



Tesina en Derecho:

“Colisión entre Libertad Religiosa y Derecho a la Honra”

Alumno: Aarón Garrido Torres.

Profesor guía: Ricardo Salas Venegas.

Diciembre del 2011.

ÍNDICE

I. Introducción.....	3
II. La Libertad Religiosa.....	7
III. El Derecho a la Honra.....	10
IV. Relación entre la Libertad de Expresión y la pugna de derechos objeto de estudio.....	13
V. Las Antinomias	15
VI. Consideraciones necesarias	17
1. Las Antinomias internas y externas.....	17
2. Distinción entre reglas y principios	19
3. Un orden débil de principios.....	23
3.1. Sistema de condiciones de preferencia	24
3.2. Sistema de estructuras de ponderación	24
3.3. Sistema de prioridades prima facie.....	24
VII. Métodos de resolución de colisiones de derechos:.....	25
1. La Jerarquización o criterio de la Jerarquía de Derechos.	26
2. La Ponderación	28
2.1. Cuestiones preeliminables	28
VIII. Aplicación del principio de proporcionalidad al caso objeto de análisis.....	37
1. Aplicación del subprincipio de idoneidad.	37
1.1. La legitimidad constitucional de la finalidad.....	37
1.2. Adecuación de la medida al fin constitucional	38
2. Aplicación de subprincipio de necesidad.....	38
2.1. Existencia de una idoneidad equivalente o mayor en un medio alternativo	39
2.2. El menor grado en que la medida restrictiva alternativa intervenga en el derecho fundamental	39
3. Aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación...	41
3.1. Aplicación de la ley de la ponderación.....	41
3.2. La fórmula del peso	49
IX. Conclusiones.....	51
X. Bibliografía	52

Resumen. Las prédicas religiosas contrarias a la homosexualidad han generado conflictos con personas que denuncian sufrir un menoscabo a través del ejercicio de dichas prácticas, lo cual plantea la duda sobre la legitimidad de una restricción absoluta a la emisión de aquel tipo de mensajes. Esto configura un particular tipo de antinomia conocido como colisión de derechos fundamentales, que por su naturaleza, merece ser resuelto a través del Principio de Proporcionalidad, y más específicamente, de la Ponderación. En la aplicación de este principio se buscará comprobar si la medida restrictiva es idónea, necesaria y justa, y consiguientemente, identificar cuál derecho fundamental debe primar para resolver la colisión.

Palabras clave: Libertad Religiosa - Derecho a la Honra – Colisión de Derechos - Principio de Proporcionalidad - Ponderación.

I. Introducción

Las sociedades humanas se encuentran permanentemente sometidas a condiciones que las inducen a cambios; algunas provienen de fenómenos internos, mientras que otras obedecen a algún origen foráneo. En Chile esto no ha sido excepción, y sin perjuicio de los numerosos cambios sociales que se han verificado en nuestra sociedad a lo largo de los últimos 40 años, existe un aspecto en especial cuyas actuales transformaciones no encuentran precedente en nuestra historia. En efecto, la nueva y progresivamente aceptada consideración que se hace respecto de la homosexualidad, ha demandado numerosos debates que han llevado a un replanteamiento sobre la concepción y trato que hasta la fecha se ha dado a las personas que la experimentan.

Este tipo de cambios tiene lugar en un contexto internacional en que numerosas organizaciones, de muy distintos países occidentales, presentan un bastante excepcional interés en promover transformaciones sociales que favorezcan a los homosexuales a través de estrategias, que tanto en la forma como en el fondo, son idénticas en todo el mundo. Esto lleva a pensar si acaso los cambios propiciados por el Movimiento *Gay*, el cual es de carácter internacional, obedecen más a la pretensión de concretar el contenido de una

agenda de igual naturaleza, y no realmente a la satisfacción de una necesidad social importante y efectiva.

Sea como fuere, y con independencia del verdadero origen del impulso que ha motivado estas transformaciones, lo cierto es que hoy en día el Estado de Chile se enfrenta al desafío de actuar en un nuevo escenario, en orden a crear condiciones que permitan alcanzar el bien común. Así se plantea el dilema entre conservar instituciones elementales surgidas en contextos sociales compuestos de elementos contingentes diferentes, y responder ante nuevos requerimientos de igualdad y tolerancia que en su implementación exigen alterar dichas instituciones.

Una de las pugnas que responden a lo ya enunciado es la existente entre las iglesias cristianas, que realizan prédicas religiosas que desaconsejan y condenan a la homosexualidad, y los colectivos homosexuales, cuyos integrantes alegan públicamente sufrir afectaciones a su honra y dignidad por el contenido de los mensajes difundidos por los primeros.

Prueba de todo lo dicho son ciertos acontecimientos que han tenido lugar durante el presente año 2011, y que dan cuenta de que el ejercicio de la libertad religiosa, en lo que respecta a la emisión de juicios desfavorables hacia la homosexualidad, despierta reacciones de gran repudio en los integrantes de colectivos homosexuales.

El día 1 de Junio, en una conversación transmitida por Radio Bío Bío¹ entre el periodista Julio Cesar Rodríguez y el Cardenal Jorge Medina, este último sostuvo: “*la convivencia homosexual es inaceptable, los que practican la sodomía no verán el Reino de Dios, no se pueden acercar a los sacramentos, lo dice San Pablo*”. Añadió además diciendo que: “*deben acercarse a un sacerdote, reconocer sus pecados y hacer un esfuerzo para no recaer. Hay un dicho que dice que la ocasión hace al ladrón. Si una persona tiene tendencia al trago, no debe ir a un bar. Un homosexual no puede tener contacto con otro homosexual*” En respuesta, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) calificó los dichos del cardenal como “*homofóbicos, escandalosos y ridículos*”,

¹ Disponible en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1101&Itemid=1
Fecha última visita: 26 Dic. 2011.

agregando que violentan los “[...] *derechos humanos básicos de las personas, como la dignidad, la honra y la vida privada [...]*”, y sostuvo que Medina se ha “[...] *especializado en ofender y denigrar a la diversidad sexual [...]*”.

El día 30 de Julio se realizó en Santiago una actividad conocida como “Marcha por la Familia” convocada por “Transforma Chile”, organización compuesta principalmente por entidades religiosas cristianas². Tras llevarse a cabo, el Movilh manifestó su repudio ante la marcha, declarando que en ella se incitó al odio y violencia hacia la diversidad sexual, agregando que “[...] *durante este evento se trató a las familias compuestas por personas del mismo sexo de anormales, inmorales y pervertidas [...]*”.

Durante el *Te Deum* evangélico realizado el día 11 de Septiembre, el Pastor Hérito Espinoza hizo referencia a los homosexuales y sus pretensiones legales, asociándolos con “*podredumbre moral*” y un ataque del Diablo contra la familia. Ante esto, el Movilh aludió a estas expresiones de Espinoza, afirmando que consistieron en dichos odiosos y violentos contrarios a la diversidad sexual, que “[...] *violan los derechos humanos de quienes aman y piensan distinto [...]*”, y se refirió al *Te Deum* como “[...] *un acto político y proselitista de la homofobia, la transfobia y de la desigualdad social [...]*”³.

El día 3 de Octubre, representantes de Conferencia Episcopal de Chile, de la Mesa Ampliada de Organizaciones Evangélicas, de la Iglesia Anglicana de Chile, de la Iglesia Metodista Pentecostal y de la Iglesia Pentecostal Apostólica, presentaron una carta dirigida al Estado de Chile expresando su rechazo al avance del proyecto de ley contra la discriminación y de las uniones civiles⁴. En la misiva se exponía el rechazo hacia “[...] *la legislación que pretende incluir en el ordenamiento jurídico las uniones de hecho, especialmente entre personas del mismo sexo. Creemos que aprobar estas iniciativas, tal como se proponen en los proyectos legislativos presentados al Parlamento, implica por sí mismo discriminaciones atentatorias contra el bien de la institución matrimonial e injustas*

² Disponible en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1154&Itemid=1
Fecha última visita: 26 Dic. 2011.

³ Disponible en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1186&Itemid=1
Fecha última visita: 26 Dic. 2011.

⁴ Disponible en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1202&Itemid=1
Fecha última visita: 26 Dic. 2011.

en contra de la vida [...]". El Movilh, calificó las expresiones empleadas por las autoridades eclesiásticas en dicha carta como "[...] *lenguajes violentos y ofensivos contra la dignidad de las personas*", "[...] *promotor de la violencia y el odio [...]*", y una "[...] *agresión gratuita, absurda, inmoral e indemostrable en cada uno de sus argumentos [...]*".

Con independencia de si las respuestas emitidas por el Movilh guardan realmente relación con el sentido y magnitud de las manifestaciones de rechazo hacia la homosexualidad, queda en evidencia que a lo largo del presente año el tema en cuestión ha generado controversias en los medios de comunicación y en la sociedad en general. Considerando la dimensión jurídica que subyace a cada uno de los mensajes emitidos por cada una de estas partes en conflicto, es posible identificar un contenido de carácter *ius fundamental* cuyo ejercicio se pretende. En ese sentido, lo que aquí se genera es una colisión en el ejercicio de dos derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución: la libertad religiosa, por una parte, y el derecho a la honra, por otro.

Ante esta colisión, e intentando aplicar criterios para su resolución, es que resulta conveniente concebir de manera abstracta el caso de un hipotético recurso de protección deducido por una persona que, alegando sufrir menoscabo en su honra por mensajes contrarios a la homosexualidad, pretenda conseguir una restricción de la libertad religiosa en lo atinente a este aspecto. Frente a esto corresponderá exponer aquellos razonamientos y herramientas conceptuales que servirán para ofrecer una solución al problema en cuestión, la que en este trabajo consistirá en reconocer la primacía que en el caso concreto tiene la libertad religiosa frente al derecho a la honra, a la luz del principio de proporcionalidad.

Conforme a lo dicho, resulta pertinente proceder partiendo por definir en qué consiste cada uno de los derechos fundamentales cuya pugna se pretende resolver.

II. La Libertad Religiosa

Según Daniel Basterra Montserrat, a la luz de tres perspectivas es posible identificar diversos sentidos para el concepto de libertad religiosa; éstas son, la filosófica, la teológica y la jurídica⁵. Sin embargo, para los efectos de este trabajo se entenderá el concepto desde una perspectiva estrictamente jurídica, en atención a que ésta es la naturaleza de las instituciones cuyo conflicto y solución se pretende identificar, y a que “[...] *es el único que en el plano práctico de la libertad religiosa puede invocarse objetivamente a la hora de reclamar de los poderes públicos la eficaz tutela de este derecho*”⁶.

Las primeras normas jurídicas que introdujeron en nuestro ordenamiento el concepto de libertad religiosa o de religión estuvieron contenidas en instrumentos internacionales vinculantes para Chile. La Declaración Universal de Derechos Humanos hace alusión a este derecho en su Artículo 18, el cual dice:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”⁷.

El Artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece:

“Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.”⁸.

Por su parte, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

⁵ BASTERRA Montserrat, Daniel. *El Derecho a la Libertad Religiosa y su tutela jurídica*. Madrid, Ed. Civitas, 1989. pág. 29.

⁶ BASTERRA Montserrat, Daniel *op. cit.* pág. 46.

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/#tabs-18> .Fecha última visita: 22 de Nov. 2011.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm> , Fecha última visita: 22 de Nov. 2011.

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza"⁹.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 12, contiene:

"Libertad de Conciencia y de Religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado"¹⁰.

Finalmente, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones también recogió esta garantía en su artículo 1, al establecer:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza"¹¹.

Sólo con la Ley 19.638 del año 1999, el concepto de libertad religiosa ingresa formalmente al ordenamiento jurídico interno, y con ello, se concede mayor especificidad al contenido del artículo 19 n° 6 de la Constitución Política de la República, que si bien recogía el espíritu de la garantía, lo hacía con la amplitud propia de las cartas fundamentales y sin emplear el concepto en estudio.

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966. Disponible en: <http://cinu.un.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

¹⁰ Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

¹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. 1981. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/intolerancia.htm> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

Sin embargo, a pesar de existir normas nacionales e internacionales aplicables a Chile que recogen el concepto de libertad religiosa, y de describirse con claridad las facultades que han de entenderse como inherentes a dicho derecho, no se ofrece en ninguno de ellos un contenido sintético que represente sus atributos esenciales. Es por esta razón que, una vez identificado el efectivo reconocimiento de esta garantía y su concepto en nuestro ordenamiento, resulte conveniente recurrir a la opinión de la doctrina nacional y comparada para orientar nuestros criterios hacia una definición.

A la hora de ofrecer un concepto jurídico para la libertad religiosa, Basterra expone las nociones de diversos autores, siendo dos de ellos quienes lo consiguen de mejor manera. El primero es Pérez Llantada, quien sostiene que la libertad religiosa es:

“el derecho reconocido, regulado y protegido por el Estado en virtud del cual todo ciudadano tiene la facultad de exigir, frente a los demás hombres y comunidades y frente al propio Estado, inmunidad de coacción para actuar, privada y públicamente, solo o junto con otros según su conciencia, en todo lo que afecta a materia religiosa”¹².

El segundo concepto que Basterra recoge es el de De Esteban, según el cual la libertad religiosa es

“el derecho de la persona a profesar las creencias que tenga por conveniente, así como a manifestarlas, individual o colectivamente, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos propios de las mismas”¹³.

Según el constitucionalista argentino Pedro J. Frías, y reiterando en buena medida las ideas expuestas por los autores al respecto ya citados:

“La libertad religiosa consiste en que todos los hombres deben estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de cualquier grupo o potestad, de tal manera que en materia religiosa no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos”¹⁴.

¹² BASTERRA Montserrat, Daniel, *op. cit.*, pág. 45.

¹³ BASTERRA Montserrat, Daniel. *op. cit.* pág. 45-46

¹⁴ FRÍAS, Pedro J. *La libertad religiosa en Occidente*; 2003. Disponible en: <http://www.calir.org.ar/libro/LaLibertadReligiosaenlaArgentina.pdf> Fecha última visita: 13 de Nov. 2011.

Por su parte, Humberto Nogueira define a la libertad religiosa haciendo la distinción entre las dos dimensiones que la constituyen: la subjetiva y la objetiva:

“la libertad religiosa en su dimensión subjetiva implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual y colectivamente, practicándola en público o en privado, mediante el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias, como asimismo el Derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos”¹⁵.

En autor prosigue refiriéndose al otro aspecto de esta misma garantía sosteniendo que:

“la libertad religiosa en su dimensión objetiva implica la pertenencia o no a una comunidad de creyentes”¹⁶.

En esencia, los autores citados concuerdan en que el derecho fundamental en análisis consiste en la libertad que el ordenamiento jurídico le reconoce a toda persona para que, sin mediar coacción, pueda proceder en asuntos de índole religioso ejerciendo las facultades que le son inherentes, tanto en sus dimensiones individual y colectiva, como pública y privada. En otras palabras, el principio que subyace a este derecho fundamental es la autodeterminación en materia religiosa.

III. El Derecho a la Honra

La Constitución y legislación chilena carecen de una definición que permita identificar qué ha de entenderse por honra. La razón de esto se encontraría en el carácter mutable del concepto, siempre condicionado por factores contingentes.

Al respecto, algunos autores emplean los conceptos “honra” y “honor” indistintamente, mientras que otros han reconocido diferencias entre uno y otro. El profesor Emilio Pfeffer Urquiaga explica que en Chile, y en general:

¹⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno.*, 2006. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso Fecha última visita: 13 de Nov. 2011.

¹⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto *op. cit.*

“(…) se reconocen las dos dimensiones tradicionales del honor: 1) el ámbito subjetivo (honor), entendido como la estimación que el sujeto tiene de sí mismo; y 2) el ámbito objetivo (honra), es decir, la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado”¹⁷.

El artículo 19 n° 4 de la Constitución asegura a todas las personas, entre otras cosas, el respeto y protección de la honra de la persona y su familia. A propósito de las expresiones empleadas en este artículo, Pfeffer Urquiaga prosigue y afirma que el vocablo “respeto” es indicativo de la obligación de los terceros en orden a acatar el valor jurídico “honra”:

[...] mientras que con la expresión <<protección>> se alude al conjunto de medios (acciones, peticiones o recursos) que el ordenamiento jurídico otorga al titular de esos bienes o valores para defenderlos de modo eficaz y exigir el más íntegro y pronto respeto de ellos¹⁸.

La normativa internacional tampoco es ajena a estas regulaciones, y en algunos casos tutela con mayor precisión y extensión estos bienes jurídicos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su artículo 12 que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques¹⁹.

Una disposición esencialmente idéntica establece el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la única salvedad de que aquél hace referencia a “injerencias arbitrarias o ilegales”:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques²⁰.

¹⁷ PFEFFER Urquiaga, Emilio: *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información* en *Ius et praxis*, volumen 6, Talca, Universidad de Talca, Chile. 2000. Pág 468.

¹⁸ PFEFFER Urquiaga, Emilio. *ibidem*,. pág. 470

¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/#tabs-12> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si bien mantiene el contenido esencial del derecho fundamental consagrado, añade las expresiones “*injerencias arbitrarias o abusivas*”, y “*ataques ilegales*”:

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 ataques²¹.

Humberto Nogueira se refiere a las dos dimensiones inherentes al derecho a la honra que ya fueron señaladas, y en ese sentido, sostiene que:

“*El derecho a la protección de la honra constituye una facultad que emana de la dignidad humana y de su realidad de persona inserta en la sociedad, que tiene una dimensión de heteroestima constituida por el aprecio de los demás por nuestros actos y comportamientos, como asimismo, una dimensión de autoestima dada por la conciencia de la autenticidad de su accionar, protegiendo la verdad e integridad de la persona y sus actos y comportamientos societales*”.

Por su parte, José Luís Cea Egaña precisa el alcance de la protección que brinda el derecho fundamental sobre el bien jurídico protegido, en consideración a sus dos posibles sentidos en cuanto honor y honra. El autor sostiene que respecto de la honra:

[...] entendemos el honor en su sentido objetivo. Es claro, entonces, que no se trata del sentido subjetivo de esa palabra, pues este corresponde a la autoestima, a la consideración, o quién sabe, si al orgullo que cada cual tiene de sí mismo. La honra, por ende, es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general. Como se comprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica. Por eso, es acertado también calificarla de un elemento del patrimonio moral del sujeto, de un derecho suyo de índole personalísima²².

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas (1966): *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Disponible en: <http://cinu.un.org.mx/onu/documentos/pidep.htm> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

²¹ Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (1969): *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> Fecha última visita: 22 Nov. 2011.

²² CEA Egaña, José Luís: *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II: Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. págs. 176-177.

Junto hacer mención al deber de superar la concepción del respeto a la honra como mera conservación de cierta reputación o buena fama ante la sociedad, Nogueira indica en términos generales cuándo debe entenderse infringida esta garantía:

La honra de la persona se afecta así, tanto por el hecho de serle atribuida una fama que no le corresponde, por estar basada en hechos falsos, como asimismo, por sus actuaciones y comportamientos que implican una vulneración del orden jurídico o de sus obligaciones éticas.

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.

En términos generales, por lo tanto, la doctrina entiende que este atributo consiste en el derecho a la protección de la reputación que una persona goza ante la sociedad.

IV. Relación entre la Libertad de Expresión y la pugna de derechos objeto de estudio

Sin perjuicio de que el objetivo de este trabajo sea demostrar cómo es que a la luz del Principio de Proporcionalidad debe hacerse primar a la libertad religiosa por sobre el derecho a la honra, es necesario tener presente una cuestión de vital importancia. El artículo 19 n° 12 inciso 1 de nuestra carta fundamental dispone que la “[...] *Constitución asegura a todas las personas: la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado [...]*”.

Si bien en principio la pugna de derechos objeto de estudio no comprende a la libertad de expresión, no debe perderse de vista que, desde el momento en que se emite un juicio elaborado en virtud de la autodeterminación que la libertad religiosa ampara en materia de

fe, dicha acción configura la hipótesis comprendida dentro del contenido del numeral 12 del artículo 19. En otras palabras, la emisión de mensajes contrarios a la homosexualidad fundados en una creencia religiosa sí se encuentra amparada en este numeral de la Constitución, específicamente cuando asegura “*la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio*”. Dado que el ejercicio de este aspecto en particular de la libertad religiosa se ampara a su vez en el derecho a la libertad de expresión, una interpretación coherente del contenido de ambos derechos permite concluir que la emisión de mensajes contrarios a la homosexualidad, en cuanto conducta resguardada por la libertad de expresión, no se encuentra sujeta a censura previa. Es por esto que, mientras se conserve esta norma al interior de nuestro ordenamiento jurídico, toda restricción a la posibilidad de emitir juicios de esta naturaleza será inconstitucional. Mientras la censura previa siga proscrita por el derecho a la libertad de expresión, las prédicas religiosas, y en general cualquier opinión que reproche a la homosexualidad, podrán continuar siendo llevadas a cabo sin legítimo impedimento, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores que eventualmente pudiesen devenir.

Con todo lo dicho, puede advertirse que la pugna de derechos inicialmente planteada pierde su razón de ser, toda vez que la medida restrictiva que la motiva quedaría desde ya identificada como inconstitucional, y por lo tanto, imposibilitada de seguir siendo siquiera comprendida como válida. Sin embargo, conviene plantearse la posibilidad de que una norma como la del artículo 19 n° 12, al igual como han sido otras de carácter constitucional, sea objeto de modificaciones. A pesar de que actualmente exista consenso en cuanto a la conveniencia de la ausencia de censura previa en el ejercicio de la libertad expresión, por resultar indispensable para asegurar relaciones sociales efectivamente democráticas, no debe perderse de vista que el accionar que tanto en Chile como en el mundo lleva a cabo el Movimiento *Gay*, implica el despliegue de un intenso y persistente *lobby* en orden a conseguir la alteración de normas e instituciones, ya fuere por que pugnan directamente con sus pretensiones de transformación social, o bien, porque lisa y llanamente le desagradan. Es por esta razón que concibo necesario que la solución a la pugna entre libertad religiosa y derecho a la honra, no descansa únicamente en lo que actualmente el artículo 19 n° 12 dispone, sino que además sea posible encontrarla en aplicación de un principio transversal a nuestra Constitución y al Estado de Derecho mismo, cual es, el Principio de Proporcionalidad.

Ya establecidos los términos en que serán comprendidas tanto la libertad religiosa como el derecho a la honra, y también hechas las precisiones relativas a la libertad de expresión y la censura previa, corresponde analizar el fenómeno jurídico que subyace a la pugna de derechos que se produce en el caso en estudio.

V. Las Antinomias

El sistema jurídico se compone por normas procedentes de diversas épocas, ideologías y políticas, las cuales han influido en el respectivo constituyente, legislador o administrador al momento de su creación. Lo anterior, sumado al vasto y creciente número de pretensiones que aspiran a hacerse valer a través de dichas normas, lo que a su vez ha supuesto darles interpretaciones y aplicaciones diversas, pone de manifiesto una realidad bastante frecuente en el sistema jurídico: la existencia de normas cuya ejecución simultánea da lugar a resultados incompatibles, fenómeno que responde a lo que comúnmente se ha conocido como *antinomia*.

El profesor Agustín Squella Narducci siguiendo a Norberto Bobbio, define a las antinomias como “*la situación que se produce cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles entre sí*”²³. Por su parte, Luís Prieto Sanchís ofrece una descripción que ilustra de buena manera en qué consiste dicho fenómeno:

Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas²⁴.

²³ SQUELLA Narducci, Agustín: *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. pág 340.

²⁴ PRIETO Sanchís, Luís *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, segunda edición, Madrid, Ed. Trotta, 2009. pág 175.

A fin de que la coherencia tradicionalmente predicada del ordenamiento jurídico no se pierda, surge para el jurista el imperativo de elaborar medios normativos que permitan salvar el actuar lícito de quienes se encuentren en la hipótesis de una antinomia, ya fueren sujetos de derecho u operadores jurídicos. La respuesta ante este desafío ha consistido en la creación de una serie de criterios aptos para la resolución de las antinomias que permiten devolver la coherencia en algún momento afectada.

Estos criterios tradicionales son: el jerárquico, en cuya virtud, en caso de contradicción entre dos normas de distinto grado la superior deroga a la inferior; el cronológico, por el cual entre dos normas de igual rango prevalece la posterior a la anterior; y el de especialidad, que señala que entre dos normas de igual rango y simultáneas debe prevalecer aquella de carácter especial²⁵.

Estos criterios son útiles cuando se verifica la respectiva hipótesis antinómica que cada uno de ellos comprende, sin embargo, cuando esto no ocurre así, se vuelven insuficientes para superar el problema de manera adecuada. Es el caso de normas antinómicas presentes dentro de un mismo texto constitucional, que al ser coetáneas, poseer el mismo rango jerárquico, y ser impostergables entre sí por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser compatibilizadas en aplicación de los ya mencionados criterios tradicionales.

Siguiendo la idea de Francisco Salmons Maureira sobre las pugnas entre disposiciones ius fundamentales, cabe añadir que: “[...] *una norma de este tipo puede mandar prohibir o permitir una determinada conducta, la cual sin embargo, podría encontrarse en colisión con otra conducta amparada por otra norma de derecho fundamental*”²⁶.

En un mismo texto constitucional, por tanto, es posible encontrar una particular especie de antinomias normativas: las comúnmente llamadas *colisiones de derechos fundamentales*; éste es el tipo de antinomia que se configura con la pugna entre la libertad religiosa y el derecho a la honra. Por lo tanto, corresponde establecer tres consideraciones necesarias para poder comprender debidamente la naturaleza de la referida colisión. Estas consideraciones

²⁵ SALMONA Maureria, Francisco José, *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*; en Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 40, Santiago, Tribunal Constitucional, 2008, pág. 31.

²⁶ SALMONA Maureria, Francisco, *ibidem.*, pág. 29.

son: la diferencia entre antinomias internas y externas, la distinción entre reglas y principios, y la noción del “orden débil de principios”, propuesto por Robert Alexy.

VI. Consideraciones necesarias

1. Las Antinomias internas y externas

Para conseguir una mayor aproximación a la naturaleza de las colisiones de derechos fundamentales, resulta conveniente hacer referencia a una distinción doctrinaria que se ha elaborado a propósito de las antinomias. Esto resulta de vital importancia, pues solamente una vez reconocido en qué consisten las colisiones de derechos fundamentales, será posible identificar el mecanismo más idóneo para su resolución.

Dentro del género de las contradicciones normativas en estudio es posible distinguir dos tipos: *antinomias internas o en abstracto* y *antinomias externas o en concreto*.

En el caso de las antinomias internas o en abstracto, dos normas se superponen conceptualmente, de manera que siempre que pretenda aplicarse una nacerá el conflicto con otra²⁷. Otra característica de estas antinomias es que podemos adelantarnos y constatarla sin necesidad de añadir las circunstancias de un caso concreto²⁸. Sólo debemos constatar que las normas que se superponen generan consecuencias distintas para luego aplicar alguno de los anteriormente mencionados criterios tradicionales de resolución de antinomias, ya sea afectándolas en su validez (jerarquía, cronológico), o bien, generando una excepción permanente a su aplicación (especialidad)²⁹.

Por otro lado, las antinomias externas o en concreto se caracterizan porque a su respecto no es posible anticipar cuáles son los posibles casos de contradicción, ya que al ser consideradas en abstracto, se presentan como plenamente coherentes. Es por esta razón que

²⁷ PRIETO Sanchís, Luis, *op. cit.*, pág. 178.

²⁸ PRIETO Sanchís, Luis, *ibidem*, pág. 178.

²⁹ SALMONA Maurerria, Francisco José, *op. cit.*, pág. 35.

sólo en el momento de aplicación de las normas sea posible identificar la contradicción de éstas, para posteriormente intentar algún tipo de solución³⁰.

Ya señaladas las generalidades de estos dos tipos de contradicciones normativas, resulta oportuno hacer especial énfasis en algunas particularidades de las antinomias externas o en concreto, que tienen lugar entre normas de un mismo texto constitucional. Para ello Salmona Maureria, recogiendo las palabras de Prieto Sanchís, al respecto expone³¹:

“[...] creo que en definitiva éstos conflictos o antinomias se caracterizan: 1) porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, o bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de su aplicación, concurren mandatos que ordenan observar simultáneamente distintas conductas en la mayor medida posible; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de éstos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de sus normas, pero tampoco como concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de éstas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda que pretenda satisfacer ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo³²”.

Por todo lo dicho se concluye que las colisiones de derechos fundamentales, como aquella que es objeto de este trabajo, responden a las características de las antinomias externas o en concreto, toda vez que la contradicción no surge del contenido mismo de las normas en pugna, sino que de la aplicación simultánea que intente hacerse de ellas.

³⁰ PRIETO Sanchís, Luís, *op. cit.*, pág. 178-179

³¹ SALMONA Maureria, Francisco José, *op. cit.*, pág. 35-36.

³² SALMONA Maureria, Francisco José, *op. cit.*, pág. 36.

2. Distinción entre reglas y principios

La necesidad de hacer mención sobre esta materia es explicada por Robert Alexy, al afirmar que la distinción entre reglas y principios:

“[...] representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico [...] La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales [...]”³³.

Existen dos enfoques que intentan explicar la diferencia entre reglas y principios: el funcional y el estructural. El enfoque funcional sostiene que la distinción entre regla y principio está en la función que cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios, mientras que el estructural postula que se encuentra en la estructura interna de ambos tipos de normas³⁴.

Dentro del enfoque estructural es posible distinguir dos posturas sobre la separación entre reglas y principios: la tesis débil y la tesis fuerte. La tesis débil de la separación sostiene que la diferencia entre reglas y principios radica en la mayor generalidad con que éstos últimos se encuentran enunciados, por lo que no habría especiales características distintivas entre uno y otro tipo de norma, más allá de los específicos modos necesarios para su interpretación y aplicación³⁵. Por otro lado, la tesis fuerte de la separación postula que, además del grado de generalidad, la distinción es esencialmente estructural, lo que lleva a concebir a reglas y principios como categorías diferentes³⁶.

³³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 63.

³⁴ RUIZ Ruiz, Ramón, *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*, en **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, (nº 10), pág. 56, 2007.

³⁵ RUIZ Ruiz, Ramón, *ibidem*, pág. 56.

³⁶ RUIZ Ruiz, Ramón, *ibidem*, pág. 56.

Varios son los autores que recogen ideas relativas a una separación fuerte entre reglas y principios.

Para Kaufmann, la diferencia entre principios y reglas yace en que, en caso de conflicto, las reglas *“tienen una función de todo-o-nada y con ello no dejan ningún espacio de juego, mientras que éstos (los principios) tienen la dimensión del peso y de la significación”*³⁷.

Según Ronald Dworkin, las reglas y los principios *“difieren en el carácter de orientación que dan. Las normas (reglas) son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”*³⁸. Mientras que los principios *“no pretende(n) siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia(n) una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular”*³⁹.

Humberto Nogueira también se refiere a las diferencias entre ambos tipos de normas, y señala que los principios, a diferencia de las reglas:

“[...] no tienen una estructura que establece una consecuencia jurídica concreta a un supuesto de hecho también más o menos concreto, sino que se refiere a un estado que se considera deseable u óptimo. Así los principios deben tener en consideración otros principios para determinar su alcance preciso”⁴⁰.

Alexy, por su parte, y en el mismo sentido que los demás autores citados sobre el particular, explicita de manera aún más clara aquello que considera elemental a la hora de distinguir reglas y principios, haciendo referencia a un concepto que será fundamental: el de *“mandatos de optimización”*. De esa forma, sostiene que:

³⁷ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 108.

³⁸ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pág. 75.

³⁹ DWORKIN, Ronald, *ibidem*, pág. 75.

⁴⁰ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago, editorial Librotecnia, 2008-2009, pag. 224-225.

“[...] el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos”⁴¹.

“En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”⁴².

A partir de esta idea de Alexy los derechos fundamentales en colisión, al configurar antinomias internas o en concreto, necesariamente deberán ser entendidos como principios, toda vez que la estructura de estos es la que permite que las eventuales pugnas sólo puedan verificarse en el caso concreto de su aplicación.

Salmona Maurerria sistematiza las tres tesis con que Alexy explica el alcance del concepto de mandato de optimización⁴³ en relación con los derechos fundamentales. En base a su primera tesis, y como ya fue adelantado, el autor alemán afirma que los principios disponen que algo sea realizado en la mayor medida posible considerando las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; esto significa que los principios pueden ser cumplidos en diferente grado. La segunda tesis dice que los derechos fundamentales gozan de una estructura en que se conjugan tanto reglas como principios. Finalmente, la tercera tesis consiste en la existencia de una diferencia cualitativa en las razones para la acción que conceden ambos tipos de enunciados normativos. En ese sentido, los principios generalmente darán razones *prima facie*, mientras que las reglas darán razones definitivas⁴⁴.

En los casos de colisión de principios y conflictos de reglas, la aplicación independiente de las normas implicadas llevará a resultados incompatibles, o sea, a una situación que ofrece

⁴¹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 67-68.

⁴² ALEXY, Robert, *ibidem*, pág. 68.

⁴³ SALMONA Maurerria, Francisco José, *op. cit.*, pág. 41.

⁴⁴ SALMONA Maurerria, Francisco José, *ibidem*, pág. 41.

dos razones de acción contradictorias, y cuyo cumplimiento simultáneo no es posible. De este modo, las diferencias entre principios y reglas que existen en el plano estructural se proyectarán también en la forma de solución de estos tipos de antinomias⁴⁵.

Para el profesor Nogueira, las antinomias entre reglas deben resolverse adoptando una y desechando la otra, aplicándolas de un modo disyuntivo en un juego de todo o nada⁴⁶. Así, un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado a través de los criterios tradicionales de resolución de antinomias, logrando a través de éstos la aplicación de un criterio de la especialidad, la introducción de una cláusula de excepción, o la declaración de invalidez de una de las reglas. Es por esto que se sostiene que los criterios tradicionales actúan afectando la dimensión de validez de las normas, y que en el caso de las reglas, es el plano en donde tiene lugar el conflicto⁴⁷.

Las colisiones de principios, en cambio, se solucionan haciendo ceder uno ante otro. Sin embargo, esta postergación que se hace respecto de uno de los principios no se lleva a cabo en consideración de la validez de alguno (como sería en caso de aplicar el criterio jerárquico o cronológico), ni por medio del establecimiento de una cláusula de excepción permanente entre éstos (como resultaría de aplicarse el criterio de especialidad), sino que en atención a las circunstancias del caso concreto. El mayor o menor “*peso*” que pueda tener uno de los principios que colisiona viene determinado por las circunstancias del caso, y dado que éstas pueden cambiar en otra situación, también es posible que varíe el peso atribuido a uno u otro principio en pugna, y con ello, el resultado obtenido al llevar a cabo la resolución del conflicto. Dworkin nos lo señala así: “*Cuando los principios se interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno*”⁴⁸. En síntesis, las colisiones de principios se resuelven en favor de aquel principio que presente mayor peso en un caso concreto⁴⁹.

De la ya explicada diferenciación entre los conflictos de reglas y colisiones de principios, y de las dimensiones de validez y peso en que respectivamente operan, es que han debido

⁴⁵ RUIZ Ruiz, Ramón, *op. cit.*, pág. 57.

⁴⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pag. 225.

⁴⁷ RUIZ Ruiz, Ramón, *op. cit.*, pág. 59.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pág. 77.

⁴⁹ RUIZ Ruiz, Ramón, *op. cit.*, págs. 58 -59.

elaborarse criterios o métodos de resolución que sean pertinentes para cada uno de estos tipos de antinomias.

Por todo lo dicho es que toma vital importancia la consideración de la estructura de los principios, así como las circunstancias del caso concreto de cada antinomia, a la hora de elaborar métodos de resolución de colisiones de derechos; este es el sentido que Dworkin daba a sus palabras al expresar que los principios operan en la dimensión del “*peso*”, factor que está determinado por las circunstancias concretas de cada caso, y cuya adecuada valoración se torna indispensable a la hora de elaborar una solución por parte del jurista.

3. Un orden débil de principios

Ya se ha aclarado la distinción entre reglas y principios, así como la identificación de los derechos fundamentales con éstos últimos; corresponde ahora abordar algunas cuestiones relativas a su aplicación.

No son completamente pacíficas las nociones relativas a los presupuestos que deben existir para una adecuada aplicación de los principios. En ese sentido, Ramón Ruíz Ruíz ofrece un contraste entre las opiniones que al respecto sostienen Dworkin y Alexy.

Por una parte, Dworkin es partidario de un *orden fuerte de principios*, esto es, exigir que la aplicación de los principios permita solo una única respuesta correcta a sus eventuales pugnas, en los casos en que las reglas no lo determinen. En cambio, Alexy no comparte esta postura en razón de la imposibilidad práctica de elaborar una lista de todos los principios existentes en un sistema con sus respectivas relaciones de prioridad abstracta y concreta, que permita de ese modo definir unívocamente la decisión para cada conflicto; Alexy se muestra favorable a un *orden débil de principios* y sostiene la necesidad de generar mecanismos que, aunque no resuelvan todos los conflictos de manera previa y abstracta, a lo menos tiendan a reducir al máximo la discrecionalidad judicial⁵⁰. Este orden débil estaría compuesto de tres elementos: un sistema de condiciones de preferencia, un sistema de estructuras de ponderación, y un sistema de prioridades *prima facie*.

⁵⁰ RUIZ Ruíz, Ramón, *op. cit.*, pág. 60.

3.1. Sistema de condiciones de preferencia. Este sistema se funda en una máxima que vale para todas las colisiones de principios. Es la llamada *Ley de la Colisión*, y que dice:

“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente⁵¹”.

Esto explica que, si bien las colisiones de principios deban siempre resolverse en consideración del peso de cada uno en el caso concreto, esto no significa que el resultado sea únicamente significativo para la pugna en cuestión, sino que permite establecer relaciones de prioridad condicionada que sean relevantes para la resolución de casos futuros⁵².

3.2. Sistema de estructuras de ponderación. Según se ha señalado, los principios, entendidos como mandatos de optimización, exigen un cumplimiento en la mayor medida posible en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La consideración adecuada de las posibilidades fácticas exige la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad; por su parte, la consideración adecuada de las posibilidades jurídicas implica la aplicación de la ley de la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto⁵³. Todos estos subprincipios serán explicados con un mayor detalle al momento de abordar el contenido del *principio de proporcionalidad*.

3.3. Sistema de prioridades prima facie. Sobre este punto, y siempre siguiendo a Alexy, Ruiz Ruiz señala que:

“Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios, si bien no contienen una determinación definitiva, por lo que el orden depende de nuevo de la argumentación”⁵⁴.

⁵¹ RUIZ Ruiz, Ramón, *op. cit.*, pág. 61.

⁵² RUIZ Ruiz, Ramón, *op. cit.*, pág. 61.

⁵³ RUIZ Ruiz, Ramón, *ibidem.*, pág. 61.

⁵⁴ RUIZ Ruiz, Ramón, *ibidem.*, pág. 63.

La idea del orden débil de principios es la que en este trabajo se tendrá como presupuesto a la hora de aplicar principios y resolver la colisión entre libertad religiosa y derecho a la honra que nos convoca. Como ya se habrá podido advertir, este orden débil de principios es coherente con la aplicación de la Ponderación, figura cuya debida explicación obliga a abordar el tema de los métodos de resolución de colisiones de derechos.

VII. Métodos de resolución de colisiones de derechos

En su “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Alexy ofrece un esquema que grafica de forma clara las distintas posibilidades que existen a la hora de resolver una colisión de derechos fundamentales⁵⁵:

(1) $P_1 \mathbf{P} P_2$

(2) $P_2 \mathbf{P} P_1$

(3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$

(4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

Para explicar de mejor forma este esquema, corresponde aclarar el sentido de cada una de las variables en él contenidas. P_1 representa a uno de los principios en colisión (que según el caso en estudio, será entendido como el derecho a la libertad religiosa); P_2 será tenido por el principio que opera en sentido contrario respecto del primero (o sea, el derecho a la honra); \mathbf{P} significa la precedencia de un principio sobre otro; y C , consiste en las condiciones del caso concreto en que un principio precede a otro.

Como podrá apreciarse en las 4 formas de resolución de colisiones de derechos contenidas en el esquema de Alexy, las dos primeras son relaciones de precedencia abstracta e incondicionada que operan en el plano de la justificación, con prescindencia de toda condición del caso en la aplicación. Esto se ve graficado por la ausencia de la variable C . Los dos últimos, en cambio, son modelos de precedencia condicionadas, en que C

⁵⁵ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 73.

representa las condiciones que en el momento de la aplicación resultan observables para establecer la precedencia de un derecho sobre otro⁵⁶.

Estos dos pares de formas de resolver antinomias responden a razonamientos distintos, que consisten en los dos más conocidos métodos de resolución de colisiones de derechos fundamentales: la jerarquización y la ponderación. A continuación se procederá a explicar cada uno, a fin de identificar cuál de ellos resulta más idóneo a la hora de elaborar una solución a la colisión entre la libertad religiosa y el derecho a la honra.

1. La Jerarquización o método de la Jerarquía de Derechos

Este método se caracteriza por el establecimiento de una relación de precedencia abstracta e incondicionada que opera en el plano de la justificación, con prescindencia de toda consideración de las circunstancias de su aplicación, y en virtud del cual, llegado el momento de la colisión de derechos fundamentales, el tribunal que conoce de la situación puede fácilmente resolver dejando de lado al derecho considerado inferior y aplicando el superior⁵⁷. De lo dicho se desprende que, para ser posible la aplicación del método de la jerarquización, es indispensable que se haga el previo reconocimiento de la existencia de una valoración diferenciada entre derechos fundamentales. Uno de los autores adherentes a este método es Eduardo Novoa Monreal, quien al respecto sostiene que es necesario:

“[...]proponer directamente la existencia de una gradación entre los diferentes derechos humanos, según la cual algunos de ellos tienen prioridad sobre otros. Esto corresponde a la diferenciación entre derechos humanos absolutos y derechos humanos relativos. [...] De modo que no todos los derechos y libertades fundamentales del hombre están en un mismo plano de importancia, 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. Aquellos que en circunstancia alguna pierden su vigencia pueden ser tenidos por derechos “absolutos”, dentro de la nomenclatura que hablamos [...] El examen de todas éstas reglas jurídicas ha de bastar para convencernos de que los derechos humanos no se hallan todos en un

⁵⁶ SALMONA Maureira, Francisco José, *op. cit.* pág. 52.

⁵⁷ SALMONA Maureira, Francisco José, *op. cit.* págs. 52-53.

mismo nivel, que ellos admiten gradación y que algunos de ellos tienen un rango superior a los demás, el cual deriva de su calidad de derechos humanos absolutos”⁵⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar la existencia de opiniones disidentes en cuanto a la idoneidad de este método a la hora de resolver las colisiones de derechos fundamentales. Nogueira critica a la jerarquización por operar a través de la valoración subjetiva de quien se avoca a resolver la colisión de derechos. Añade que cada vez que se anula algún derecho al concederle una jerarquía inferior a la de otro que se pretende imponer, se atentaría contra la justificación misma de los derechos fundamentales, que está en servir al efectivo desarrollo del ser humano y su perfección. Además, esta situación afectaría de manera grave al principio de igualdad de dignidad y derechos de aquella persona cuyo derecho se ha visto postergado por la aplicación del método de la Jerarquización⁵⁹.

El mismo autor se refiere a los errores metodológicos que el método en estudio induce a los operadores jurídicos, ya que en su opinión:

“[...] analizan el caso en una perspectiva abstracta y no en la situación concreta con sus particularidades propias, argumentando no desde el caso sino desde la posición subjetiva de valoración de los derechos que se sustenta, además de no responder a los argumentos concretos de las partes, dejando sin fundamentar o motivar una parte relevante de la sentencia, lo que la convierte en una sentencia con falta de razonabilidad y eventualmente arbitraria, como simple ejercicio de un poder sin capacidad de persuasión”⁶⁰.

También Castillo Córdova expone los inconvenientes que presenta la aplicación de este criterio:

“Dentro de este mecanismo de solución de los conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas”⁶¹.

⁵⁸ NOVOA Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, segunda Edición, México, Editorial Siglo Veintiuno, 1981, págs. 185-186.

⁵⁹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pág., 225.

⁶⁰ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *ibidem*, pág., 227.

⁶¹ CASTILLO Córdova, Luís Fernando, *¿Existen los llamados conflictos de derechos fundamentales?*, en **Cuestiones Constitucionales**, número 12, pág. 103, 2005.

Dado que no es objeto de este trabajo explicar pormenorizadamente las particularidades e inconvenientes propios del método de jerarquización, las menciones ya realizadas al respecto resultan suficientes para ilustrar de forma elemental y necesaria sobre este criterio de resolución de colisión de derechos.

2. La Ponderación

2.1. Cuestiones preliminares

Antes de explicar en qué consiste la Ponderación es necesario abordar un concepto más general, y que sirve de supuesto para la aplicación de este método de resolución de colisiones de derechos. Nos referimos al *Principio de Proporcionalidad*.

2.1.1. El Principio de Proporcionalidad

La atribución de libertades absolutas a las personas que viven en sociedad desembocaría irremediablemente en un conflicto permanente al momento de ejercerlas. Esto plantea al Estado la necesidad restringir las libertades inicialmente reconocidas para lograr compatibilizarlas. Sin embargo, la competencia del Estado para imponer restricciones también requiere estar sujeta a una debida limitación formal y material, a fin de no configurar medidas abusivas. La limitación formal se logra con las reservas de ley y jurisdicción; la material se consigue a través del principio de proporcionalidad.

El profesor Nogueira señala que el Principio de Proporcionalidad consiste en un parámetro de control a las intervenciones que limitan o restringen derechos fundamentales con el objeto de optimizar un bien⁶², mientras que en un sentido similar, Robert Alexy afirma que éste sirve “[...]como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales”⁶³.

⁶² NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pág. 242.

⁶³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. XXXVI.

El Principio de Proporcionalidad no es solamente una elaboración doctrinaria, sino que tiene recepción a nivel normativo. En el derecho comparado se ha reconocido al Principio de Proporcionalidad como uno de los postulados que inspiran al Estado de Derecho, idea que también es posible reconocer consagrada en nuestra propia Constitución al interpretar debidamente sus artículos 6 y 7⁶⁴. Pero además, existen manifestaciones del principio de proporcionalidad en el artículo 19 de la carta fundamental, tal y como ocurre con la prohibición de conductas arbitrarias, establecida en su número 2, y la garantía del contenido esencial de los derechos que se encuentra en el número 26 del mismo artículo⁶⁵.

Antes de continuar es necesario indicar dos cuestiones previas:

En primer lugar, tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación parten de la consideración de los derechos fundamentales entendidos como “*mandatos de optimización*”, cuyo concepto ya fue explicado a propósito de la diferencia entre reglas y principios. Esto impide afirmar que los derechos fundamentales sean mandatos que ordenen su satisfacción en un punto máximo.

En segundo lugar, la aplicación del Principio de Proporcionalidad parte del presupuesto de que los derechos fundamentales se componen de dos tipos de contenidos: uno *prima facie*, y otro definitivo. En ese sentido, Carlos Bernal Pulido explica:

“El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, cuando es interpretado de manera amplia; en otras palabras, son las facultades con que cuenta en principio el titular de un derecho. Este contenido es *prima facie* porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por los poderes públicos”.⁶⁶

El principio de proporcionalidad se descompone en tres sub principios⁶⁷ cuya aplicación escalonada y sucesiva permite definir lo que debe entenderse por “*optimización*”, y que

⁶⁴ SALMONA Maureira, Francisco José, *op. cit.* pág. 62

⁶⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pág. 242

⁶⁶ BERNAL Pulido, Carlos, *La Ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica*, 2010. Disponible en: <http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/LIBRO.pdf>
Fecha última visita: 13 Nov. 2011.

⁶⁷ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pág. 242.

debe cumplir toda intervención en los derechos fundamentales que pretenda realizarse sin irracionalidad y/o arbitrariedad. Estos son: el *subprincipio de idoneidad*, el *subprincipio de necesidad* o de intervención mínima, y el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* o *ponderación*. A continuación se desarrollará el contenido de cada uno de ellos.

- a) **Subprincipio de idoneidad.** La limitación o restricción que pretenda imponerse a un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Esto impone dos exigencias para cumplir con el subprincipio: **la legitimidad constitucional de la finalidad**, y **la adecuación de limitación a dicha finalidad**⁶⁸. La legitimidad se consigue siempre que se busque proteger un derecho fundamental o bien jurídico relevante. Por otro lado, la idoneidad se configura siempre que exista relación fáctica ente la limitación y la finalidad que se propone, es decir, una idoneidad para contribuir a la protección del derecho o bien jurídico que conforma la finalidad legítima. Además, la finalidad no debe ser indeterminada, sino que lo más concreta posible⁶⁹. En suma, la idoneidad “[...] *es la relación de causalidad de medio a fin*”⁷⁰, “[...]”, es decir, entre la medida limitadora o restrictiva y el fin establecido en la Constitución.
- b) **Subprincipio de necesidad o de intervención mínima.** Esta exigencia implica que toda medida limitadora o restrictiva de derechos fundamentales “[...] *debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto*”⁷¹. Se hace una comparación entre de la medida elegida y las alternativas, en la que se consideran dos aspectos: “1) *la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo*; y 2) *el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental*”⁷². Por lo tanto, este subprincipio busca que se elija una medida que resulte indispensable, sin que exista otra que sea igualmente efectiva y adecuada para alcanzar la finalidad constitucional⁷³.

⁶⁸ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*

⁶⁹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, págs. 242-243.

⁷⁰ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *ibidem.*, págs. 237-238.

⁷¹ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*

⁷² BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem.*

⁷³ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, págs. 242-243.

“Se trata de un escrutinio de una relación medio-medio [...]. Se parte de la comparación entre medios idóneos, aquel que ha escogido el legislador y otros medios alternativos idóneos. El análisis sobre los medios alternativos se realiza en relación al objetivo del trato diferenciado”⁷⁴

- c) **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación.** Consiste en la comparación entre dos variables: **la realización del fin de la medida adoptada**, y la **afectación del derecho fundamental**. Aquí se examina si la limitación o restricción que afecta a un derecho fundamental constituye una medida justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene, y el grado de menoscabo del derecho afectado. Dicho en palabras de Nogueira: *“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción de otro”*⁷⁵. Por su parte, Bernal Pulido sostiene al respecto que: *“[...] las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”*⁷⁶.

Dado que el Principio de Proporcionalidad tiene por finalidad evitar la afectación innecesaria o excesiva de los derechos fundamentales, cada vez que una medida no satisfaga los criterios de optimización establecidos en los subprincipios del principio de proporcionalidad, podrá procederse a declararla inconstitucional. Estos subprincipios *“[...] son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de la sentencias del Tribunal Constitucional [...]”*⁷⁷, de manera tal que satisfecho que sea el de idoneidad, se procederá a analizar el de necesidad, y sólo una vez hecho lo mismo con éste, corresponderá verificar el cumplimiento del de proporcionalidad en sentido estricto. Es por esta razón que *“[...] el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario [...]”*⁷⁸.

⁷⁴ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *ibidem*, pág.237-238.

⁷⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *op. cit.*, págs. 237-238.

⁷⁶ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*

⁷⁷ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem*.

⁷⁸ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem*.

2.1.2. La opción por la ponderación

La ya referida colisión entre libertad religiosa y derecho a la honra será resuelta a través de la Ponderación, y en general, en aplicación del Principio de Proporcionalidad. Son numerosos los argumentos favorables a la opción de este método por sobre la Jerarquización, pero basta hacer mención a un concepto fundamental, ya explicado, para comprender la razón principal que subyace a este análisis. Me refiero a los mandatos de optimización. En efecto, en la medida que se entienda a los derechos fundamentales como principios, y a estos a su vez como normas que mandan cumplir algo en la mayor medida posible, resulta forzoso descartar el criterio de la jerarquización, toda vez que este último aspira a resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de precedencia incondicionada. Esto resulta incompatible con una concepción de los derechos fundamentales que los entienda, sin excepción, como medios orientados a conseguir el más pleno desarrollo del ser humano, la que no puede respetarse sino por la búsqueda del cumplimiento de cada uno de ellos en la mayor medida posible, según establece el concepto de los mandatos de optimización.

La aplicación del método de la Jerarquización supone que los principios se apliquen a través de la subsunción del caso concreto en la respectiva precedencia incondicionada que resuelve la colisión de manera abstracta. Por su parte, la aplicación de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización, no permite subsumir al estilo del método de la Jerarquización, y en cambio, obliga a recurrir a otra forma de aplicación, cual es, la Ponderación. Este es método que se utilizará para resolver nuestra colisión entre libertad religiosa y derecho a la honra, por lo que resulta del todo pertinente proceder a especificar su estructura.

2.1.2. La Estructura de la Ponderación

Para Alexy, la Ponderación es un “[...] *criterio estructural para la solución de las colisiones*”⁷⁹ [...], y a diferencia de lo expuesto sobre la Jerarquización de derechos, tiende al establecimiento de una relación de precedencia concreta y condicionada que opere en el plano de la aplicación.

⁷⁹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. XXXVI.

Siguiendo la definición de Prieto Sanchís, ponderar consiste en “[...] *considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas* [...]”⁸⁰. La ponderación debe determinar como solucionar la contraposición de los elementos en pugna, ya sea que se trate de razones, intereses o bienes, pudiendo ocurrir que no siempre el equilibrio entre éstos sea alcanzado y sea necesario someterlos a una postergación parcial y compartida⁸¹. Es en virtud de esto que la ponderación busca “*la producción de una relación de precedencia condicionada, bajo la cual se engloben todas aquellas condiciones por las que en un caso determinado, un principio debe preceder a otro*”⁸².

Carlos Bernal Pulido, siguiendo a Alexy, nos señala que para establecer la ya referida relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: *la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación*⁸³.

a) La ley de la ponderación:

Esta máxima reza como sigue:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁸⁴

Junto con ser la ley de la ponderación el primer elemento conformador de la estructura de la ponderación, cabe señalar que aquella se compone a su vez de tres pasos a los que Alexy se refiere en su “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio

⁸⁰ PRIETO Sanchís, Luís, *op. cit.*, pág. 189.

⁸¹ SALMONA Maureira, Francisco José, *op. cit.* págs. 63-64

⁸² SALMONA Maureira, Francisco José, *ibidem.* pág. 43

⁸³ BERNAL Pulido, Carlos, *Estructura y Límites de la Ponderación*, 2003. Disponible en: www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/estructura-y-limites-de-la-ponderacin-0/ Fecha última visita: 13 Nov. 2011.

⁸⁴ PRIETO Sanchís, Luís, *op. cit.*, pág. 189.

que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁸⁵.

Al respecto, Bernal Pulido añade algunas precisiones:

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio – y de importancia en la satisfacción –del segundo principio –.

Estos tres pasos operan sobre tres variables. Mientras el primer y segundo paso de la ley de la ponderación enunciada por Alexy son análogos, el tercero será resuelto a través de la “fórmula del peso” que oportunamente será analizada.

Para efectos prácticos del caso, la intensidad de afectación del primer principio de la colisión, o sea la libertad religiosa, será designada como IP_1C , mientras que la importancia en la satisfacción del segundo, es decir el derecho a la honra, lo será como WP_2C . La relación entre la no satisfacción e importancia de cada uno de los principios en colisión configura la primera variable a considerar en la aplicación de la Ponderación, y que en términos de Bernal Pulido, consiste en la “*determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto*”⁸⁶.

La segunda variable es el llamado “peso abstracto”, que se funda en el reconocimiento de que, aún cuando por regla general los principios en colisión tienen la misma jerarquía en razón su común fuente del derecho (como es el caso de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución), es posible que uno de ellos tenga una mayor importancia en abstracto de acuerdo con la concepción de los valores que exista en una sociedad⁸⁷. La variable “peso” será designada por G , mientras que su carácter abstracto, por A ; por lo tanto, los pesos abstractos de la libertad religiosa y el derecho a la honra quedarán representados por GP_1A y GP_2A , respectivamente.

⁸⁵ ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, pág. 49.

⁸⁶ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*

⁸⁷ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem.*

La tercera variable se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada proyecta sobre los principios relevantes, en el caso concreto. Estas apreciaciones pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor debería ser el valor que se reconozca al respectivo principio⁸⁸. Esta variable será designada como S , quedando representada la seguridad de las apreciaciones empíricas para la libertad religiosa y el derecho a la honra por SP_1C y SP_2C , respectivamente.

b) La fórmula del peso.

Esta fórmula expresa que el peso del principio P_1 en relación con el principio P_2 , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_1 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_2 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra⁸⁹. Conforme a lo dicho, la fórmula del peso, aplicada con las tres variantes ya enunciadas, quedaría expresada de la siguiente manera:

$$GP_{1,2C} = \frac{IP_1C \cdot GP_1A \cdot SP_1C}{WP_2C \cdot GP_2A \cdot SP_2C}$$

Sin embargo, esta fórmula no permitiría arribar a conclusión alguna sin valores asociados a cada una de las variables. Bernal Pulido se refiere a este aspecto de la obra de Alexy, esto es, la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, las cuales pueden ser “leve”, “media” o “intensa”⁹⁰. El mismo autor prosigue señalando que, conforme a los tres grados de la escala triádica, se puede atribuir un valor numérico a cada una de las variables que forman parte de la fórmula del peso⁹¹. En ese sentido, a las variables referidas a la afectación de los

⁸⁸ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem*.

⁸⁹ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*

⁹⁰ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem*.

⁹¹ BERNAL Pulido, Carlos, *ibidem*.

principios (IP) y al peso abstracto (GPA) se les puede atribuir un valor de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. Por su parte, a las variables sobre la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir su respectivo valor de este modo: seguro, 2^0 o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea, 1/2; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, 1/4.

Por lo tanto, el resultado de la fórmula del peso, que a su vez fija condición de precedencia condicionada, determinará la primacía de un derecho sobre otro según si el cociente es mayor o menor que 1. En la representación que se expuso de la fórmula del peso, si el resultado fuese superior a 1, entonces P_1 debiese preceder a P_2 ; si en caso contrario, fuese inferior a 1, entonces el principio predominante en el caso concreto sería P_2 .

c) Las cargas de argumentación

Constituyen el tercer elemento de la estructura de la ponderación. Éstas operan cuando los pesos concretos de cada uno de los principios que toman parte en una colisión son idénticos, lo que expresado en las variables ya explicadas resultaría:

$$GP_{1,2}C = GP_{2,1}C$$

Al respecto, Alexy parece defender dos posiciones diferentes, una en “*Teoría de los derechos fundamentales*” y otra en “*Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*”. Esta última parece ser la más convincente, a la cual Bernal Pulido se refiere diciendo:

En los casos de empate, [...] la decisión que se enjuicia aparece como “*no desproporcionada*” y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir, que los empates jugarán a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley.

En ese sentido, los empates se resolverán a favor:

“[...] del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley deberá declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador”.

Sobre las cargas de argumentación bastan las ya referidas menciones, pues desde ya anticipamos que este tercer elemento de la estructura de la Ponderación no tendrá oportunidad de ser empleado en la resolución de la colisión en estudio, debido a que, como oportunamente se explicará, los pesos concretos de cada uno de los derechos en pugna serán diferentes.

VIII. Aplicación del principio de proporcionalidad al caso objeto de análisis

Identificada la colisión de derechos, el método para su resolución, y las razones para preferirlo, corresponde hacer aplicación de cada uno de los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad, que a fin ofrecer una solución óptima, han satisfacerse de manera copulativa. Esto implicará verificar a la luz del Principio de Proporcionalidad si acaso una restricción a la libertad religiosa, en lo pertinente a la emisión de mensajes de reproche y condena a la homosexualidad, es lo suficientemente idónea, necesaria y justa, conforme exige cada uno de sus subprincipios. No obstante lo anterior, deben tenerse presente los comentarios ya formulados sobre la relación existente entre la colisión en estudio y el derecho a la libertad de expresión.

1. Aplicación del subprincipio de idoneidad

Para satisfacer el subprincipio de idoneidad respecto de la restricción de las prédicas en contra de la homosexualidad, es necesario identificar si se cumplen dos factores: *la legitimidad constitucional de la finalidad*, y la *adecuación de la medida en cuestión a dicho fin*. Cabe recordar que este subprincipio opera como un criterio negativo, en cuanto se orienta a detectar y excluir cuáles medios no son idóneos para el fin constitucional pretendido⁹².

1.1. La legitimidad constitucional de la finalidad

La finalidad constitucional sería el respeto al derecho a la honra, cuyo contenido ya fue oportunamente analizado. Esta garantía se encuentra recogida tanto en el artículo 19 n° 4 de

⁹² ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 41.

la Constitución como en Tratados Internacionales suscritos por Chile. Respecto a estos últimos, debe también tenerse en consideración el artículo 5 de la Constitución, que reconoce a los derechos fundamentales como límites a la soberanía, y el deber del Estado de respetar y promover tanto a aquellos contenidos en la Constitución, como en los Tratados Internacionales. De este modo, puede afirmarse con seguridad que sí existe una finalidad constitucional en la medida restrictiva.

1.2. Adecuación de la medida al fin constitucional

Sobre el particular cabe indicar que, consistiendo la finalidad constitucional en proteger la honra de quienes alegan un menoscabo en ella, la restricción en estudio sí se adecua a conseguirla. Esto es así ya que, siendo los mensajes de rechazo hacia la homosexualidad los que podrían ofrecer amenaza a la honra de los homosexuales, al restringirse este atributo de la libertad religiosa se impediría que tuviesen lugar las conductas que dan lugar a la controversia.

Además, cabe añadir que la finalidad constitucional exigida para satisfacer este subprincipio debe ser concreta, lo cual también se verifica en el caso en cuestión gracias a la existencia de varias normas que, a pesar de su relativa amplitud, brindan la suficiente determinación para poder identificarla tanto a nivel de derecho constitucional como internacional.

En suma, el subprincipio de idoneidad sí se vería satisfecho, y con ello, el grado de optimización que a través de él se busca conseguir, tanto por la existencia de una finalidad constitucional subyacente a la medida restrictiva, como por la adecuación suficiente entre una y otra.

2. Aplicación de subprincipio de necesidad

La satisfacción del subprincipio de necesidad debe superar dos requisitos: *la existencia de una idoneidad equivalente o mayor de un medio alternativo, y el menor grado en que la medida restrictiva alternativa intervenga en el derecho fundamental*. A continuación se analizará cada uno de ellos.

2.1. Existencia de una idoneidad equivalente o mayor en un medio alternativo

Para satisfacer este aspecto del subprincipio de necesidad, corresponde determinar si existe alguna otra medida alternativa a la restricción absoluta de la emisión de mensajes contrarios a la homosexualidad fundados desde una perspectiva religiosa, pero que a su vez, cumpla en igual o mayor medida con la idoneidad para alcanzar el fin constitucional, que en este caso consiste en el resguardo del derecho a la honra. En ese sentido, de existir alguna medida alternativa que cumpla este requisito, debe preferirse su aplicación.

Podría considerarse como un medio alternativo e idóneo en los términos descritos, el establecimiento de un límite a las referidas predicas, impidiendo que se realicen en un tiempo y lugar que supongan la exposición de tales mensajes de manera directa ante los homosexuales, y en general, a personas que no adhieran a las convicciones religiosas que justifican el juicio de valor en que consisten. Esto es así porque, considerando los hechos analizados al comienzo de este trabajo, se aprecia que uno de los factores más importantes que dio lugar a las controversias fue el carácter manifiestamente público de los mensajes emitidos.

En los hechos, la medida alternativa podría traducirse en una regulación que establezca que las prédicas religiosas que aborden esa materia deban siempre realizarse en determinados recintos, días específicos, o en ausencia de cobertura de medios de comunicación que hagan difusión de este tipo de declaraciones.

2.2. El menor grado en que la medida restrictiva alternativa intervenga en el derecho fundamental

Para satisfacer este aspecto del subprincipio de necesidad, corresponde determinar si es que existe una medida alternativa a la restricción absoluta de la emisión de mensajes contrarios a la homosexualidad, pero que además afecte en menor medida a la libertad religiosa. Si existiese alguna medida alternativa que cumpla con este requisito, entonces deberá preferirse antes que a cualquier otra.

La ya referida medida alternativa cumpliría con este aspecto del subprincipio de necesidad. En efecto, la medida estaría restringiendo la emisión de estos mensajes, y más específicamente, la posibilidad de realizar un específico ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión pública y colectiva, según se encuentra consagrado en la legislación interna y tratados internacionales. Sin embargo, es claro que esta medida alternativa sería de una intensidad mucho menor que la que implicaría la proscripción en todo tiempo y espacio de la emisión de declaraciones contrarias a la homosexualidad.

Hasta el momento, la referida medida alternativa podría resultar útil para conseguir la optimización en el caso en estudio, por lo que debería preferirse su aplicación, y haría innecesario proseguir en analizando el cumplimiento de los requisitos del Principio de Proporcionalidad. Sin embargo, y no obstante presentarse inicialmente como apta, la medida alternativa resulta cuestionable al concebir otras posibles hipótesis.

Piénsese en el caso de que la medida alternativa propuesta fuese aplicada a fin de salvar el ejercicio pacífico de los dos derechos en pugna. Sería completamente posible que aquellos homosexuales que adhieran a una interpretación del Cristianismo que sea compatible y no sancionadora respecto de sus propios comportamientos sexuales, se vean igualmente expuestos a afectaciones a su honra al momento de asistir al respectivo servicio religioso, dando lugar así a nuevas pretensiones de restringir aún más el ejercicio del derecho fundamental en cuestión, que darían cuenta de la poca efectividad de la medida alternativa para solucionar la colisión del caso.

Dicho todo lo anterior, y sin encontrarse otra posible medida alternativa que se conforme a los requisitos ya señalados, es que la restricción absoluta de este aspecto de la libertad religiosa se presenta como necesaria según lo establecido en el subprincipio de necesidad. En otras palabras, se concluye que no existe otra medida que, siendo igual o superior en idoneidad para alcanzar el fin constitucional de proteger el derecho a la honra, afecte en menor medida el ejercicio de la libertad religiosa, resultando indispensable que para el resguardo del primero deba afectarse en su totalidad este aspecto del segundo.

3. Aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

La aplicación de este subprincipio se hará siguiendo cada uno de los elementos que componen la estructura de la ponderación de Alexy, cuales son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

3.1. Aplicación de la ley de la ponderación

A continuación se identificarán las tres referidas variables respecto de cada uno de los principios en colisión. Además, se calificará cada variable conforme a los respectivos valores que se desprenden de la aplicación de la escala triádica de Robert Alexy, argumentando debidamente la razón de ser de cada una de ellas para posteriormente emplearlas en la fórmula del peso.

3.1.1. Variables en la libertad religiosa.

a) Grado afectación del derecho a la libertad religiosa.

La restricción a la realización de prédicas religiosas en contra de la homosexualidad afecta a un particular aspecto de la libertad religiosa, dejando a salvo la gran mayoría de facultades posibles de ejercerse en función de la misma. En ese sentido, no sería errado pensar que esta restricción no vulnera ampliamente a la libertad religiosa, y por ende, que el grado de no satisfacción, en los términos que requiere esta fase de la ley de la ponderación, sería leve.

No obstante, es necesario considerar la relevancia de las circunstancias actuales en que se hace este ejercicio de la libertad religiosa, toda vez que la crítica hacia la homosexualidad tiene lugar en un contexto en que dicho fenómeno ha alcanzado una notoriedad cada vez mayor. Prueba de ello es la existencia de organizaciones homosexuales tanto a nivel nacional como internacional, y la realización de continuas actividades públicas y masivas orientadas a buscar respaldo social a sus reivindicaciones. Para aquellas que en base a su

religión conciben a la homosexualidad como nociva y reprochable, la ocurrencia de estos fenómenos sociales motiva más oportunidades de debate, comunicando al resto de la sociedad el juicio de valor que desde su fe existe al respecto. En otras palabras, cuando los adherentes a ciertas iglesias cristianas perciben que una conducta pecaminosa se expresa de manera más notoria, a la par que incrementa el apoyo hacia ella por parte de amplios sectores de la población, la prédica en contra de dicha conducta se les presenta mucho más necesaria, pues con ello, además de expresar una idea, se busca corregir lo que se estima negativo.

Por otro lado, también existe una afectación a la libertad religiosa en cuanto a la facultad de exteriorizar ideas que a la luz del ordenamiento jurídico se consideran legítimas, incluso lo suficiente como para incluirse en los estatutos de entidades religiosas que han obtenido personalidad jurídica. En efecto, resulta absurdo que por un lado se permita adherir a un credo que reprocha y condena la homosexualidad, pero que por otro, se prohíba la declaración pública de esas mismas ideas; dicho de otro modo, en caso de operar esta restricción a la libertad religiosa, se configuraría la paradoja de que, permitiéndose sostener convicciones contrarias a la homosexualidad, no sería posible expresarlas.

Todo lo hasta acá dicho en torno al grado de afectación de la libertad religiosa, permite desestimar que ésta tenga un carácter leve, sin embargo, tampoco es posible concebirla como grave, toda vez que la no satisfacción recae en una muy particular y acotada facultad de este derecho. Dicho de otro modo, aún en caso de aplicación de la medida restrictiva, la gran mayoría de las facultades propias del derecho a la libertad religiosa permanecen inalteradas, por lo que la afectación que se configura es antes cualitativa que cuantitativa.

Siendo coherentes con lo expuesto, corresponde concluir que el grado de afectación del derecho a la libertad religiosa debe ser calificado como “medio”, cuyo valor equivale a 2.

b) Peso abstracto de la libertad religiosa.

Si bien Chile aún posee un porcentaje considerable de personas que se reconocen a sí mismas como pertenecientes a alguna religión, también es cierto que éstas han perdido su antiguo rol en la estructuración de la sociedad, ocurriendo algo similar respecto de su capacidad para influir en ella. De allí que sea posible afirmar que una restricción en la

libertad religiosa no impactaría intensamente a la mayoría de la población, la que en muchos casos resultaría ser más bien indiferente. Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho, las religiones y sus adherentes aún se encuentran lo suficientemente presentes en Chile como para hacer imposible e inaceptable ignorar su existencia.

El fenómeno religioso, que constituye lo amparado por la garantía en análisis, es consecuencia de la interacción que el ser humano procura realizar con su dimensión espiritual. Es en virtud de la autodeterminación en las propias ideas y conductas, que las personas dan lugar a manifestaciones de índole religioso, por lo que toda coacción orientada a alterar este tipo de convicciones termina por relativizar la aptitud inherente al ser humano para orientarse a sí mismo en materias de fe, violando así el deber de respeto que merece todo ser humano por el solo hecho de ser tal.

Por otro lado, las actuales sociedades democráticas se caracterizan por contar en su interior con una amplia diversidad humana, lo que implica convivencia entre formas diferentes de pensar/hacer en la realidad. Muy relacionado con lo anterior, el deber de respeto a la dignidad humana que vincula a los órganos del Estado y a la sociedad misma, impone el imperativo de desenvolverse en la sociedad sin menoscabar algún sector de ella, y por lo tanto, el resguardo de las personas en el legítimo ejercicio de la libertad religiosa se encuentra fuertemente relacionado con el respeto por la sociedad democrática. Lo dicho impide calificar el peso abstracto de la libertad religiosa como leve o medio, y en cambio, argumenta a favor de su consideración como alto o “intenso”; de este modo, su valor equivale a 4.

c) Seguridad de las apreciaciones empíricas sobre la afectación a la libertad religiosa.

El grado de certeza sobre la afectación a la libertad religiosa que se generaría por la aplicación de la medida restrictiva debe ser considerado alto o “intenso”.

Hay certeza en cuanto a que la medida restrictiva forzaría a los seguidores de ciertas iglesias cristianas, a adoptar una conducta pasiva ante algo que consideran socialmente nocivo y contrario a sus propias convicciones religiosas. Esta imposición no se orienta únicamente a conseguir un comportamiento exterior que obligue a omitir la emisión de

ciertos mensajes, sino que también a la desaparición definitiva de ciertos juicios religiosos que reprochen a la homosexualidad, toda vez que la imposibilidad de comunicarlos públicamente terminaría recluyéndolos a la clandestinidad; por esta razón la medida restrictiva generaría una fuerte intervención en el fuero interno de las personas que adhieren a estas creencias religiosas.

Por otro lado, también es posible encontrar certeza suficiente ante otra consecuencia derivada de la medida restrictiva, cual es, la negación de la posibilidad de formular una disidencia religiosamente motivada respecto de un fenómeno social. De ese modo se estaría despreciando la opinión que cierto sector de la sociedad sostiene sobre un tema en particular, a la luz de un credo que es expresión de la autodeterminación y dignidad humanas. En el fondo, se estaría cerrando a ellos la posibilidad de ejercer aquella práctica tan elemental para toda verdadera convivencia democrática: compartir y discutir ideas libremente.

Las dos referidas consecuencias, fácilmente previsibles a propósito de la aplicación de la medida restrictiva de la libertad religiosa, permiten concluir que las apreciaciones empíricas son “seguras”, por esto el valor de la variable equivale a 1.

3.1.2. Variables en el derecho a la honra.

a) Grado de afectación del derecho a la honra.

Una manera para determinar la intensidad en que se afecta el derecho a la honra en la colisión en estudio, consiste en concebir en abstracto cuál sería la situación en caso de no aplicarse una medida restrictiva a la libertad religiosa. Lo primero que salta a la vista es que los homosexuales podrían seguir siendo legítimamente denominados con calificativos idénticos o equivalentes a los que para ellos se emplean en la Biblia, además de cuestionados por su condición sexual, y advertidos en diversas formas sobre las consecuencias negativas que a la luz de la religión se deparan para quienes llevan una forma de vida como la homosexual. En resumen, se mantendría la misma situación que sobre este punto existe hasta el momento.

Según ya se indicó en su oportunidad, el derecho al respeto a la honra implica la conservación de la buena fama, crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social. La continuación de los mensajes religiosos contrarios a la homosexualidad podría afectar el contenido del derecho al respeto a la honra, en la medida que el discurso que se emite públicamente crearía para la sociedad una imagen negativa sobre de las personas que experimentan ese tipo de sexualidad. A su vez, esta imagen desfavorable que el discurso religioso generaría para los homosexuales, repercutiría en la integridad psíquica de éstos, y por extensión, en su dignidad. En efecto, la difusión de mensajes que crean una idea negativa sobre los homosexuales incumpliría el deber de respeto que merecen los seres humanos por el solo hecho de ser tales, que impone el reconocimiento de la dignidad humana.

Considerando las circunstancias del caso concreto, puede advertirse que el grado en que se afecta al derecho a la honra es medio. Esto es así ya que, si bien se trata de mensajes referidos a un aspecto íntimo de las personas por el cual éstas no debiesen ser objeto de un trato diferenciado, tampoco se verifica que sean idóneos para alterar sustancialmente la percepción que la sociedad tiene sobre los homosexuales; no es efectivo que la impresión negativa que actualmente existe hacia los homosexuales haya sido generada por mensajes cristianos contrarios a dicha anomalía sexual, sino más bien por nociones morales elaboradas a lo largo del histórico devenir social, y que si bien inicialmente estuvieron vinculadas con creencias religiosas, hoy en día, y por regla general, trascienden a dicha fundamentación.

Por lo tanto, en atención a los términos en que la libertad religiosa impide la no satisfacción del derecho a la honra, la calificación de su afectación, en concordancia con lo indicado, debe corresponder a un grado “medio”, es decir, su valor equivale a 2.

b) Peso abstracto del derecho a la honra.

La vida en comunidad, expresión del carácter social inherente a los seres humanos, presupone un continuo flujo de comunicación que eventualmente puede dar lugar a discusiones de diversa intensidad. Esto obliga a asegurar que dichas comunicación y discusiones se lleven a cabo sin poner en riesgo la armonía de las comunidades humanas.

Por esta razón, resulta fundamental el resguardo del buen prestigio de las personas ante posibles excesos en el contenido de los mensajes emitidos por otras. Un límite al intercambio de información e ideas permite que éste tenga lugar sin atentar contra el ya mencionado carácter social de los seres humanos, y que con ello se favorezca condiciones para alcanzar el bien común.

A nivel individual, el derecho a la honra también permite garantizar la ausencia de mensajes que menoscaben la integridad psíquica de las personas, lo cual tiene implicancia directa con las posibilidades de lograr el mayor despliegue humano posible.

La gran relevancia del papel que juega este derecho como garante de la armonía del devenir social, y de la integridad individual de las personas, permite calificar al peso abstracto del derecho a la honra como alto o “intenso”. El valor de esta variable, por lo tanto, equivale a 4.

c) Seguridad de las apreciaciones empíricas sobre la afectación del derecho a la honra.

Ya mencionamos que la religión está presente en la sociedad actual como una manifestación de la autodeterminación de las personas en materia de fe; es expresión de las capacidades humanas que optan por una forma de entender la realidad y relacionarse con lo trascendental. Ahora bien, que el fenómeno religioso exista en una sociedad no significa necesariamente que éste esté ampliamente extendido en ella, ni que su presencia se canalice a través de una única iglesia predominante. Sin embargo, es mucho más importante proteger la religión por ser expresión del ejercicio de un atributo humano fundamental, que por lo extendida que ésta esté entre la población. Su merecimiento de protección se debe más a una razón cualitativa que cuantitativa; en otras palabras, la religión no debe ser amparada únicamente en razón de cuántas personas la experimenten de algún modo, sino que por tratarse de una manifestación de la autodeterminación humana en materia espiritual, que es expresión directa de la dignidad.

Los fundamentos en que se sustentan las prédicas en contra de la homosexualidad son netamente religiosos. De este modo, se considera negativa a la homosexualidad porque así lo dispone el principal documento sagrado de la religión, y cuyo contenido se considera

fruto de la acción de un ser superior. Si en este mensaje sólo se ofrecen fundamentos religiosos, entonces los receptores efectivos del mismo sólo podrán ser aquellos que compartan dichos fundamentos. Dicho de otro modo, para que una persona asimile la idea de que la homosexualidad es negativa porque un ser superior y omnisciente así lo expresa, ya sea directamente o a través de algún intermediario, será indispensable que dicha persona comparta una creencia en ese sentido, tanto sobre la existencia de una entidad de semejantes características, como respecto de la veracidad de su mensaje. Por el contrario, si ese mismo mensaje se llevase a personas que no comparten creencias de ese tipo, entonces el discurso contrario a la homosexualidad no podría tener acogida, pues estaría ausente el presupuesto esencial para adherir de manera coherente a los postulados de las iglesias cristianas, cual es, la fe. Sin el asentimiento a la revelación de Dios, todo mensaje cristiano, en cuanto tal, queda impedido de conseguir persuasión en las personas que piensan de forma diferente.

Dicho lo anterior es que se puede concluir lo siguiente: la única forma en que la prédica en contra de la homosexualidad podría conseguir crear una imagen negativa de los homosexuales que afecte su prestigio ante la sociedad, vulnerando de ese modo el derecho a la honra, supondría que ésta (la sociedad), en general, adhiriese a una fe que reconozca la validez de dicho mensaje. Si la sociedad no está en condiciones de asimilar esta idea en atención al fundamento con que se presenta, entonces el mensaje no es idóneo para generar la afectación al derecho a la honra que se alega.

Por todo lo dicho, y en atención a la variable de la fórmula del peso que está siendo analizada, es que puede considerarse poco seguro que el mensaje en contra de la homosexualidad pueda afectar el derecho a la honra de los homosexuales.

Convivir en una sociedad plural exige que seamos capaces de desempeñarnos entre personas y opiniones muy disímiles. Es posible encontrar quienes reconocen a sus propios puntos de vista como verdades absolutas, y que por ende, no admiten discusión. Sin embargo, esto no se encuentra en necesaria contradicción con una convivencia plural y democrática, toda vez que esta última respeta su real sentido cuando ningún sector de la diversidad humana procura coaccionar al resto en orden a conseguir adhesión; esto es perfectamente compatible con la presencia de personas que reconocen a sus propias ideas

como dogmas, en la medida que las sigan y defiendan bajo las mismas reglas democráticas que el resto, y entre las que se encuentra el poder ser receptor de críticas y calificaciones.

Si la libre formulación y recepción de críticas se viese como algo inaceptable, entonces lo que debiera favorecerse es la creación de comunidades totalmente homogéneas, de manera tal que nadie pudiese criticar a otro por sus particularidades. Pero esto está lejos de ser así, y nos exige aprender a convivir entre permanentes diálogos que pueden conducir a consensos o disensos de distinta naturaleza.

En nuestras sociedades todos somos susceptibles de ser criticados desde los más variados puntos de vista, ya sean morales, filosóficos, políticos, o religiosos; nadie está blindado ante la crítica, o por lo menos eso se supone que debiese ser. Por esta razón, el que una parte de la sociedad critique, argumente y califique a la homosexualidad desde un punto de vista religioso y dogmático, es manifestación del juego democrático en el cual todos estamos inmersos. En ese sentido, los homosexuales no tienen una condición especial que les permita acceder a una estatus de preferencia respecto del resto de la sociedad. Si se supera el chantaje sentimental en que consiste el *lobby Gay*, podrá concluirse sin problema que no existe razón medianamente seria que permita afirmar que la homosexualidad merece ser incuestionable.

Los homosexuales podrían no compartir el cristianismo u otra religión, y considerar que los argumentos ofrecidos por quienes ejercen la libertad religiosa son insuficientes, carentes de sustento científico, u obsoletos. Ante esto, podrían responder cada una de las críticas que se les dirigen y calificar tanto a los mensajes como a sus emisores según mejor les parezca, pero lo que no pueden pretender bajo ningún punto de vista, es que la difusión de ideas disidentes a ellos sea impedida. Esto no consistiría en una legítima respuesta para defender el derecho a la honra, sino que una reacción hipersensible a la crítica hecha desde el punto de vista religioso.

La prédica en contra de la homosexualidad no es condición necesaria y suficiente para que se afecte el derecho a la honra. De otro modo, habría que asumir la existencia de un determinado tema que no puede ser objeto de discurso en ningún sentido por las sensibilidades que podrían herirse en caso de hacerlo; en dicha hipotética situación,

parecería curioso que los homosexuales estuviesen defendiendo un tabú sobre la sexualidad bastante cercano a las religiones cuyos dogmas critican. Sin embargo, esto no es así, pues es de público conocimiento que los movimientos homosexuales dan un significativo impulso a campañas en que se distribuye información sobre diversidad sexual en muy variados espacios, desde medios electrónicos hasta escuelas primarias. Por lo tanto, puede concluirse que lo que los homosexuales buscan, no es que se omitan menciones sobre su particular forma de sexualidad, ni que se realicen discursos públicos que expliquen de forma pormenorizada tal fenómeno, sino que se impida la emisión de juicios desfavorables al ideario pro homosexual. En otras palabras, el problema no sería la alusión pública sobre un aspecto de la persona que podría considerarse sensible y ajeno a la ingerencia de la colectividad, sino que la existencia de una determinada opinión formada desde cierto punto de vista, cual es, el rechazo a la homosexualidad según iglesias cristianas.

Por lo tanto, tampoco es suficientemente seguro que la manifestación de un juicio de valor sobre un tema como cualquier otro, elaborado desde una perspectiva sostenida por personas que forman parte de nuestras sociedades plurales y democráticas, pueda afectar realmente el derecho a la honra.

Por todo lo dicho, es que considero que las apreciaciones empíricas sobre la afectación del derecho a la honra deben ser consideradas como “no evidentemente falsas”, y por tanto, su valor equivale a 1/4.

3.2. La fórmula del peso

La ya explicada fórmula del peso permitirá conjugar cada uno de las variables presentes en la colisión de derechos, y extraer de ello un resultado orientador sobre la relación de precedencia condicionada que debe acogerse para resolver el caso. La aplicación de la fórmula del peso a los valores que se ha atribuido a cada variable queda expresada de la siguiente forma:

$$\frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4}} = \frac{8}{2} = 4$$

Dado que el resultado obtenido de la aplicación de la fórmula del peso es 4, se verifican la condición para afirmar que en el caso concreto, el derecho a la libertad religiosa precede al derecho a la honra.

Una restricción en orden a imposibilitar la emisión de mensajes religiosos que critiquen y condenen a la homosexualidad, no supera los estándares que el Principio de Proporcionalidad impone para obtener la optimización de los derechos fundamentales en colisión. Por esta razón, la aplicación del Principio de Proporcionalidad, garantía inherente al Estado de Derecho que restringe la posibilidad de limitar a los derechos fundamentales más allá de lo necesario, nos dice que, no obstante haber superado los requisitos impuestos por los subprincipios de idoneidad y necesidad, la incapacidad de la medida en análisis para superar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, determina que ésta deba ser desechada. De esta forma queda demostrado que aplicación de la ya referida pretensión de las organizaciones homosexuales, es contraria, no solo al sentido común, sino que también a la Constitución.

Más allá de lo cuestionable que puedan presentarse los fundamentos de las religiones que se oponen a la homosexualidad, no debemos dejarnos arrastrar por simpatías a causas que en el fondo ocultan fines menos loables que los que pretenden aparentar. Es cotidiano para nosotros el abuso que los movimientos homosexuales hacen del Derecho para neutralizar todo foco de disidencia hacia sus propias ideas, entre las cuales se encuentran aquellas de índole religioso, como ya hemos visto. Todo esto, sumado a un estratégico empleo de los medios de comunicación, permite a los movimientos homosexuales conseguir de la sociedad la adhesión o pasividad necesaria para cumplir sus pretensiones de transformación social. Sin embargo, una reflexión jurídica oportuna y libre de manipulaciones mediático-sentimentales como la que he buscado ofrecer, es conducente a evitar ser arrastrado por aquellas jugadas estratégicas, y a que las personas logren conservar, no solo su autodeterminación religiosa y moral, sino que también la posibilidad de llevar a cabo libremente iniciativas orientadas a la generación del tipo de sociedad que consideran deseable.

IX. Conclusiones:

1. Actualmente las prédicas religiosas contrarias a la homosexualidad han sido fuertemente resistidas por parte de homosexuales que alegan que dichos mensajes menoscaban su integridad, dando cuenta así de la existencia de una tensión entre la libertad religiosa y el derecho a la honra, cuya propuesta de solución consiste en el establecimiento de la imposibilidad de realizar las referidas prédicas.
2. Tanto la comprensión como solución de la pugna exigen tener en vista la naturaleza de la misma, por lo que resulta forzoso hacer tres consideraciones previas: comprender la pugna como una antinomia externa o en concreto; entender a los derechos del caso como principios y no como reglas; y finalmente, la conveniencia de aplicar los derechos en el caso según el “orden débil de principios” propuesto por Robert Alexy.
3. Una vez que la pugna o colisión de derechos ha sido debidamente comprendida, el Principio de Proporcionalidad, y más específicamente el método de la Ponderación, se presenta como el más idóneo para darle solución al caso.
4. Los estándares impuestos a la medida restrictiva por los subprincipios de idoneidad y necesidad que conforman el Principio de Proporcionalidad, permiten concluir que sí permite la optimización de derechos a que se orienta dicho principio, sin embargo, no se ve igualmente satisfecho el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación.
5. La aplicación de la fórmula del peso, que integra al método de la Ponderación, concluye claramente que la precedencia condicionada debe favorecer a la libertad religiosa por sobre el derecho a la honra, y por tanto, que la medida restrictiva de las prédicas contrarias a la homosexualidad debe desecharse por desproporcionada, y no optimizar la satisfacción de los derechos que forman parte de la colisión.

X. Bibliografía

- ALEXY, Robert, (2004) *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid
- ALEXY, Robert (2008), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alto Comisionado para los Derechos Humanos, sitio en Internet disponible en <http://www2.ohchr.org/> , fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- BASTERRA Montserrat, Daniel. (1989): *El Derecho a la Libertad Religiosa y su tutela jurídica.*, Ed. Civitas, Madrid.
- BERNAL Pulido, Carlos (2010): *La Ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica*”, disponible en: <http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/LIBRO.pdf>, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- BERNAL Pulido, Carlos (2003), *Estructura y Límites de la Ponderación.*, disponible en: www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/estructura-y-limites-de-la-ponderacin-0/, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- CEA Egaña, José Luís (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II: Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- CASTILLO Córdova, Luís Fernando (2005), *¿Existen los llamados conflictos de derechos fundamentales?*, en **Cuestiones Constitucionales**, número 12.
- Centro de Informaciones de las Naciones Unidas, sitio en Internet disponible en <http://cinu.un.org.mx/>, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sitio en Internet disponible en <http://www.cidh.oas.org>, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona.
- FRÍAS, Pedro J. (2003): *La libertad religiosa en Occidente*, disponible en: <http://www.calir.org.ar/libro/LaLibertadReligiosaenlaArgentina.pdf>, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- KAUFMANN, Arthur (1999), *Filosofía del Derecho*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. (2006) *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno*, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso, fecha última visita: 13 de Nov. 2011.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2008-2009): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, editorial Librotecnia, Santiago.
- NOVOA Monreal, Eduardo (1981), *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, segunda Edición, , Editorial Siglo Veintiuno, México .
- Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, sitio en Internet disponible en <http://www.movilh.cl> , fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- Organización de Estados Americanos, sitio en Internet disponible en <http://www.oas.org>, fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- Organización de las Naciones Unidas, sitio en Internet disponible en <http://www.un.org/> , fecha última visita: 26 Dic. 2011.
- PFEFFER Urquiaga, Emilio (2000): *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información* en Ius et praxis, volumen 6, Universidad de Talca, Talca.
- PRIETO Sanchos, Luís (2009): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, segunda edición, , Ed. Trotta, Madrid.
- SALMONA Maurerria, Francisco José (2008): *Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales*; en Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 40, Tribunal Constitucional, Santiago.
- SQUELLA Narducci, Agustín (2000): *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- RUIZ Ruiz, Ramón (2007), *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*, en **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, (nº 10).