

## **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ¿TÉCNICA DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES?**

### **Comentario sentencia de protección Corte de Apelaciones de La Serena Rol N° 445-2009**

**KAMEL CAZOR ALISTE\***

Sin lugar a duda que el recurso de protección es la principal garantía jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales. En este contexto, se podría conceptualizar como la acción constitucional directa y extraordinaria que, generando un proceso autónomo y sumario, pone en movimiento las facultades jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia, con la finalidad de amparar, oportuna y efectivamente, los derechos constitucionales que garantiza la Carta Fundamental, restableciendo el imperio de la juridicidad constitucional, frente a las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias provenientes de la autoridad o de particulares, que produzcan una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por esta vía.

Por ello, también se ha dicho que encarna el derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva, ya que el tribunal competente se encuentra habilitado para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho y para asegurar la debida protección del agraviado. De esta forma, la acción de protección constituye la tutela judicial por excelencia de cada uno de los derechos fundamentales protegidos, ya que el vigor jurídico de los derechos subjetivos fundamentales radica principalmente en la tutela que ante cualquier agravio pueda recabarse de los tribunales de justicia.

Desde esta perspectiva, y a la luz de la sentencia en comento, se tratará de dilucidar el interrogante de si la acción de protección es una vía consistente, dentro de las posibilidades regulatorias que brinda nuestra Constitución, para solucionar antinomias de derechos fundamentales. Esta duda surge a partir de lo expresado en el Considerando Séptimo del fallo en estudio (sentencia de protección Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 445-2009), que se reproduce textualmente:

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (ESPAÑA). Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Norte (CHILE). Correo electrónico: cazor@ucn.cl

“Que –señala la Corte de Apelaciones de La Serena-, con el objeto de precisar ciertos **límites de la presente acción**, oportuno es puntualizar lo siguiente. En primer término, nuestra jurisprudencia ha sido conteste en señalar que **el recurso de protección no es una acción apta para resolver colisiones de derechos fundamentales**, en este caso el derecho que tienen los trabajadores de votar y participar en una huelga legal y por otra parte, las garantías constitucionales que se dicen conculcadas, puesto que de acogerse el mismo, se vulnerarían otros derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que situaciones como las descritas en el recurso, como ya se ha consignado, deben ser resueltas a través de resoluciones judiciales dentro de un debido proceso” (lo destacado en negrilla es mío).

Es decir, de acuerdo a lo argumentado por el Tribunal, dentro de la tutela jurisdiccional que posibilitaría la protección, se excluiría la resolución de una eventual colisión o choque de derechos fundamentales, esto es, “cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otros sujetos a partir de un alegato de protección iusfundamental. La colisión es correlativa a la idea de los derechos de terceros como límite de los derechos fundamentales”<sup>1</sup>. Desde un punto de vista normativo, “ello implica un conflicto entre dos o más reglas de derecho fundamental, aplicables a un caso, y que conducen a resultados distintos, que se excluyen recíprocamente”<sup>2</sup>.

A todas luces queda claro que no se trata de un tema pacífico, ya que, por una parte, 1) hace referencia a las posibilidades o ámbitos de amparo de la acción de protección; y, por la otra, 2) se plantea si es posible justificar la introducción de la temática de las antinomias de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional. Es lo que se tratará de abordar sintéticamente en las páginas que siguen.

1) En cuanto al primer punto, como ya se ha adelantado, la acción de protección constituye la tutela judicial por excelencia de cada uno de los derechos fundamentales protegidos, de ahí que resulte relevante destacar que para su ejercicio no se establecen, en principio, limitaciones en cuanto a las pretensiones que pueden hacer valer los agraviados, más aún cuando se habilita al Tribunal para disponer todas las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del Derecho y proteger a los afectados por el acto u omisión ilegal o arbitrario. Igualmente, especial impor-

<sup>1</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial LegalPublishing, 439 pp., p. 269.

<sup>2</sup> ALDUNATE (2008) 270.

tancia poseen las atribuciones del tribunal competente para hacer realidad la tutela judicial efectiva (*“restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”*), toda vez que en esta situación el razonamiento judicial se debe enmarcar en un contexto de protección de las garantías constitucionales, con lo cual se debería llevar a cabo una forma de cognición limitada, circunscrita a un objeto específico de amparo, cuales son, los derechos fundamentales, que fijan un ámbito jurídicamente protegido y precisan cuáles son las posibilidades de actuación a su titular.

De ahí que no resulte del todo claro, en la esfera de tal tutela especial, los límites que esgrime el Tribunal de protección en torno a que *“no es una acción apta para resolver colisión de derechos fundamentales”*; especialmente si no argumenta razonadamente dicha decisión, cuestión que podría traducirse en una peligrosa autolimitación de su función jurisdiccional que, en último término, no permite desplegar la tutela judicial propia de esta acción constitucional. Solo apela al oscuro y débil argumento de que *“nuestra jurisprudencia ha sido conteste en señalar (...)”*, sin más motivación que tal aseveración abstracta. Además, basa su negativa para hacer frente a la eventual antinomia de derechos fundamentales (*“en este caso –como dice la Corte– el derecho que tienen los trabajadores de votar y participar en una huelga legal y por otra parte las garantías constitucionales que se dicen conculcadas”*), en *“que de acogerse el mismo, se vulnerarían otros derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico”* (lo destacado en negrilla es mío).

Habría que entender, inexorablemente, que la expresión *“otros derechos”* debiera hacer referencia a derechos subjetivos no fundamentales, por ende no amparados por la acción de protección, y que *“deben ser resueltos a través de resoluciones judiciales dentro de un debido proceso”*. Ya que de otro modo, se tendría que colegir de esta decisión jurisdiccional un alcance absolutamente ilógico a la luz de la propia naturaleza de la protección, cual es, que la vía idónea para resolver una colisión de derechos fundamentales, debiera desenvolverse a través de un procedimiento que sí asegurara un debido proceso, ya que, de acuerdo a esta argumentación, la naturaleza *“cautelar”* de esta acción de amparo no cumpliría el estándar de racionalidad y justeza frente a colisiones de derechos. Conclusión que, de conformidad a lo señalado en este comentario, sería infundada, y, además, no observaría el expreso mandato que el Constituyente (artículo 19 N° 3, inciso 5°) le entrega al legislador para fijar los estándares de legitimidad de los procedimientos (obviamente, entendido, dentro de la *sui generis* regulación procedimental en vigor, del auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo de la acción de protección) y que el Tribunal de protección no puede cuestionar en esta sede jurisdiccional.

Del razonamiento anterior se podría deducir que, en estricto sentido, al momento de resolver la Corte –pues los efectos antijurídicos de las vías

de hecho denunciadas ya habían cesado— no se estaba frente a una concreta controversia constitucional (ni en la perspectiva de la concurrencia ni del conflicto de derechos), que implicara específicos agravios de derechos fundamentales, y obligara al órgano jurisdiccional a elegir algunos de ellos en el caso particular (concurrencia), o, por el contrario, a adjudicar derechos en desmedro de otro (u otros) también en colisión (conflicto)<sup>3</sup>. Circunstancia que colocaría la decisión más próxima a la inadmisibilidad de la acción, que del rechazo de la misma. Por ello, no resulta comprensible en este caso, ni justificada su pertinencia, la temeraria aseveración en torno a la aptitud de la protección para resolver colisiones de derechos fundamentales; sobre todo si se está en presencia, como se desarrollará a continuación, de una temática de difícil solución, tanto a nivel práctico como a nivel doctrinario.

2) Ahora bien, en cuanto al segundo punto que se ha hecho mención, esto es, si es posible justificar antinomias de derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional chileno, particularmente cuando estas se constatan en sede de protección. Necesariamente se debe partir indicando que nuestro sistema constitucional no imposibilita justificar dogmáticamente la posibilidad de colisión de derechos, y que la garantía jurisdiccional de la protección, no obstante la inexistencia de vías de respuesta explícitas a los conflictos de derechos fundamentales, sí sería, de acuerdo a su propia naturaleza, el medio idóneo para plantear soluciones a tales colisiones.

Si nos situamos brevemente en el plano de la doctrina comparada, es posible trazar una clara línea divisoria “entre aquellos que niegan el conflicto (obviamente, no en el sentido de que de hecho no se planteen controversias en las que supuestamente se vean involucrados distintos derechos fundamentales o bienes constitucionales, sino en el sentido de que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas en este ámbito, siendo en el fondo solo aparente), y aquellos otros que asumen sin problemas la existencia de conflictos o colisiones normativas (aunque no necesariamente en todos los casos), y que centran su atención en cómo tratarlas adecuadamente (cómo analizarlas y resolverlas de manera satisfactoria)”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La *concurrencia de derechos*, “consistente en el alegato por parte de un sujeto de una lesión, por un mismo acto o conducta, de dos o más de sus derechos fundamentales”, y lo que se busca es elegir el precepto más específico para ser aplicado a la hipótesis de hecho; no existe controversia como en la *colisión de derechos*, en donde “la posición de dos o más titulares de derechos fundamentales, se enfrentan de tal modo que el resultado adjudicado a uno (o unos) va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (u otros)”. ALDUNATE (2008) 270.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ ZORRILA, David (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 392 pp., p. 63.

En el primer grupo podríamos situar a autores como Habermas, Ferrajoli, De Otto o Jiménez Campo, entre otros, mientras que en el segundo encontraríamos a autores como Alexy, Guastini, Prieto o Moreso, por ejemplo. Los autores que niegan el conflicto parecen reconducir todo el problema a una cuestión de interpretación de los preceptos constitucionales, y el punto relevante es la determinación de los límites precisos de cada derecho o bien en juego; de manera que, por ejemplo, podría decirse que en realidad ningún ejercicio legítimo de la libertad de expresión lesiona el honor, puesto que si lo lesiona, no se trata de un ejercicio legítimo (estrictamente hablando, no se ejercita ese derecho), es decir, se parte de la no colisión y a partir de allí empieza la tarea de delimitar concretamente cada derecho<sup>5</sup>. A su vez, por parte de quienes sí asumen el conflicto, y a pesar de sus diferencias, todos estos autores parecen coincidir en que no es posible sin más una asimilación automática o directa de estos conflictos a las antinomias o contradicciones normativas “clásicas”, como la que se plantearía, por ejemplo, entre la norma N1: “Se prohíbe fumar en las dependencias de la Facultad” y la norma N2: “Se permite fumar en la sala de profesores”<sup>6</sup>.

La posición de Guastini en este punto requiere un comentario particular. Este autor se muestra bastante escéptico acerca de la categoría de los “principios” (como categorización de los derechos fundamentales), pero ello no le impide analizar la colisión entre estos. Por ello, distingue entre conflictos *in abstracto* y conflictos *in concreto*; las colisiones o antinomias del primer tipo son necesarias (no contingentes), en el sentido de que no es necesaria la ocurrencia de un supuesto de hecho concreto para identificar la colisión, en cambio, los conflictos del segundo tipo son contingentes, en el sentido de que solo se revelan en supuestos de aplicación a casos concretos<sup>7</sup>. Expresado en otros términos, resulta más “adecuado utilizar la categoría de los conflictos *in abstracto* para aquellos casos en que la determinación de los supuestos de conflicto puedan determinarse *a priori*, con independencia de las circunstancias empíricas concretas del caso, y reservar la categoría de los conflictos *in concreto* para los supuestos en que la colisión se deba no a razones lógicas, sino estrictamente empíricas” (un autor cercano a esta conclusión es Prieto Sanchís)<sup>8</sup>.

Haciendo extensivo este razonamiento a la acción de protección, su particularidad radica en que combina ambas categorías. Por un lado, la determinación de los supuestos del conflicto son esencialmente *a priori*, en donde, como algo se dirá más adelante, resulta necesario precisar el parámetro de juridicidad (*in abstracto*) que tendrá que considerar el juez

<sup>5</sup> MARTÍNEZ (2007) 63.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ (2007) 64.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ (2007) 65.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ (2007) 67.

de protección en la resolución de un asunto que involucre la tutela de un derecho fundamental. Por otro lado, también tienen cabida los conflictos *in concreto*, pues los supuestos de colisión no pueden determinarse exclusivamente *in abstracto (a priori)*, ya que la determinación de los mismos está igualmente circunscrita al caso en concreto y dentro de un proceso (racional y justo) que asegura la tutela judicial efectiva.

En nuestro país, que poco se ha escrito sobre el particular<sup>9</sup>, Aldunate niega que la pugna de derechos sea conceptualmente posible, “lo que colisiona –dice– nunca son derechos fundamentales, sino solamente, ejercicio de la libertad de uno en desmedro de una libertad o derecho garantizado a otro (...) Como ese límite lo fija el Derecho –prosigue–, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, solo una cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad jurídica igualmente protegidos (...)”<sup>10</sup>, “que debe ser resuelto a partir de los límites que entre uno u otro sea capaz de trazar el juez a partir del ordenamiento jurídico vigente, sin sustituirlo por una operación de ponderación entre derechos, o, al menos, no como ponderación a nivel de derechos fundamentales”<sup>11</sup>. Y trae en apoyo a su postura dos elementos en la redacción del artículo 20. Por una parte –indica–, “la protección ofrecida por este artículo no lo es al titular de un derecho en general, sino al que alega *ejercicio legítimo* de uno de los derechos y garantías señalados, siendo el objeto de la acción y de la actuación del tribunal el *restablecimiento del imperio del derecho*”, y solo tendría sentido la dupla –legítimo ejercicio/imperio del derecho– “si existe una regulación jurídica de carácter general y previa que permite apreciar la juridicidad (legitimidad) del actuar de quien ejerce el derecho afectado, y que igual cosa existiría para el origen, en la libertad de un individuo o en el ejercicio de un derecho, del acto u omisión recurridos”<sup>12</sup>. Por otra parte, señala este mismo autor, “si lo ejercido es un derecho o libertad amparado en la Constitución, contra otro derecho en la misma condición, en ninguno de los casos la solución podría encontrarse a nivel constitucional, ya que ello significaría intervención judicial adjudicatoria para el caso (ya que, en cuanto a personas, las dos partes gozarán de la respectiva protección constitucional), intervención que queda descartada por la idea de *resta-*

<sup>9</sup> Sobre este tema, en la doctrina nacional resulta pertinente destacar el siguiente trabajo: PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1998). “Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos”. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 225-227.

<sup>10</sup> ALDUNATE (2008) 278.

<sup>11</sup> ALDUNATE (2008) 279.

<sup>12</sup> ALDUNATE (2008) 279.

*blecimiento* del imperio del derecho (y no adjudicación o creación de una nueva situación jurídica)”<sup>13</sup>.

No obstante las sólidas argumentaciones de Aldunate, creemos necesario llevar a cabo algunas observaciones en torno a ellas.

Por una parte, se cree que no logra clarificar consistentemente el postulado de que es el ejercicio de las libertades lo que colisiona y nunca los derechos fundamentales, ya que la propia constitucionalidad del ejercicio de las libertades, sin duda, tiene su antecedente en el núcleo mínimo constitucionalmente garantizado por el respectivo derecho fundamental (artículo 19 n° 26). De otro modo, se tendría que plantear una verdadera independencia entre ambas perspectivas –derecho/libertad–, cuestión que no sería plenamente sostenible dogmáticamente, toda vez que, como se ha expresado en la doctrina, “delimitar el contenido de un derecho fundamental constituye una actividad hermenéutica tendiente a precisar cuáles son las **facultades o posibilidades de actuación** que cada derecho fundamental ofrece a su titular o, dicho en otros términos, cuál es su **ámbito jurídicamente protegido**”<sup>14</sup>.

Asimismo, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 20 de la Carta, no se debe olvidar que esta norma parte de específicas formas de agravio de derechos (dentro de la perspectiva de su legítimo ejercicio), de ahí que la solución debe partir del nivel constitucional y, en ciertos casos, debe llevar a cabo una operación de ponderación (que no es otra cosa que “sopesar” los derechos en pugna), teniendo en cuenta, dentro de una estricta perspectiva jurídica, la innegable funcionalidad ético-política de los derechos dentro del ordenamiento constitucional. En efecto, los derechos fundamentales y el ejercicio de las libertades asociadas poseen una clara naturaleza conflictual, que no siempre logran armonizarse con el estándar de convivencia que el pacto constituyente se propuso y el propósito –que lleva implícito– del libre desarrollo de la personalidad, de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional (artículo 1°). De ahí que la instancia de protección sea una vía apta para hacer frente a las antinomias de derechos, en cuyo conocimiento y resolución debe tener especial consideración las específicas circunstancias fácticas del caso, el derecho más digno de protección en la situación concreta (optando siempre por la solución más razonada y sencilla), y el resultado de este ejercicio debe traducirse en una decisión proporcionada a la finalidad de restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de quien solicita tutela jurisdiccional.

<sup>13</sup> ALDUNATE (2008) 279-280.

<sup>14</sup> DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (2001). *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 402 pp., p. 95 (lo destacado en negrilla es mío).

Por otra parte, en cuanto a la dupla legítimo ejercicio/imperio del derecho, no se entiende bien el criterio de prevalencia que se le da a las normas infraconstitucionales (particularmente a las leyes) en esta materia, sin prácticamente considerar la perspectiva constitucional. Para explicar esta observación, hay que partir de la base de que se trata de un amparo que tutela derechos fundamentales (derechos que, no hay que olvidar, son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado), lo que debiera circunscribir esta materia en la perspectiva de una clara preeminencia constitucional; ello, eso sí, en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas, “poniéndose en evidencia la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales”<sup>15</sup>. En efecto, como algo ya se ha adelantado, el propio desarrollo de los derechos fundamentales posee una clara configuración legal, de ahí que resulte necesario precisar el parámetro de juridicidad (*in abstracto*) que tendrá que considerar el juez de protección cuando se enfrente al binomio legalidad/constitucionalidad en la resolución de un asunto (*in concreto*) que involucre la tutela de un derecho fundamental<sup>16</sup>. En este contexto, si en sede de protección, precisamente, se plantea el agravio de un derecho fundamental, inmediatamente, convierte en materia constitucional un asunto, “razón por la cual la unidad que sustenta a todo ordenamiento jurídico, especialmente en materia de estos derechos, cuestiona severamente efectuar un corte radical entre problemas de constitucionalidad y de legalidad”<sup>17</sup>.

Otro asunto sería constatar –como al parecer hace Aldunate– la práctica de la acción de protección, que se traduce en que la aplicación de la ley inhibiría la aplicación de la Constitución<sup>18</sup>; cuestión que ha traído como consecuencia una pobre doctrina jurisprudencial, especialmente si se tiene en cuenta la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, y, añadidamente, ha generado una inacabada construcción teórica de esta acción constitucional que, sin duda, ha limitado su esfera de amparo. Un ejemplo patente de ello es, precisamente, la sentencia de protección que ha dado lugar a este comentario.

<sup>15</sup> CAZOR ALISTE, Kamel (2003). “El fenómeno de la constitucionalización de Derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”. En Juan Carlos Ferrada Bórquez (coordinador): *La constitucionalización del Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 298 pp., p. 43.

<sup>16</sup> CAZOR (2003) 43.

<sup>17</sup> CAZOR (2003) 59.

<sup>18</sup> Sobre el particular Luis A. SILVA IRRARÁZAVAL expresa: “Es frecuente que las sentencias que rechazan el recurso porque el acto no es ilegal, nada digan acerca de la eventual afectación de las garantías alegadas en el juicio, porque es innecesario. Esta práctica pone al descubierto hasta qué grado la ley inhibe la aplicación de la Constitución en el recurso de protección”. SILVA IRRARÁZAVAL, Luis (2009). *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: Editorial LegalPublishing, 295 pp., p. 88.