e imponiéndose el principio de transparencia y publicidad, es el caso de “Rector de la Universidad de Chile, Víctor Pérez Vera,

Rol N° 1892-11”¹⁹⁵ en cuyo caso deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte final del inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.285, que establece:

“Serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.”

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento deducido, cabe señalar que a petición del solicitante Francisco Zambrano Meza, en uso de las disposiciones de la Ley N° 20.285, en noviembre de 2009, solicitó a la Directora subrogante de la Escuela de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile copia íntegra y fiel de la Actas de la comisión Ad-Hoc de Claustro de la Facultad, y de la nómina de personal que desempeña sus funciones en la Facultad, incluyendo su remuneración, beneficios, función, cargo, grado y fecha de inicio de funciones. La Directora denegó entregar dicha información, a lo cual el señor Zambrano dedujo amparo por denegación de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, organismo que acogió el reclamo y requirió al Rector la entrega de la información.

Ante ello, el requirente interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo. La Corte rechazó dicha reclamación confirmando la decisión del Consejo de entregar la información requerida por el solicitante. Ante esto, el Rector recurrió de queja ante la Corte Suprema en los autos Rol N°9.777-2010, por estimar que los Ministros integrantes de la Quinta Sala de la corte de Apelaciones de Santiago, señor Mauricio Silva y señora Jessica González y su abogado integrante, señor Jaime Guerrero, habían incurrido en faltas o abusos graves al dictar la sentencia confirmatoria en comento.

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 1892-11 del 17 de Noviembre de 2011.

Con fecha 12 de enero de 2011, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión de la gestión en que incide y lo declaro admisible.

El Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad por las siguientes razones:

Por estimar que la gestión pendiente en estos autos es un reclamo de ilegalidad, no correspondiéndole a esta Magistratura pronunciarse sobre cuestiones de legalidad, agregando que la acción de inaplicabilidad no es la vía para examinar si un determinado procedimiento administrativo se han aplicado o no correctamente los preceptos legales a los que el mismo debió ceñirse (STC Rol 1141/09).

Por otro lado, no corresponde al Tribunal resolver cuestiones vinculadas a interpretación de las leyes o conflictos de leyes, (STC Rol 980/07). Agregando, que se han desechado presentaciones referidas a conflictos de aplicación de normas legales, lo que debe ser competencia del juez de fondo (STC Rol 513/06). En el mismo sentido, roles 1201 y 1240

Asimismo, agrega el Tribunal Constitucional que la acción de inaplicabilidad supone esencialmente un control concreto de contradicción entre dos normas, en una gestión pendiente, debiendo primar la Ley fundamental por cuanto el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. Lo anterior en atención a que la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema. (STC rol 810/08, consid. 9°) (STC Rol 1295/2009).

El Tribunal Constitucional ha considerado que tal planteamiento es un caso de conflicto de leyes que implica decidir cuál es la norma que debe aplicarse para resolver el asunto controvertido. Agregando que tal conflicto ya fue resuelto en la sentencia de la Corte de Apelaciones (considerandos 6° a 14°) señalando que se le aplica la ley de Transparencia.

Por lo tanto, el requerimiento debe ser declarado improcedente, por formular un conflicto de legalidad.

Tercer caso en estudio, se trata del requerimiento de inaplicabilidad “Rol - 2246-12, del 31 de enero de 2013”¹⁹⁶, deducido por el Subsecretario General de la Presidencia, Claudio Alvarado Andrade, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, deducen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 5° de la ley 20.285 en la substanciación del reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol 2496-2012.

Con fecha 31 de enero de 2013 el Tribunal Constitucional, acogió el requerimiento señalado precedentemente deducido contra la decisión del Consejo para la Transparencia (CPLT), quién acogió el amparo del derecho a la información, Rol C1101-11, y ordenó al reclamante que entregara copia de los correos electrónicos enviados desde su cuenta de correo institucional hacia cuentas de otros funcionarios públicos, por el ministro Secretario General de la Presidencia entre los días 18 y 21 de julio de 2011, al igual que todos aquellos correos que durante el mismo período recibió en su cuenta de correo institucional desde cuentas de otros funcionarios públicos y que traten de materias propias de la función pública del ministro, excluyendo cualquier email que exponga algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor, o que no tenga estrecha relación con el ejercicio de sus funciones públicas .

Está petición obedece al interés del solicitante Juan José Soto, con la finalidad de obtener información respecto del proyecto de ley que perfecciona el sistema de Alta Dirección Pública.

Dicho requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recae en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la función pública y de

¹⁹⁶ Tribunal Constitucional, Rol, N°2246-2012, del 31 de enero de 2013.

Acceso a la Información de la Administración del Estado -contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la información Pública- en la parte que dispone “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento” en razón de que se vulneraría el artículo 19 N° 5 de la Constitución al permitirse el acceso a los correos electrónicos institucionales por los siguientes motivos:

Primero: Que los funcionarios tienen derechos constitucionales, y los correos electrónicos se enmarcan dentro de la expresión documentos y comunicaciones privadas la que está contenida en el artículo 19 N°5 de la Constitución, sin importar si el mensaje inserto en ellos es público o privado, o si se utiliza o no un medio financiado por el Estado o una casilla institucional. (Considerando 60°).

Agrega el Tribunal Constitucional que no hay ninguna norma constitucional que permita excluir a los correos electrónicos de esta garantía. La ley 20.285 no constituiría una norma que permita interceptar, abrir o registrar documentos y comunicaciones privadas, como lo habría sostenido el Consejo para la Transparencia, ya que nada apuntaría a que el legislador buscara levantar la inviolabilidad de las comunicaciones con dicha disposición, (considerando 64°) y agrega que invocar el artículo 8° inciso 2° tampoco es un argumento suficiente para aquello, en atención a que la publicidad de la actuación estatal no es absoluta y admite restricciones.

El artículo 19 N°5 no está subordinado al artículo 8° inciso 2°, por el hecho de encontrarse este último dentro de las bases de la institucionalidad, toda vez que cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación lo ha señalado

expresamente y además por cuanto la norma del artículo 8° inciso 2° establece causales de reserva, siendo la publicidad la que debe subordinarse a los derechos de las persona y no a la inversa, (considerando 66°).

Para finalizar señala que lo dispuesto por el precepto declarado inaplicable pugnaría con lo dispuesto en la Carta Fundamental toda vez que excede lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución, ya que extiende la publicidad a toda aquella información que obre en poder de la administración o toda aquella elaborada con presupuesto público, y no sólo a los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de los órganos del Estado, que es lo directamente dispuesto por la Constitución al excederse en el ámbito y competencias fijadas por el constituyente, ese exceso constituiría una infracción constitucional, (considerando 74°).

En resumen, hay que considerar que la publicidad no es el único bien jurídico que la Constitución establece, y que hay otros que también requieren respeto y protección. Por lo tanto se puede afirmar que cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la Publicidad.

En consecuencia, por todo lo precedentemente señalado, el Tribunal Constitucional ha considerado que una primera razón para juzgar que la parte impugnada del inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285 es inaplicable, por ser inconstitucional por cuanto vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución, de tal manera que resuelve que se declara inaplicable por inconstitucional el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia en el caso concreto que se analiza.

Cuarto caso en que el Tribunal Constitucional ha resuelto en la misma línea respecto del derecho a la vida privada, declarando la inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 5° de la ley 20.285, es el caso del requerimiento de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad “N° de Rol 2153-11”¹⁹⁷, se trata de un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría de Interior en contra del consejo para la Transparencia, en el cual se impugna la decisión del Consejo que ordenó entregar los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla.

En dicha gestión sub lite se discute la legalidad de la decisión del Consejo para la transparencia en que ordena entregar los correos electrónicos entre el subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla Mackenney y el Gobernador Provincial de Melipilla a petición del Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, Mario Gebauer Bringas respecto a los gastos en que incurrió la Gobernación Provincial de Melipilla en razón del terremoto del 27 de febrero de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse.

Señala el requirente que en virtud del principio de divisibilidad de la información entregó los antecedentes solicitados, salvo los correos electrónicos, lo que motivó un amparo del alcalde ante el Consejo para la transparencia (Rol C406-11).

La norma objeto del requerimiento formulado ante el Tribunal Constitucional fue el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia que dispone: “ En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, Rol N°2153-11, del 11 de septiembre de 2012.

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el precepto recurrido por cuanto considera que este vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución por las siguientes razones:

Los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privado, por lo tanto habría una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. Que el hecho de que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos no los transmuta en documentos públicos. El legislador ha considerado y establecido son las condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, precisando incluso de autorización judicial. Asimismo la Constitución establece que la inviolabilidad impide interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados.

Es así que la inviolabilidad también se expresa en materia penal, al establecer nuestro ordenamiento una serie de delitos, sancionando al que “maliciosamente interfiera intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones” (artículo 36 b, Ley N° 18.168).

También el Código Penal sanciona al que “en lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado”.

Asimismo, la Ley 19.223 tipifica como delito al que con ánimo de “conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él” (artículo 2°).

El Tribunal Constitucional ha considerado que en este caso en concreto, el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5 por estimar que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” y que el hecho de ser funcionario público no significa que carecen de vida privada o deben vaciar sus vidas públicamente por lo tanto no están al margen de la garantía señalada en el artículo 19 N°5.

Si se aceptara que las comunicaciones de los funcionarios públicos, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, sería dejarlos al margen no sólo de protección a su vida privada sino también una vulneración al derecho de igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2° de la Constitución.

Por otro lado, el hecho de que la comunicación sea efectuada por funcionario público desde un computador proporcionado y pagado por el estado, no significa que estas comunicaciones no tengan carácter privado, a menos que expresamente se prohibiera el uso de dichas casillas institucionales para comunicaciones de uso personal.

Otro argumento que señala el Tribunal Constitucional para acoger a tramitación el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad del precepto ha sido que el legislador señala el sistema para levantar la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada reglando los casos y las formas deben estar determinados, es decir deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.

Finalmente se puede agregar que la Constitución reconoce como límite a la publicidad los derechos de las personas entre los cuales se encuentra el artículo 19 N°5.

El Tribunal Constitucional ha señalado, “Que de este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando no haya otra alternativa disponible, bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, persona hechos”. (Considerando 41°)

Luego agrega, el Tribunal Constitucional que el inciso segundo del artículo 5°, impugnado excede lo previsto en el artículo 8° de la Constitución. Mientras este habla de que son públicos los “actos y resoluciones, “sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, el precepto impugnado incorpora dos nuevas

categorías: “la información elaborada con presupuesto público” y “toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración”, de esta manera se estaría supeditando la Constitución a la ley y no ésta a la otra.

Otra razón para considerar vulnerado el artículo 19 N° 5 es que esta Magistratura no comparte lo afirmado por el Consejo para la Transparencia en el sentido de la subordinación que debe tener el artículo 19 N° 5° al artículo 8° de la Constitución, por cuanto este tribunal ya descartó que por el hecho de que el artículo 8° se encuentre en el capítulo I de la Constitución, prime sobre todas las demás disposiciones de la Carta Fundamental, pues eso lleva a subordinar el capítulo III de la Constitución, que contiene el artículo 19, que establece el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).

En consecuencia por las razones señaladas precedentemente, el Tribunal Constitucional ha considerado que efectivamente el inciso segundo del artículo 5° de la ley N° 20.285 excede, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental, declarando la inaplicabilidad del precepto para el caso concreto.

Cabe señalar que la decisión fue acordada con el voto disidente de tres Ministros.

El quinto caso y último, ha sido declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional. Se trata del “requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol 2351-12”¹⁹⁸, en el cual se solicita se declare inaplicable por inconstitucional el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

Con fecha 28 de noviembre de 2012, fue acogido a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, deducido por la Subsecretaria de Transportes

¹⁹⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 2351-12 del 26 de Diciembre de 2012.

subrogante, Angélica Manríquez Ramírez, en representación del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Pedro Pablo Errázuriz Domínguez, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, por sí, Patricio Pérez Gómez, Coordinador General de Transportes, por sí, y Ricardo Oporto Jara, en la substanciación del reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol N° 5077-2012.

Dicho requerimiento fue deducido contra la decisión del Consejo para la Transparencia quien acogió el amparo del derecho de acceso a la información en la cual se solicitó copia de correos y oficios recibidos y enviados por la Subsecretaría, el Ministro de Transportes, el Coordinador General de Transportes, y el equipo responsable del proceso de modificación de contratos de Transantiago, que asigna nuevos recorridos.

La Subsecretaría denegó la entrega de los correos invocando, la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, establecida en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución, como asimismo, en virtud del numeral 5° del artículo 21 de la Ley 20.285, que establece las causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, siendo estas las siguientes:

“Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

De la misma forma, denegó el acceso a los oficios solicitados invocando el numeral 1° del mismo artículo 21, señalando que la entrega de dichos antecedentes afectaría la eficacia del servicio.

La parte requirente agregó, que los correos electrónicos “constituyen antecedentes que serviría de base para la evaluación y posterior adopción de las determinaciones que corresponden a la autoridad para velar por la continuidad de los servicios de transporte público de la ciudad de Santiago” (considerando 9°).

De esta manera la requirente reconoció que dichos correos en particular, son elementos y antecedentes fundantes de decisiones de órganos de la Administración del Estado, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos los procedimientos que utilicen” de esta manera es precisamente la Subsecretaría quien reconoce el carácter público de dichos correos ya que constituyen información de aquella que estaría sujeta al principio de publicidad, (considerando 10°). Cabe agregar que la naturaleza jurídica de los correos electrónicos corresponde a un documento o instrumento privado, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en diversos fallos, y en este caso no estarían comprendidos dentro de los actos o resoluciones que deben sujetarse al principio de publicidad, no obstante, con el reconocimiento expreso por parte de la Subsecretaría de que dichos correos “constituyen antecedentes que servirían de base para la evaluación y posterior adopción de las determinaciones que corresponden a la autoridad para velar por la continuidad de los servicios de transporte público de la ciudad de Santiago” es precisamente este hecho el que les da el carácter de públicos, y en consecuencia, después de examinado el requerimiento, el Tribunal Constitucional concluye que la acción constitucional no cumple con el requisito de procedencia contenido en el numeral 6° del Artículo 84, que establece que deberá el Tribunal Constitucional declarar la inadmisibilidad del requerimiento cuando este carezca de fundamento plausible de la respectiva Ley Orgánica Constitucional. (Considerando 11°).

Por tanto, y en virtud de lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, N°6, y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento es declarado inadmisibile.

CONCLUSIÓN

Desde el Contrato Social de Rousseau, en el siglo XVIII, el hombre ha estado en la búsqueda de proteger y garantizar ciertas libertades que le son inherentes y que han sido ocasionalmente vulneradas. Estas libertades, que como dijimos son inherentes a la persona por el solo hecho de ser persona, tienen un carácter universal, significa esto que son reconocidas y garantizadas por todos los ordenamientos jurídicos. Pero en su afán de perfeccionar esta protección a dichos o libertades se ha visto en la necesidad legislar en favor de ciertos derechos fortaleciendo determinados principios que encuentran cobertura legal y constitucional. Para ello ha debido crear nuevos órganos encargados de velar por el respeto y la constitucionalidad de dichas leyes como asimismo solucionar y aclarar posibles conflictos de derechos que aparentemente estarían en pugna.

Dentro de estos principios que rigen la función pública, se encuentra el principio de publicidad, que se ha visto enfrentado al derecho de privacidad que tienen todas las personas. Ante estas antinomias, el Tribunal Constitucional ha debido fallar numerosos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal por estimarse que atenta contra un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha fallado en consecuencia, haciendo el distingo entre lo público y lo privado, conforme lo señala la Constitución y la ley, dando solución a la aparente colisión otorgando cobertura a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En esta labor de resolver estas aparentes colisiones de derechos, debe el operador jurídico procurar agotar todas las técnicas de hermenéutica jurídica tales como: la unidad de la Constitución, principio de finalidad, razonabilidad, atendiendo a la historia fidedigna de la ley, como al principio de prudencia y seguridad jurídica, en fin, con el objeto de encontrar la perfecta armonización, de los derechos aparentemente en colisión.

De esta manera el Tribunal Constitucional en sus sentencias, ha resuelto en la misma dirección, distinguiendo que corresponde hacer público respecto de las personas naturales, y restringiendo dicha publicidad cuando se trata de información privada que está en manos del Estado. Por cuanto no toda la información que está en poder del Estado es pública, existe una parte de aquella que queda cubierta o protegida por la reserva, por pertenecer al ámbito de lo privado o encontrarse involucrados derechos de terceros.

En esta tarea de discriminar lo público de lo privado, el operador jurídico debe identificar cual es el bien jurídico protegido, procurando delimitar cada derecho, y buscando determinar cuál es el contenido esencial de los derechos en disputa, teniendo en consideración que los derechos fundamentales no son absolutos y que a través de la correcta delimitación se señalará cual es el derecho que se encuentra bajo la protección constitucional y cual no pasa de ser una pretensión en provecho de su propio interés.

Esta tarea de determinar y distinguir que corresponde a lo público tiene vital importancia si consideramos que el Estado tiene una función servicial que va en protección de la ciudadanía en busca de la concreción de su fin específico cual es el bien común.

De esta manera, la delimitación del derecho debe realizarse procurando siempre evitar el sacrificio de un derecho otorgando un valor preeminente sobre el otro, ya que en ese caso se corre el riesgo de caer en sentencias arbitrarias e ilegales, dando origen a recursos contemplados en el artículo 93 de la Constitución.

Dentro de las facultades que la Constitución ha encomendado al Tribunal Constitucional está la de realizar este examen de constitucionalidad de las leyes, como asimismo resolver los recursos de inaplicabilidad por inconstitucional de algún precepto legal que se encuentre en eventual colisión con otros derechos. De esta manera son innumerables los conflictos que el Tribunal Constitucional, desde su institucionalización, ha tenido que resolver en relación al derecho a la información, enfrentado con el derecho a la vida privada, debiendo resolver

dichos conflictos señalando los fundamentos que justifican la sentencia, en concordancia con la Constitución y la ley.

Nuestra legislación, ha debido fortalecer el derecho de acceso a la información y para ello ha aprobado la ley 20.285, de 2008, que tiene por objeto la regulación del principio de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos como asimismo institucionalizando el derecho al acceso a la información, creando el Consejo para la Transparencia, que es el órgano encargado de responder al interés de la ciudadanía quien en el legítimo ejercicio de su derecho de petición solicite información a un organismo público sobre actos y resoluciones estatales, de sus fundamentos y de los procedimientos conforme a los cuales se han adoptado, ya se trate de aplicar el principio de transparencia activa o pasiva, solicitando la información al organismo público que le ha sido denegada al solicitante.

La Constitución, prescribe y otorga protección tanto a derecho a la información como al derecho a la vida privada estableciendo claramente que corresponde a la vida privada y señalando que aspectos deben de ser públicos respecto a la función administrativa. Es así, que la ley N° 20.285, refuerza lo prescrito por la Constitución, de tal forma que el Tribunal Constitucional ha resuelto estas colisiones entre el derecho de información y el derecho a la vida privada, prefiriendo siempre en su labor hermenéutica aquello que está acorde al Código Político.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha utilizado y aplicado el artículo 8° de la Constitución conjuntamente con la Ley 20.285 buscando establecer el verdadero sentido y alcance del principio de publicidad, distinguiendo que corresponde al ámbito privado, quedando esto fuera del espacio público que engloba todo aquello que es producido por el Estado.

De esta manera, se puede afirmar que no todo es público, existe una parte que quedaría cubierta por la reserva ya que pertenecen al ámbito de privacidad de su titular.

El Derecho Constitucional como límite al poder y en defensa de los derechos fundamentales, tiene como objeto proteger aquella parte de la vida privada de las personas, no exponiendo innecesariamente ciertos antecedentes que por su naturaleza son de carácter personal, o cuando su difusión pudiera comprometer los derechos de los involucrados en razón de que correspondería a la vida privada del recurrente.

De esta manera se puede concluir que el principio de publicidad, se hace extensible a todos los actos y resoluciones del Estado, a sus fundamentos y a los procedimientos que se han seguido en su dictación, salvo que una ley de quórum calificado determine que son secretos en virtud de algunas de las causales invocadas en el precepto legal.

De la misma forma, se puede colegir que los actos y conductas de las personas naturales y jurídicas encuentran protección constitucional en el derecho a la vida privada y la confidencialidad, y sólo mutan su carácter privado a público cuando sirven de fundamento a los actos o resoluciones estatales, a menos que queden cubiertos por alguna causal de secreto o reserva.

Este ha sido el criterio aplicado por el Tribunal Constitucional en sus innumerables sentencias.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (11):03-14, enero-junio 2009.

BECHARA Llanos, Abraham Zamir. La Ponderación y los Derechos Fundamentales. Colombia Cartagena: Centro de Investigaciones Universidad libre sede Cartagena. 2011. 135 p.

BAQUERIZO Minuche, Jorge. Colisión de Derechos Fundamentales y juicio de ponderación. Guayaquil: Revista Jurídica de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 1:19-52, 2009.

BAZÁN, Víctor. El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Estudios Constitucionales, 6(1):103-154, 2008.

BERNAL Pulido, Carlos. El carácter fundamental de los derechos fundamentales, Derechos Fundamentales, Principio y Argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011. 110 p.

BERTELSEN Simonetti, Soledad. Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales. (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago: Universidad de los Andes, 2008. 195 p.

CASTILLO Córdova, Luis F. Serna, Pedro y Toller, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000. 171 p.

CASTILLO Córdova, Luis Fernando. ¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Constitucionales? Cuestiones Constitucionales, (12):99-129, 2005.

CEA Egaña, José Luis. Tercera Regla de oro del Derecho Público. Transparencia y acceso a la información. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, 2(1): 107-142, 2013.

CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, Año 2002. 405 p.

DAZA Pérez, Mario Felipe. La Racionalidad de la ponderación según Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad del Norte, 2010. [Fecha de consulta 28 de mayo de 2014] Disponible en: <<http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/12/la-razionalidad-de-la-ponderacion.html>>

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Objeto del Principio de Publicidad, a Propósito del Artículo 5° de la Ley N° 20.285. Revista de derecho público, (71): 47-63, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de democracia. Una discusión con M. Bovero. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía, (19):.227, 2003.

GUASTINI, Riccardo. Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia, 2 (8): 631-637, 2007.

NAVARRO, Beltrán Enrique. Bases Constitucionales del Principio de Transparencia. Transparencia y Acceso a la Información, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, 2 (1): 143-167, 2013.

NAVARRO Beltrán, Enrique. Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile. Actualidad Jurídica, La revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 11 (22):21-54, 2010.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Santiago: Librotecnia, 2008. 746 p.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2002. 385 p.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 16:139-160, Diciembre 2004.

NOVOA, Eduardo. Derecho a la vida privada y la libertad de información. Un conflicto de derechos. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1979. 224 p.

PRIETO Sanchis, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales Derechos. Madrid, España: Trota, 2009. 308 p.

UGARTE José Luis, Los derechos en su nueva hora: La teoría externa de los derechos fundamentales, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, 18 (2):361-373, 2011.

VALENZUELA Somarriva, Eugenio. Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional, (31):15-63, 2006.