



ESCRITOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*José Luis Cea Egaña*



ESCRITOS  
DE JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

Principios de la Jurisprudencia Constitucional Número 35 (año 2007)

*José Luis Cea Egaña*

*Es licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile y Abogado. Es profesor titular de Derecho Público y Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y en la Universidad Católica de Chile. Desde 1994 sirve la función de Decano en la Academia de Ciencias Políticas. Es Master en Derecho y Ciencia Política. En 1977 obtuvo el Doctorado en Derecho. Ha sido Profesor Visitante en Universidades de Europa, Estados Unidos y América Latina. Actualmente es Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y Presidente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Desde 2002 es Ministro del Tribunal Constitucional. En agosto de 2005 asumió la Presidencia de esta Magistratura.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono (56-2) 640 1820 - 640 18 00

Fax (56-2) 633 8354

e-mail: [tribunalconstitucional@entelchile.net](mailto:tribunalconstitucional@entelchile.net)

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Escritos Sobre Justicia Constitucional

José Luis Cea Egaña

Inscripción 162.858

Derechos Reservados

Diciembre 2006

I.S.B.N. 978-956-8186-09-8

Primera Edición

300 ejemplares

Diseño

José Miguel Cariaga

Impresor LOM Ediciones

# ESCRITOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

Presidente del Tribunal Constitucional



## ÍNDICE

Prólogo	9
I. Sobre la Teoría Constitucional de Nuestro Tiempo	17
II. Proyecciones de la Separación de Poderes en el Estado Contemporáneo	23
III. Constitucionalismo y Eficacia, Imperativos Compatibles en el Mundo Globalizado	39
IV. Transformaciones del Constitucionalismo y de la Democracia en América Latina	45
V. ¡Finalmente, la Constitución fue Reformada!	59
VI. En Defensa del Derecho de la Vida	71
VII. Mérito Constitucional de la Nueva Justicia Penal	75
VIII. El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza según la Constitución	78
IX. Desafíos del Tribunal Constitucional ante la Reforma de 2005	86
X. Rol del Nuevo Tribunal Constitucional en la Democracia Chilena	93
XI. El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes	102
XII. La Innovación Constitucional más Importante	144
XIII. Cambio, Reforma y Continuidad en la Constitución de 1980	152
XIV. El Nuevo Concepto de Constitución y el Rol del Tribunal Constitucional en su Desarrollo	157
XV. Consolidación de la Jurisdicción de la Libertad en América	167
XVI. Imagen del Juez y de la Justicia Constitucional en América Latina	170
XVII. Siete Tesis sobre la Justicia Constitucional en Nuestra América	193
XVIII. Objetivos y Funcionamiento del Tribunal Constitucional	200
XIX. Derecho Procesal y Servicio a la Justicia Constitucional	203
XX. Lecciones de una Experiencia. La Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad	206
XXI. Tres Apuntes sobre Justicia Constitucional	213
XXII. Un Año de Labor del Tribunal Constitucional	230
XXIII. Teoría y Práctica en la Justicia Constitucional	240

## PRÓLOGO

En este nuevo número de la serie Cuadernos se publica un conjunto de veintitres monografías correspondientes a conferencias, disertaciones y presentaciones de libros hechas por su autor durante el año 2006 y primeros meses de 2007.

El tema común de la serie se expresa en el título de la obra. Efectivamente, trátase de estudios sobre la Justicia Constitucional, especialmente referidos al Derecho chileno y con alusiones a los ordenamientos comparados. Naturalmente, el tópico señalado aparece inserto en un contexto de ideas jurídicas, políticas y sociales más amplio, porque el fenómeno normativo en general y, con énfasis, el constitucionalismo democrático surgen, interactúan y alcanzan vigencia en la convivencia humana, sirviéndola, y nunca aislada, o prescindiendo de ella y menos imponiéndose arbitrariamente a sus fines legítimos<sup>1</sup>.

De los estudios reproducidos en este Cuaderno se desprende el concepto que su autor tiene de la naturaleza y finalidades de la Carta Fundamental en los regímenes caracterizados por el imperio del Derecho en libertad, con igualdad y seguridad jurídica. En ese marco de objetivos esenciales se inserta la Justicia Constitucional, cuyas características principales, en mi opinión, pueden ser resumidas en las notas siguientes.

Primeramente, es nueva en la historia, pues sus antecedentes no se retrotraen más allá de 1803<sup>2</sup>. Nacida en la cultura anglosajona, específicamente en la norteamericana como revisión judicial de los actos estatales no políticos, aquella Justicia se ha desarrollado hasta convertirse en un Poder estatal vigoroso por su independencia e imparcialidad. De ese hallazgo, secuela de la lógica en el análisis de la experiencia constitucional, más de un siglo después comenzó a

<sup>1</sup> Meter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, UNAM - P. Universidad Católica del Perú, 2003) pp. 163 ss.

<sup>2</sup> Véase Dieter Grimm: *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 111 ss. y Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004) pp. 11 ss.

encontrar sentido la réplica europea<sup>3</sup>, modelada sobre bases distintas y, al comienzo, con finalidades diferentes<sup>4</sup>.

Enseguida, tratase de un sistema jurisdiccional inconfundible con el común u ordinario, tanto orgánica, funcional como teleológicamente concebido. Aunque es posible, como ocurre en la realidad de muchos países, incluyendo Chile, que tal especie de jurisdicción sea más o menos difusa o concentrada en cuanto a las Magistraturas a las que el Código Político confía su ejercicio, lo cierto es que siempre la Justicia Constitucional reviste cualidades únicas y que la distinguen de las demás manifestaciones de potestad jurisdiccional en el Estado de Derecho. Su misión es protectora del Código Político; su hermenéutica tiene que ser finalista, dúctil, sensible a los procesos en curso pero, a la vez, tan advertida de la imprevista ineludible que deja la historia en las instituciones, como alerta a las demandas que presenta el futuro, siempre cambiante.

Lo recién observado nos lleva a puntualizar la tercera nota diferenciadora de aquella especie de Justicia. Pensamos en su rol legitimante para el constitucionalismo y la democracia de nuestro tiempo. Así es, porque la jurisdicción que nos ocupa fue establecida, existe y se justifica para la defensa del Código Político, en su espíritu, contexto y letra, objetivo cardinal que se operacionaliza respetando, haciendo obedecer y promoviendo la dignidad humana y el disfrute de los derechos inalienables de la persona y que fluyen de aquella. Quien sea el órgano, fuerza, grupo o individuo afectado, la Justicia Constitucional debe ser invariable en su idea y designio: cauterizar, con la mayor objetividad, equanimidad, visión y profundidad posible, el espíritu de la Ley Suprema, convencida que en ella se expresan los mejores anhelos de progreso, en paz y con justicia, de todos y cada habitante de la comunidad política. Ella es, por ende, instrumento de entendimiento y paz, un vector de la Carta Política como objeto de consenso y no de conflicto ni división<sup>5</sup>, en definitiva, un factor de seguridad y no de incertidumbre jurídica.

En lo antes expuesto se halla implícito uno de los cambios que ha experimentado la Justicia Constitucional en el mundo desde, aproximadamente, hace medio siglo y que, por su relevancia, creo necesario destacar. En efecto, por

<sup>3</sup> Luis Prieto ancha: *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 65 ss. Consúltense también, en general, Paula Virurro: *Origen y Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires, Gráfica Laf, 2002). Una visión del proceso actualmente en desarrollo se halla en Tania Groppi: "¿Existe un modelo Europeo de Justicia Constitucional?", *Revista de Derecho Político* N° 62 (2005), pp. 33 ss.

<sup>4</sup> Michel Fromont: *La Justice Constitutionnelle Dans Le Monde* (Paris, Ed. Dalloz, 1996) pp. 17 ss.

<sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 144 ss.

muchos años esa Justicia fue concebida como instrumento destinado a la resolución de los conflictos políticos ocurridos entre los órganos de jerarquía constitucional, típicamente los que integran el legislativo en ordenamientos con separación de poderes cuyos frenos y contrapesos, inseparables de tal división, son esenciales para que el control del Poder limitado alcance real eficacia. Sin perder tal designio, es nítido, sin embargo, que en el nuevo constitucionalismo la Justicia Constitucional sirve otro rol esencial, esto es, la consecución del postulado humanista que fue ya realzado. Consiguiente, junto con reconocer ambos objetivos, fuerza es subordinar el primero al segundo de ellos.

La nota recién comentada obliga a formular otra puntualización. Me refiero a que el constitucionalismo de esta época ha impuesto un concepto renovado del Derecho y la política, las consecuencias del cual se hallan en evolución. Sin desconocer, como he dicho, que tal proceso está en curso, de modo que tampoco carece de riesgos singularizarlo, una arista ya adquirió la nitidez suficiente para ser proclamada y desprender sus consecuencias. Me refiero a que el imperio del Derecho es hoy el de Constitución sobre la ley, de lo cual se sigue que el espacio de decisión del legislador y, por eso, el de las mayorías que representadas en el órgano respectivo, han quedado restringidas en sustancia y forma<sup>6</sup>. Es el efecto de la supremacía constitucional, extensivo a la imperatividad directa del Código Político y que así debe ser entendido por la Justicia Constitucional.

Una sexta nota distintiva yace en la creación, consolidación y desarrollo de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, encargados por las Carras Fundamentales de decidir, definitivamente y con la cualidad de máxima o más alta autoridad en la democracia pluralista, cuál es el sentido y alcance de los valores, principios y normas articulados en su texto. He aquí uno de los elementos más delicados de la Justicia Constitucional, puesto que implica ejercer potestades de la mayor importancia, con sujeción a la Constitución, sin salirse de ella y para defenderla, mediante decisiones que, no rara vez, son objetadas por sectores de los órganos políticos involucrados en un conflicto y que, por aplicación de presupuestos lógicos tan elementales como irrefutables, no pueden ser objeto de cuestionamiento ni de revisión por otro órgano en la democracia constitucional.

Institucionalizar, quiero decir, lograr que los Tribunales, Cortes y Salas constitucionales se arraiguen en la cultura político-jurídica de un país, llegando a ser respetados y apreciados por los más diversos agentes y fuerzas políticas de su estructura de gobierno es, no cabe duda, una meta ineludible y urgente para

<sup>6</sup> Cf. Andrea Groppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) p. 31.

el imperio del Derecho en democracia. Llegar a la consumación de ese designio y hacerlo en términos de internalización en las costumbres y en la conciencia colectiva son, por supuesto, objetivos tan difíciles como necesarios. Evaluado el proceso descrito en América Latina<sup>7</sup> se constata, a nuestro parecer, cuán precaria es su concreción real, rasgo distante de la proclamación contraria que se hace en los libros. La brecha anotada marca, lamentablemente, la distancia que separa el discurso normativo, por un lado, de su vigencia, sociológicamente vivida y defendida en la práctica concreta, de otro.

En la misión recién descrita cabe al Juez Constitucional desempeñar papeles insustituibles y apremiantes. El énfasis en la persona de ese Magistrado ha de entenderse como otra manifestación de nuestra idea del constitucionalismo contemporáneo, porque la normativa suprema en el Estado de Derecho requiere siempre, y nunca ha sido ni será diferente, la actuación del juez que, atendiendo una gestión o litigio, comprende las disposiciones que ha de explicar, desprendida de ellas su significado legítimo y las aplica para la solución del asunto que le ha sido sometido. Sobre el Juez Constitucional recae, por ende, una responsabilidad delicada, probablemente la de mayor complejidad en la democracia de nuestro tiempo. Junto con apartarnos de quienes aducen la entronización de un hipotético gobierno de magistrados, manifestamos nuestra convicción en el sentido que, por fin, la Judicatura ha comenzado a ejercer sus potestades cabalmente, hecho que suscita la objeción interesada de quienes desean mantenerla débil e indiferente o indolente.

Para serviría con independencia e imparcialidad, con erudición y rigor metodológico, con determinación y visión institucional, aquel Magistrado tiene que prepararse o, como mínimo, hallarse dotado de una experiencia, profesional y académica, larga y destacada. El panorama de las Facultades de Derecho en el tópico dista, sin embargo, de ser alentador porque sigue predominando la formación e información focalizada en la legislación transmittida memorísticamente, así como con la técnica orientada a la aplicación profesional del Derecho privado. Propugnamos, entonces, una revisión de los objetivos, contenidos y métodos de la pedagogía jurídica, incorporando cursos, seminarios y talleres relativos al Derecho Procesal Constitucional<sup>8</sup> y a la Justicia encargada de implementarlo<sup>9</sup>.

Cuanto hemos expuesto sinópticamente en el prefacio del presente volumen encuentra mayor detalle en los capítulos que lo integran. Allí también constatará el lector cuáles fueron las fuentes, bibliográficas y jurisprudenciales, que sustentan las premisas de nuestra visión del constitucionalismo en el Estado Social de Derecho contemporáneo. Aquí, al finalizar estas líneas introductorias, deseamos resumirlas para que guíen la lectura y valoración de los textos que hemos recopilado para difundirlos.

Trátase de la Constitución viva porque es realmente vivida por gobernantes y gobernados; configurada por valores, principios y normas cuyo *ethos* es el humanismo en su más rico y perenne sentido; con la cual una comunidad, pluralista y tolerante, se identifica en su esfuerzo por lograr el bien común espiritual y materialmente concebido; y para la plena realización de cuyos postulados existe la Justicia Constitucional, con el Tribunal, Corte o Sala homónima en su cima, siempre alerta y resuelta a defender, en su médula, el *telos* de ese Código Político. Así entendido, éste ha de irradiarse al régimen jurídico, infundiéndole sistematicidad por su cualidad de coherencia consensuada que va forjando la jurisprudencia. Hoy, tal irradiación o reflejo se torna patente también más allá de las fronteras nacionales, aunque se mantiene lejana la consolidación del constitucionalismo sobre la globalización.<sup>10</sup>

30 de abril de 2007

José Luis Cea Egaña  
 Profesor Titular  
 Universidad de Chile  
 Universidad Católica de Chile

<sup>9</sup> Personalmente, he sostenido que no es cuestión adjetiva la denominación de esta nueva disciplina, considerando que la más usual, y que aparece empleada arriba en este texto, subraya la vía formal sobre el contenido, representado este por el Derecho Constitucional.

<sup>10</sup> Véase Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (compiladores): *Estado Constitucional y Globalización* (México DF., Ed. Porrúa - UNAM, 2003). Sugiere es, en el mismo tema, la coledctanea de Giovanni Maria Flick titulada *La Globalizzazione dei Diritti. Il Contributo dell'Europa dal Mercato ai Valori* (Al. Edizioni Piemme, 2004). Consulte, en fin, Ricardo Haro:

<sup>7</sup> Jorge Carpizo: "Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado", X Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2006) pp. 73 ss.

<sup>8</sup> Héctor Fix Zamudio: *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano* (México DF., Ed. Porrúa, 2005) pp. 67 ss.

- 
- I. Sobre la Teoría Constitucional de Nuestro Tiempo
  - II. Proyecciones de la Separación de Poderes en el Estado Contemporáneo
  - III. Constitucionalismo y Eficacia, Imperativos Compatibles en el Mundo Globalizado
  - IV. Transformaciones del Constitucionalismo y de la Democracia en América Latina
  - V. Finalmente, la Constitución fue reformada!
  - VI. En Defensa del Derecho de la Vida
  - VII. Mérito Constitucional de la Nueva Justicia Penal
  - VIII. El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza según la Constitución
  - IX. Desafíos del Tribunal Constitucional ante la Reforma de 2005
  - X. Rol del Nuevo Tribunal Constitucional en la Democracia Chilena
  - XI. El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes
  - XII. La Innovación Constitucional más Importante

# I. SOBRE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE NUESTRO TIEMPO\*

## INTRODUCCION

Doce años atrás conocí Santiago de Compostela, invitado por la Facultad de Derecho de esa hermosa ciudad gallega. Al término de una de las conferencias que entonces ofrecí se acercó el catedrático Antonio-Carlos Pereira Menaut, de quien había leído varias monografías, para conversar y obsequiarme la segunda edición de su libro dedicado a la Teoría Constitucional<sup>1</sup>. Leí aquella visión sistemática, obteniendo importantes beneficios. Ya entonces establecí coincidencias con el profesor Pereira Menaut, entre las cuales menciono la preponderancia de la cultura anglosajona en el despliegue del constitucionalismo, la valoración del pensamiento de Locke y el recelo hacia las obras de Bodino y Hobbes, en fin, el rol decisivo de los jueces en la legitimación de los textos normativos pertinentes.

Ocurrió, sin embargo, que en la víspera de inaugurar las XIX Jornadas de Derecho Público, en noviembre de 1998, el profesor Pereira Menaut nos visitó con ocasión, entre otros motivos, de asistir a la presentación de la primera edición chilena del libro ya mencionado. Estuve en ese encuentro, celebrado en la Casa Central de la Universidad Católica de Chile, y conservo el ejemplar de la obra que me regaló nuestro noble amigo, escribiendo en la dedicatoria que lo hacía "con la alegría de reencontrarnos de un Santiago a otro Santiago." Nuevamente, leí esta versión, concluyendo que la ampliación y enriquecimiento de las proposiciones sostenidas en la edición española, ya recordada, no habían alterado las tesis matrices de tan distinguido constitucionalista. A éstas, se añadía ahora la contribución de José Ignacio Martínez Estay, discípulo del profesor Pereira, sobre los derechos sociales.

\* Presentación del libro *Teoría Constitucional*, de Antonio-Carlos Pereira Menaut, hecha en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Santiago), el lunes 25 de septiembre de 2006.

<sup>1</sup> Editorial Revisita de Derecho Privado (Madrid, 1987).

Semanas atrás, a instancia de los profesores Martínez Estray y Miguel Ángel Fernández González, acepté complacido presentar la segunda edición chilena de tan valiosa publicación. Lo hice teniendo presente que se ha convertido en una investigación clásica en el tema y de la cual, lo reitero, yo y mis alumnos hemos recibido importantes beneficios.

## I. OBRA MADURA

Con ese sentimiento, de aprecio y reconocimiento, volví a leer, por completo, la edición que les presento. Comencé, proseguí y finalicé el trabajo entusiasmado por la hermosa presentación de ella, agradecido de la empresa Lexis Nexis, tranquilo a raíz de haber constatado que no adolece de erratas y, sobre todo, estimulado pues la Teoría Constitucional que he examinado, aunque sigue siendo en sus ideas matrices el texto que elogíé, ahora merece juicios todavía más entusiastas.

No es otra la evaluación ecuaníme que merece la labor de quien nos entrega una visión de los últimos acontecimientos y dilemas en el tema, ocurridos en Europa y en América Latina, incluyendo referencias a Chile. Encomio suscita también el incremento de los anexos, complementarios de las once lecciones con que se estructura el volumen. Idéntico aprecio manifiesto por el índice de nombres y tópicos, tan útil como infrecuente en la literatura jurídica chilena. Prosigue siendo inestimable el vistazo a la **Teoría Constitucional a través de los Textos Constitucionales** que cierra la obra.

## II. TRANSFORMACIONES

Resumiré las características del libro.

Formalmente, se halla estructurado con rigor lógico, avanzando desde conceptos y definiciones básicos y generales a explicaciones de mayor densidad doctrinaria. Apartándose de otras elaboraciones más complejas en el tema, se percibe a un autor preocupado de la comprensión del texto por sus destinatarios, dada la sencillez de su redacción, virtud que se aprecia, más que nada, al organizar y exponer ideas abstractas en lenguaje simple y sobrio. Sustantivamente evaluado, el libro revela juicios ponderados, con reglas seguidas de matices atinados. Felizmente, la erudición no recarga el escrito<sup>2</sup>. Maestro en la frase

<sup>2</sup> Consultese Néstor Pedro Sugliés: *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, Astrea, 2004).

breve y que encierra meditaciones certeras, nuestro autor se distingue también por su perfil axiológico, explícitamente defendido.

Debo añadir, sin embargo, que la Teoría Constitucional diseñada por los grandes tratadistas, especialmente franceses, que brillaron al promediar el siglo XX<sup>3</sup>, ha experimentado cambios, tan profundos y vastos como numerosos, que hoy nos hallamos ante un sistema de conceptos estabilizado, pero, a la vez, permeado por modificaciones notables que resulta imperativo reseñar. Avanzando en las páginas de este magnífico volumen fui recordando las reflexiones que les resumiré en seguida.

No obstante, aclaro desde luego que el estudio me permitió comprobar nuestra visión compartida de autores célebres, tales como Bryce y Dicey, Friedrich, Loewenstein y Harold Berman.

Por otra parte, teniendo en la mente a España y nuestra América, probablemente la innovación más importante de la Teoría Constitucional de esta época radica en la idea misma de Constitución y, consiguientemente, del constitucionalismo asociado a ella. Efectivamente, la Carta Fundamental dejó de ser un Instrumento de Gobierno autojustificado por el órgano constituyente del Estado que lo dicta. Antes y por el contrario, ella es hoy la fuente normativa directa y suprema del régimen jurídico, aplicable aún cuando el legislador haya incurrido en lenidad u omisión. El sufrimiento, masivo y prolongado, sufrido por el atropello de la dignidad humana y de los atributos inalienables que emanan de ella fue, entre otras causas, la que provocó la transformación que explico. Aunque siempre tuvo que haber sido entendida la Parte Dogmática con el rasgo de primera y principal, lo cierto es que, a raíz de los padecimientos aludidos, ha logrado empezar a ser apreciada con ese signo distintivo<sup>4</sup>.

La razón de Estado, por ende, ha sido reemplazada por la Razón de Persona; la soberanía se halla limitada por el respeto y promoción que debe, en toda circunstancia, a la dignidad y los derechos referidos; el Estado descendió del señal absolutista en que se encontraba para quedar reducido a un instrumento al servicio del ser humano; la ley, otrora entendida como manifestación del Poder inimpugnable, pasó a ser una categoría normativa más modesta, subordinada a la Constitución y controlable, formal y sustantivamente, para que no la quebrante ni aún en circunstancias extraordinarias; por último, los tratados internacionales articulantes del humanismo están acogidos como elementos del bloque normativo supremo.

<sup>3</sup> Revisense las obras de R. Carré de Malberg, G. Burdeau, M. Pélot y M. Duverger, entre otros.

<sup>4</sup> Compárense las tesis de Misquith Gutesovich y Nawzski, por un lado, con las de Kägi, Kriele y Zipelius, de otro, teniendo como marco de referencia la polémica de Keisen con Schmitt.

El enunciado que realizo se prolonga en la declinación de los Parlamentos, correlativa al auge de los ejecutivos burocráticos, hecho que ha sido también alterado, pues la Justicia Constitucional, encargada de resolver los conflictos institucionales como Poder Neutro<sup>3</sup>, pasó a convertirse en el garante máximo de la supremacía en la protección y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El proceso de cambios en la Teoría Constitucional se extiende a otros ámbitos del Derecho, tomando imperativo examinarnos para que puedan ser incluidos en la imagen contemporánea del constitucionalismo. Por ejemplo, pienso en fenómenos como la constitucionalización del ordenamiento jurídico, fórmula que no implica panconstitucionalismo, pero que tampoco admite excluir las relaciones público-privadas del respeto de tal supremacía, incluyendo la *dritwirkung* o efecto en terceros que exigen los preceptos sobre derechos y deberes constitucionales<sup>6</sup>. En la misma línea de pensamiento sitúo la articulación del Código Político con valores, principios y normas, erigiéndolo tanto en el proyecto máximo de bien común, garantizador de la dignidad humana y de los derechos inherentes a esa calidad de la persona, como en horizonte hacia el cual avanzar en la concreción de proyectos compartidos<sup>7</sup>.

Evocando a Otto Bachof<sup>8</sup> y Gustavo Zagrebelsky<sup>9</sup>, la Constitución se va así convirtiendo en una energía unificadora, cuyo vigor se irradia en la hermenéutica de todo el régimen jurídico. Esa cualidad de finalidad integradora otorga a la Carta Fundamental un valor aún más alto en la sociedad pluralista, cuyos miembros reclaman respeto y tolerancia, aunque algunos no los practiquen.

Cierro este enunciado subrayando la autonomía creciente de la Sociedad Civil de cara al Estado; la descentralización territorial de los órganos constitucionales y de las funciones que sirven; la prolongación del principio de separación de los poderes, con frenos y contrapesos, al seno de la Sociedad Civil y al nuevo orden internacional que debe regir la globalización ya desatada y no regulada.

### III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Imperativo creo evocar, por separado, un cambio descrito con acierto excepcional por el profesor Pereira Menaut. Trátase de los capítulos dedicados al Poder Judicial y a los Tribunales Constitucionales.

En la primera de aquellas lecciones, deja de manifiesto la renovación en los roles que sirve la Magistratura en el Estado de Derecho, por fortuna relegando al olvido las conocidas afirmaciones de Montesquieu, afines con la majestad de la ley, el recurso de casación creado para custodiarla y los jueces reducidos a seres inertes, mera boca que pronuncia las palabras impuestas por el legislador. En la segunda de las lecciones aludidas, el profesor Pereira traza un panorama, tan completo como preciso y sugerente, de la Justicia Constitucional en el Estado contemporáneo. Destaco, desde tal punto de vista, su reconocimiento del papel de Hans Kelsen en la creación de las Cortes Constitucionales<sup>10</sup>, pero a la vez la sólida aseveración que la sigue, en el sentido que esa Judicatura especializada se alejó, casi por entero y felizmente, de la tesis, formal y positivista<sup>11</sup>, que los confinaba a un rol legislativo de índole negativa.

Coincido con el autor, a mayor abundamiento, en que la conversión de esos Tribunales en reales órganos jurisdiccionales, principalmente a raíz del acceso amplio a ellos por la población para la tutela de los derechos fundamentales, prácticamente los convierte en cima de todas las Magistraturas, provocando conflictos con las Cortes Supremas, derivados de la limitación de éstas a titulares de la casación<sup>12</sup>.

Por último, adhiere a cuanto el profesor Pereira escribe para desestimar el gobierno de los jueces y el activismo en que ellos estarían incurriendo<sup>13</sup>. Esas no pasan de ser aseveraciones manidas o interesadas en mantener subordinados los jueces no a la Constitución, como debe ser, sino que a los órganos políticos que van siendo ahora controlados por ellos.

<sup>5</sup> Benjamin Constant: Curso de Política Constitucional

<sup>6</sup> María Venegas Grau: Derechos Fundamentales y Derecho Privado (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) pp. 17 ss.; y Pedro de Vega: "La Eficacia frente a Particulares de los Derechos Fundamentales", en Educando Ferrer Mac Gregor (coordinador), III Derecho Procesal Constitucional (México DF, Ed. Porrúa, 2006) pp. 2315 ss.

<sup>7</sup> Consultáse, en general, Luis Prieto Sanchís: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

<sup>8</sup> Jueces y Constitución (Madrid, Ed. Civitas, 1989) pp. 40 ss.

<sup>9</sup> Derecho Difícil (Madrid, Ed. Trotta, 2002) pp. 112 ss.

<sup>10</sup> Pp. 242 ss.

<sup>11</sup> Véase Cristóbal Orrego Sánchez: Análisis del Derecho Justo (México DF, UNAM, 2005) pp. 83 ss.

<sup>12</sup> Pp. 229, 230, 231 y 241.

<sup>13</sup> Pp. 213.

## EPILOGO

Muchos otros aciertos pueden ser comentados, todos ellos tratados en el libro que presento o, al menos, fácilmente deducibles de su lectura. Verdaderamente, ésta suscitó en mí una grata evocación de conceptos, definiciones, clasificaciones y planteamientos doctrinarios que, revisados con la experiencia de los años de cátedra y judicatura, me han persuadido que la *Teoría comentada conserva inalterada su utilidad e interés*. Sólo cabe, por ende, expresar nuestra alegría al recibir la segunda edición de tan logrado esfuerzo, notablemente enriquecido con las innovaciones ya reseñadas.

En tiempos de incertidumbre desencadenada por la relativización de valores, principios y normas, sean jurídicos, políticos o morales, la sistematización hecha por el profesor Pereira Menaut nos devuelve la confianza en el discernimiento, es decir, en aquel rasgo de sabiduría que torna confiable el esfuerzo realizado de buena fe, con método y erudición<sup>14</sup>. Sin duda, tan destacado amigo e ilustre jurista ha obrado así, demostrando su fe en el gobierno democrático originado, ejercido y controlado por el Derecho. Lo hace identificándose con el humanismo que siempre justifica cuanto se hace por defenderlo y promoverlo, especialmente en épocas de ignorancia y confusión, de improvisación y otros vicios. No puedo silenciar, en ligamen con lo recién dicho, la enseñanza de Peter Häberle<sup>15</sup>: antes y más allá del Derecho y la Política se halla cierta antropología, entendiendo por tal aquella impregnada de valores humanistas. Ceñidos a ella, el Estado tiene que servir a la persona, su dignidad, derechos y deberes correlativos.

Me despidó, concluyendo esta ya larga presentación. Lo hago saludando con alegría el lanzamiento de tan interesante obra, con el aplauso que merece quien, silenciosa y pacientemente, ve así llegar a la sexta edición, el esfuerzo que emprendió más de veinte años atrás.

## II. PROYECCIONES DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO\*

### I. UNA INVENCION FELIZ

**R**ecamente entendido, en el Estado Constitucional de nuestra época un principio organizativo y legítimamente fundamental es el de “separación o división de poderes”<sup>1</sup>. Tal premisa resulta ya pacífica, porque en ese tipo de asociación política, el principio aludido deriva del imperativo de vigilar el ejercicio de la dominación humana para asegurar, de la mejor manera posible, el respeto y promoción de la dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de ella<sup>2</sup>, cualquiera sean las circunstancias que se vivan<sup>3</sup>.

Trátase de una premisa antropológico-cultural, cuya consecuencia organizativa es la democracia, entendida como estilo de vida y no sólo en cuanto procedimiento destinado a resolver, pacíficamente, los conflictos políticos<sup>4</sup>. Obsérvese, además, que la legitimidad formal y material del ordenamiento jurídico depende, en medida decisiva, de la vigencia real del mismo principio. Lamentablemente, la formalización positivista de aquel llevó a su identificación con el mecanicismo racionalista, apartándose de cuanto Montesquieu, observador agudo de los hechos<sup>5</sup>, había concebido con base y para la consecución de objetivos sustantivos y más complejos<sup>6</sup>: el equilibrio entre las tres clases o estamentos de la sociedad inglesa de la época, cada cual

<sup>1</sup> Monografía publicada en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Madrid, 2007), en prensa.

<sup>2</sup> Esta es la denominación común, aunque inexacta porque el Poder o soberanía es uno e indivisible, de modo que sólo es su ejercicio, en órganos diferentes, el que motiva la distribución de potestades o competencias y el control entre ellos.

<sup>3</sup> Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, Ed. P. Universidad Católica del Perú, 2003) pp. 193 y 203.

<sup>4</sup> Antonio María Hernández (editor): *Las Emergencias y el Orden Constitucional* (México DF, UNAM, 2003) pp. 3 ss. Cf. Carl Schmitt: *Political Theology* (Cambridge, Mass., MIT, 1988) pp. 5 ss.

<sup>5</sup> Häberle, cit.

<sup>6</sup> *El Espíritu de las Leyes* (1748) (Madrid, Ed. Sarpe, 1984) pp. 166 ss.

<sup>7</sup> Franz Neumann: *The Democratic and Authoritarian State* (New York, Free Press, 1966) pp. 96 ss. Existe edición en español de Ed. Paidós (Buenos Aires, 1973).

<sup>14</sup> Héctor Fix Zamudio: *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano* (México DF, Ed. Porrúa, 2005) pp. 13 ss.

<sup>15</sup> *El Estado Constitucional* (México DF, UNAM, 2003) pp. 115 ss.

representado en el mando político, de modo que ninguno llegara al extremo de abusar de los otros<sup>7</sup>.

El principio implica, consiguientemente, mucho más que el funcionamiento automático de un artificio, pues asume el ejercicio seguro de la libertad, la igualdad y la justicia en democracia, valores configurativos, en definitiva, de un régimen pluralista, con distinción nítida entre el Estado y la Sociedad Civil, sin perjuicio de las interrelaciones recíprocas entre uno y otra. Ahora, en que el debate para la reforma de las Naciones Unidas ha permitido visualizar la institucionalización del Derecho Internacional, la arquitectura institucional que irá emergiendo tendrá en la “separación de poderes” un criterio matriz tan indiscutido como ineludible<sup>8</sup>.

Entendido así el principio, puede reafirmarse hoy, tal como en 1789<sup>9</sup>, que es un derecho humano fundamental el de vivir en un régimen político con “separación de poderes”. Como tal, trátase de una de las más felices invenciones de la historia del espíritu y la cultura<sup>10</sup>. Imperativo es reconocer, sin embargo, que ese hallazgo está sujeto a toda clase de circunstancias, entre las cuales se hallan riesgos que ponen de manifiesto otro paradigma de Montesquieu: el precio de la libertad es la vigilancia eterna del ejercicio del poder de unos hombres sobre sus semejantes<sup>11</sup>.

## II. COMPLEMENTACION Y ENRIQUECIMIENTO

El principio de “separación de los poderes” ha experimentado cambios significativos, sin alterar su médula. Entre ellos cabe realizar la subdivisión de los órganos estatales, abarcando entres constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Ministerio Público, la Contraloría General y el Defensor del Pueblo<sup>12</sup>. Ya no son, por lo tanto, sólo tres los

“poderes”, como se sostuvo por la doctrina clásica, siguiendo primero al libertario Locke<sup>13</sup> y después a Montesquieu<sup>14</sup>. Hoy, esos son poderes en sentido pleno, no “extra” o “mini” poderes como suele llamárselos, con lo cual se rebaja su rol en el sistema gubernativo<sup>15</sup>.

Otra modificación sustancial, casi coetánea a la formulación original del principio, estriba en que los “tres poderes” nunca estuvieron separados ni era concebible que hubieran sido interdependientes entre sí, porque entonces tampoco habrían podido coordinarse ni cumplir la finalidad reconocida a la teoría<sup>16</sup>. Efectivamente, la mentalidad práctica de los políticos y constitucionalistas norteamericanos<sup>17</sup>, ya en 1788–1789 afirmó que la división de órganos y funciones estatales era ineffectiva para defender la libertad sin la dispersión territorial de la dominación y la práctica de frenos y contrapesos efectivos. Esta afirmación implicaba, por supuesto, reafirmar que los “poderes” se hallaban sólo parcialmente separados, porque en lo demás estaban unos a otros dispuestos para controlarse recíprocamente<sup>18</sup>. El control y la responsabilidad subsecuente eran el objetivo que se perseguía concretar en la tesis federalista.

Además, el enfoque de los frenos y contrapesos propugnaba el equilibrio en las atribuciones de los “tres poderes”, sin que el servicio de ninguna competencia relevante quedara eximida de control. Enfocado desde el ángulo del tipo presidencial de gobierno se acentuaba, entonces, la distancia entre los órganos constitucionales, pero sin perjudicar el balance perseguido.

El principio, complementado en los términos expuestos, mantiene plena vigencia y continúa suscitando estudios sobre su aplicación en el Estado post moderno o contemporáneo<sup>19</sup>. En esa vertiente novedosa hallamos la inserción del principio en el contexto del sistema de control que rige en dicho Estado. Es decir, ya no se trata sólo de frenos y contrapesos, en el sentido estricto de los tres “poderes” clásicos entre sí, sino que, además y con respecto a la Sociedad Civil, de una matriz más compleja, de la cual forman parte los nuevos entres

<sup>7</sup> Revéase la serbiarza de Charles-Louis de Sécondat, Barón de la Brede y de Montesquieu (1689 – 1755), escrita por Juan B. Vallat de Goyrisado, incluida en Rafael Domingo (ed.): *II Juristas Universales* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) pp. 559 ss.

<sup>8</sup> Consúltese, en general, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (coordinadores): *Estado Constitucional y Globalización* (México DF, Ed. Porrúa, 2001).

<sup>9</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, cuyo artículo 16 señala: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada en la Constitución.” Sigue siendo sugerente el estudio que, acerca de esa Declaración, hizo Georg Jellinek en 1895, publicada después con un análisis preliminar de Adolfo Posada y, más tarde, con introducción de Miguel Carbonell, por UNAM (México DF, 2003).

<sup>10</sup> Hábete, cit., p. 208.

<sup>11</sup> Norberto Bobbio: *Teoría General de la Política* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 299 ss.; y Hans Wéltzel: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Ed. Aguilar, 1974) pp. 264 ss.

<sup>12</sup> Consúltese del autor su *Teoría de Gobierno* (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 70 ss.

<sup>13</sup> John Locke: *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil* (1690) (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 102 ss.

<sup>14</sup> Una imagen de la vida y obra incommensurable de Locke (1632 – 1704), escrita por Joaquín Abellán, se halla en *II Juristas Universales* cit., pp. 430 ss.

<sup>15</sup> *El Espíritu de las Leyes* cit., pp. 173 – 174.

<sup>16</sup> Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004) p. 92.

<sup>17</sup> Karl Joachim Friedrich: *I Gobierno Constitucional y Democracia* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975) pp. 347 ss.

<sup>18</sup> *El Federalista* (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974) pp. 219 ss.

<sup>19</sup> V. gr., Héctor Fix-Zamudio: *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano* (México DF, Ed. Porrúa, 2005) pp. 13 ss.; y Antonio Carlos Pereira Menaut: *Teoría Constitucional* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2006) pp. 101 ss.

constitucionales autónomos ya nombrados. Además, hoy la Sociedad Civil misma interviene, incansablemente movilizada por la subsidiariedad y la solidaridad, hacia la conquista de decisiones en procesos de interés colectivo. Es la fórmula semidirecta de la democracia la que así se propugna, con la reducción correlativa del mandato libre, ideado por Edmund Burke<sup>20</sup> y que ha derivado, más de una vez, en el ejercicio de la representación sin fiscalización constante y efectiva.

En la misma línea de pensamiento cabe destacar los procesos de descentralización territorial de las políticas y resoluciones públicas<sup>21</sup>. Este fenómeno subyace al federalismo real y no meramente proclamado en los textos constitucionales. Ponderando sus virtudes, aunque asumiendo la imposibilidad de trasplantarlo al Estado Unitario, los analistas fueron descubriendo, sucesivamente, las fórmulas de la desconcentración y descentralización administrativa para, después de un siglo de evolución, llegar a la regionalización, esto es, un tipo de organización territorial de la soberanía-autonomía que abarca a todos los “poderes” susceptibles de desempeñarla en sus aspectos orgánicos y funcionales. En el fondo, esta nueva estructura estatal satisface mejor dos finalidades relevantes y que se mencionan aquí por sus ligámenes con el tópico en examen: una, las demandas de mayor participación de la democracia de masas en que vivimos, con el fortalecimiento del control de la ciudadanía sobre sus representantes a través del acercamiento de las decisiones a la población de las comunidades territoriales que serán afectadas por ellas; y otra, la reducción en la hegemonía detentada por los partidos políticos, subordinándolos a las decisiones de las colectividades locales en asuntos que son de interés para la población del área territorial respectiva<sup>22</sup>.

En nexos con tales fuerzas políticas, a mayor abundamiento, no pueden ser silenciada una deducción reconocida y elemental: donde manda un solo partido o coalición férrea de tales colectividades políticas no puede, por definición, alcanzar eficacia el principio en estudio. Aunque se utilicen argucias para disfrazar esa realidad, se torna nítido que el paso del tiempo las deja de manifiesto, con el descrédito consiguiente.

<sup>20</sup> Escritos Políticos (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1976) pp. 206 ss.

<sup>21</sup> Del humanista Burke (1729 – 1797), puede leerse una síntesis de su obra política y jurídica escrita por Antonio Torres del Moral, incluida en *II Juristas Universales*, cit., pp. 667 ss.

<sup>22</sup> Robert E. Sordín y Hans – Dieter Klingemann: *A New Handbook of Political Science* (Oxford University Press, 1998) pp. 551 ss.

<sup>23</sup> Francia, el Estado centralizado por excelencia, emprendió el proceso de rectificación descrito en 2003. Consulte, al respecto, las obras siguientes: Renaud Denoix de Saint Marc: *L'État* (París, PUF, 2004); Pierre Pactet: *Les Institutions Françaises* (París, PUF, 2003); Didier Truchet: *Le Droit Public* (París, PUF, 2003); y Pierre Pactet y Ferdinand Melin-Soucramanien: *Droit Constitutionnel* (París, Ed. Sirey, 2006) pp. 42 ss.

En suma, en el Estado de nuestra época se halla configurada una matriz del control, integrada hoy por los frenos y contrapesos que, según el origen, la dirección y el destinatario del mando pueden ser verticales y en sentido estricto, en los términos que formuló la teoría en su versión clásica; o adicionales y enriquecidos con los controles horizontales y de significado amplio, típicos de la descentralización regionalizada del ejercicio de las potestades públicas, concomitante con la participación creciente de la comunidad política en regímenes pluralistas en ideas, centros de poder y recursos de toda índole.

La democracia y el Estado Constitucional son los beneficiarios de tan valioso progreso, pero una y otro sin más rango que el de instrumentos; puesto que se conciben y encuentran legitimidad en la medida que sirven a la persona, individualmente o asociada.

### III. EL CASO CHILENO

En el contexto de ideas expuestas cabe analizar el tema en su proyección concreta al régimen constitucional chileno. Para ello se torna conveniente examinar, por separado, la función de la Justicia Constitucional y la posición de ésta en el marco de la “separación de poderes.”

Con antelación, sin embargo, bosquejaré la evolución institucional de nuestro país en el tema, pues así quedará demostrado el nexo de aquel principio con la trayectoria republicana de Chile.

#### 1. Trayectoria Histórica

En casi doscientos años de independencia, sólo dos de los diez textos constitucionales chilenos se han referido, por su nombre, al principio de “separación de poderes.”<sup>23</sup> Con lenguaje idénticamente enfático, sin embargo, procede agregar que, desde 1812, la falta de expresiones explícitas no ha disminuido la presencia, vigencia y exigibilidad de ese principio<sup>24</sup>. Contrapunto notable fue el decreto ley N° 1<sup>25</sup>, en virtud del cual, el nuevo régimen *de facto* asumió “el Mando Supremo de la Nación”, declarando que iban a garantizar la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y a respetar la Constitución

<sup>24</sup> Artículo 12 de la Constitución de 1822 y artículo 22 de la Constitución de 1828.

<sup>25</sup> Véase, en general, Luis Valencia Avaria: *I Anales de la República* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1987).

<sup>26</sup> Acta de Constitución de la Junta de Gobierno de la República de Chile, publicado en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973.

y las leyes, “en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados” que se había propuesto cumplir la Junta Militar de Gobierno.

En análogo orden de ideas cabe agregar que, a partir de 1833, Chile fue arragando el presidencialismo, al punto que hoy es una tradición difícilmente comparable con la de otro régimen en América Latina. La Constitución de 1980, reformada diecisiete veces, no ha modificado en su esencia ese presidencialismo, consecuencia de lo cual es la existencia de un Congreso Nacional, del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República débiles en su estructura orgánica, potestades, recursos humanos, autonomía presupuestaria y procesos de modernización. El desequilibrio en la radicación de facultades, rechazado por la teoría, halla en nuestro país, por consiguiente, una clara y objetable acogida.

Secuela de tal premisa es que los nuevos órganos constitucionales autónomos enfrentan dificultades con la Presidencia de la República, desde la designación de sus miembros, en algunos casos, hasta la formulación y ejecución de sus presupuestos, el desempeño de las competencias que la Carta Política les ha conferido y la independencia funcional que, por principio, tiene que serles siempre reconocida.

En ese contexto debe ser situado el Tribunal Constitucional, creado en 1970, en funciones a partir de 1971, disuelto en 1973 y restaurado en 1981. Al cabo de veinticinco años de labor, dicho Tribunal goza de prestigio, ganado durante los años cruciales de recuperación de nuestra tradición democrática y conservado hasta hoy. La independencia de los Ministros, asociada a su coraje, erudición y jurisprudencia innovadora son claves para explicar tal fenómeno. Comprensiblemente, por lo tanto, las sentencias del Tribunal son ampliamente respetadas, aunque no se hallan exentas de alguna crítica<sup>26</sup>.

Evidencia de ese prestigio es la última reforma a la Carta Fundamental, hecha en agosto de 2005, y que elevó a diez el número de Ministros; aumentó a dieciséis las competencias exclusivas del Tribunal y reservó a la ley orgánica de la Instrucción la regulación de los procedimientos respectivos. En suma, sin llegar a un control concentrado, es claro que el régimen chileno se ha distanciado del control difuso de supremacía que existía con anterioridad a esa enmienda<sup>27</sup>.

Fuerza es advertir, no obstante, que el Tribunal es titular de otras y decisivas competencias, todas susceptibles de ser ligadas con el imperio del principio de “separación de poderes” y los frenos y contrapesos respectivos. Por ejemplo,

dicha Magistratura resuelve las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas, de un lado, y los tribunales inferiores de justicia, de otro; declara la inconstitucionalidad de los partidos, organizaciones y movimientos que incurren en los ilícitos descritos en el Código Político; emite opinión fundada acerca de la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo; en fin, se pronuncia en punto a las inhabilidades y renuncia de los parlamentarios, así como con respecto a los impedimentos que afectan a los Ministros de Estado para ser nombrados o seguir en el cargo<sup>28</sup>.

## 2. Función y Posición en el Sistema

La Justicia Constitucional en Chile ha ido, lenta pero sostenidamente, conquistando el espacio institucional que le corresponde en el Estado de Derecho. Cualquier analista riguroso comprende lo difícil que es vencer obstáculos en ese camino. Ello ha sido consecuencia del reconocimiento creciente del principio de supremacía, sustantiva y procesalmente concebido, defendido con rasgos impecables por el Tribunal. Correlativamente, la ley y los actos administrativos han quedado en situación de ser revisados, especialmente por los jueces, para compararlos con la Carta Fundamental y decidir si están o no de acuerdo con ella.

La función esencial de la Justicia Constitucional es la defensa del espíritu, la historia y la letra de la Carta Política, en todo momento y circunstancia, quien sea el que la amenace o quebrante. Pero ¿con cuáles objetivos o propósitos lo hace? Para tutelar la dignidad humana y los atributos que fluyen de ella, en especial de las minorías y marginados; y, después, con el ánimo de resolver los conflictos interórganos constitucionales mediante la aplicación del Código Político. A esos dos objetivos matrices suelen añadirse otras competencias, v. gr., las previstas en el artículo 93 N°s 10, 11, 13, 14 y 15 de la Carta Fundamental vigente. Sólo así la Constitución cobra primacía efectiva.

Procede observar que, en el término genérico **Justicia Constitucional**, sobresale el Tribunal, Corte o Sala respectiva, por su jerarquía suprema en el servicio de los tres roles descritos. Con base en esa premisa se despliegan las atribuciones de las cuales el Tribunal, Corte o Sala son titulares para obrar dentro y con sujeción a la Constitución, nunca por sobre ella<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Derivado del artículo 6 de la Constitución.

<sup>28</sup> Artículo 93 inciso 1° Nos 10°, 11°, 12°, 14° y 15°.

<sup>29</sup> Gastravo Zagrebelsky: *Principi e Voti: La Corte Costituzionale e la Politica* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005) pp. 38 – 39.

La posición del Tribunal en el sistema institucional fluye de lo ya escrito: trátase de un órgano de jerarquía máxima, tipificado por la autonomía plena en el servicio de sus atribuciones exclusivas, aunque carente de imperio para hacerlas cumplir<sup>30</sup>.

En conexión con lo recién expuesto útil es destacar que, a propósito del proceso de control de supremacía en el ámbito de los textos constitucionales, que él fue iniciado con la incorporación del recurso de inaplicabilidad de preceptos legales en la Constitución de 1925. Antes, el legislador disponía a su arbitrio, probablemente porque el nivel de conciencia constitucional, en especial a propósito de cuanto implicaba la supremacía ante la ley, dictada por el soberano, era mínima<sup>31</sup>.

Quedó así la Corte Suprema habilitada por controlar la supremacía en el sentido descrito. La experiencia resultó, sin embargo, pobre en cuanto a la defensa del Código Político, por ejemplo, a raíz de haberse establecido por la jurisprudencia de esa Corte, que el principio de “separación de poderes” le impedía entrar a examinar los aspectos nomogénicos de las disposiciones legales, admitiendo como válidas e imperativas normas de esa jerarquía que eran contrarias a la Constitución. Algo semejante ocurrió con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, en general, a propósito de los actos administrativos discrecionales.

Una tesis tan formalista culminó, obviamente, aumentando las potestades del Poder Ejecutivo y eximiéndolas de control de supremacía. Se decía que Chile era una sociedad ingobernable y que “el resorte maestro de la máquina”, es decir, el presidencialismo exacerbado, era la única que permitía dominarla<sup>32</sup>. Hacia 1970, sin embargo, la evidencia de los acontecimientos históricos demostraba que tanta fe en el presidencialismo iba a terminar sofocando la democracia. Desgraciadamente, así ocurrió y con rasgos inusitadamente cruentos.

El Código Político de 1980 contempló ciertos mecanismos destinados a rectificar tan deplorable situación. Por ejemplo, fue ampliada la gama de

posibilidades para declarar la inaplicabilidad de las leyes, por vicios de forma o de fondo, en cualquier asunto o gestión en que hubieren sido invocadas para decidirlos<sup>33</sup>. Análogamente útil es recordar la introducción del recurso de protección (amparo, denominado en México y otros países) para tutelar el respeto en el ejercicio legítimo de la mayoría de los derechos fundamentales<sup>34</sup>. En la misma línea de reflexión se halla el trámite preventivo denominado **toma de razón**, efectuado en la Contraloría General de la República con respecto al mérito constitucional y legal de los decretos supremos y resoluciones de la Presidencia de la República<sup>35</sup>. Por último, los Presidentes de cada una de las dos Cámaras del Congreso Nacional quedaron facultados para pronunciar la admisibilidad o no a tramitación de los proyectos de ley una vez cotejados con el Código Político<sup>36</sup>.

El balance de tal enriquecimiento del sistema de control de la supremacía, evidencia de la “separación de poderes” con los frenos y contrapesos respectivos podía, al cabo de un cuarto de siglo, ser calificado de alentador, pero sin llegar a ser promisorio. Hubo, en efecto, numerosas manifestaciones de quebrantamiento de la supremacía que no tuvieron el correctivo de rigor. Preponderantemente, ellas eran causados por demasías de la Administración, en tiempos de crisis o de normalidad institucional. Sería inexcusable, en tal sentido, callar que, al cabo de ochenta y un años de haber sido creados por la Constitución de 1925, Chile todavía carece de tribunales dedicados al contencioso administrativo<sup>37</sup>.

Se cierra este párrafo con una nota sobre la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado acerca de dicho principio<sup>38</sup>. En síntesis, no son frecuentes tales sentencias, pero suficientes y uniformes como para sostener que existe reiteración y coherencia. Un ejemplo, y que es el más reciente, se inserta a continuación<sup>39</sup>.

“La norma transcrita (alude al artículo 62 de la Constitución) consagra el llamado fuero, garantizaría procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado

<sup>30</sup> Revítese Miguel Ángel Fernández González: “La Sentencia del Tribunal Constitucional, su Evidencial Caracter Vinculante y la Inserción en las Fuentes de Derecho”, incluido en *Revista Ius et Praxis*, cit., pp. 125 ss.

<sup>31</sup> Consultárese Eugenio Valenzuela Somarriva: “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Eugenio Valenzuela Somarriva (coordinador): *Proposiciones para la Reforma Judicial* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991) pp. 157 ss. Revítese, además, Hernán Larraín Fernández: “Recursos de Inaplicabilidad, Amparo y Protección. Un Análisis de la Labor Judicial”, XVII *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (1990) pp. 87 ss.

<sup>32</sup> Expresión usada por el Ministro Diego Portales en 1832 para caracterizar al Primer Mandatario en el Gobierno, fuerte y centralizador, que él visualizó para Chile y cuya institucionalización alcanzó a iniciar. Revítese, en relación al tópico, Simón Collier: *Ideas y Políticas de la Independencia de Chile 1808 – 1833* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1977) pp. 302 ss. Consultárese también Ernesto de la Cruz y Guillermo Felicit Cruz: *II Epistolario de don Diego Portales* (Santiago, 1937) p. 203.

<sup>33</sup> Artículo 80, hoy artículo 93 inciso 1° N° 6 e inciso 11°.

<sup>34</sup> Artículo 20.

<sup>35</sup> Artículo 99.

<sup>36</sup> Artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, Ley N° 18.918 de 1990 y sus reformas.

<sup>37</sup> Artículo 87.

<sup>38</sup> Desde 1981, la mención del principio de “separación de poderes” se halla en las sentencias siguientes: Rol N° 23, Rol N° 205, Rol N° 242, Rol N° 253, Rol N° 309 y Rol N° 325. También aparece, más recientemente, en los considerandos 12° y 13° de la Sentencia Rol N° 591 del 11 de enero de 2007.

<sup>39</sup> Rol 478 de 2006.

al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes –valores esenciales del Estado de Derecho–, y cuya justificación mediatra es el pleno ejercicio de la soberanía popular.”

### 3. Perspectivas

La reforma de 2005 avanzó en la dirección adecuada, incrementando el modelo concentrado de dicho control, radicándolo en el Tribunal Constitucional, pero sin llegar, como fue advertido, a la concentración plena o total de él en esa Magistratura. En concreto, hoy el Tribunal Constitucional ejerce el control *ex ante* de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de las normas de los tratados internacionales que sean de esa naturaleza. Lo mismo hace con los auto acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones<sup>40</sup>. De él es también la potestad de vigilar, *ex post*, la legitimidad de los preceptos legales, pronunciando su inaplicabilidad y la subsecuente inconstitucionalidad cuando vulneran el Código Político. En fin, el Tribunal puede servir también el control *ex post*, pero sólo por breve tiempo, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República<sup>41</sup>.

Ya ha quedado de manifiesto, sin embargo, la existencia de disposiciones, emanadas de órganos diversos, todas las cuales se hallan sustraídas del control de supremacía. El postulado de la teoría queda, por lo tanto, incumplido. En la nómina aludida es posible incluir los reglamentos parlamentarios, los actos administrativos que la ley exime del trámite de toma de razón, las instrucciones generales del Ministerio Público y los acuerdos del Banco Central que afecten los derechos fundamentales. A tal elenco se añade la falta de un sistema regulatorio del contencioso administrativo<sup>42</sup>, reparo que adquiere mayor gravedad de cara a resoluciones y otros actos de esa índole que se hallan liberados de la toma de razón con sujeción a lo dispuesto por la Contraloría General de la República<sup>43</sup>. La normativa concerniente a la emergencia constitucional, finalmente, fue objeto de positivas emiendas<sup>44</sup>, de las cuales, por su pertinencia en el tema de esta ponencia, fuerza es destacar la ampliación de las posibilidades que la Constitución confiere ahora a los Tribunales Superiores para cautelar el respeto de los derechos humanos mediante los recursos de *habeas corpus* y de protección<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Artículo 93 inciso 1º N° 2.

<sup>41</sup> Artículo 93 inciso 1º N° 16.

<sup>42</sup> Véase, en general, Juan Carlos Ferrada Borquez (editor): *Constitución y Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005).

<sup>43</sup> Consúltese la Resolución N°520 de 1996, de la Contraloría General de la República, que establece reglas de exención del Trámite de Toma de Razón.

<sup>44</sup> Artículos 39 ss.

<sup>45</sup> Artículos 20 y 21 de la Constitución, en relación con el artículo 45 de ella.

### 4. Sumisión de la Ley a la Constitución

Culmino esta parte del ensayo deteniéndome, con alguna extensión, en las emiendas hechas a la Constitución en agosto de 2005 para fortalecer el control de supremacía de los preceptos legales. Sin duda, es la innovación de mayor envergadura, razón que justifica comentarla.

El análisis debe ser situado en ligamen con la nueva situación que la ley, como categoría de norma jurídica positiva, tiene en el Estado de Derecho contemporáneo. En efecto, a raíz de la relativización del concepto de soberanía por el respeto que debe a la dignidad de la persona y a los derechos esenciales inherentes a esa calidad del ser humano, resulta que la ley dejó el sinal privilegiado que tuvo por siglos, descendiendo para quedar subordinada tanto a la Carta Fundamental como a los tratados internacionales relativos a los derechos aludidos. La experiencia, trágica en punto a los sufrimientos de toda índole padecidos en los más diversos países en el siglo XX desembocó, afortunadamente, en un consenso, amplio y profundo, consistente en limitar al legislador por Constituciones garantistas, expresivas de un Derecho mejor<sup>46</sup>. Herbert Krüger lo resumió con una frase que ha llegado a ser famosa<sup>47</sup>: “Antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley; hoy, las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales.”

Secuela de esa alteración del *ethos* en el orden jerárquico de los preceptos jurídicos fue la introducción de los controles requeridos para infundirle eficacia, contemplándose los órganos, las acciones y los procedimientos de rigor. Quedó, de tal manera, articulada la Justicia Constitucional en los Códigos Políticos, con característica difusa al principio y crecientemente concentrada después. El resultado en la actualidad es el predominio de regímenes mixtos, esto es, integrados por instituciones diferentes que participan, cada cual dentro de su competencia, en vigilar al legislador para que acate la supremacía. El principio de “separación de poderes”, con los frenos y contrapesos respectivos, se ha reafirmado, abarcando los aspectos preventivos y *ex post*, procesales y sustantivos del control de los textos legislativos.

En Chile, el proceso alcanzó rasgos notables con la reforma de 2005, porque el Tribunal retuvo su competencia exclusiva para velar, preventivamente, por el respeto de la supremacía de los proyectos de leyes pertinentes<sup>48</sup>, pero incrementado con el control *ex post*, tanto *inter partes* o de inaplicabilidad del precepto legal en el asunto o gestión concreta que motiva el requerimiento,

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Fuerte* (Madrid, Ed. Trotta, 1999) pp. 15 ss.

<sup>47</sup> Citado por Otto Bachofé: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1987) p. 41.

<sup>48</sup> Artículo 93 inciso 1º Nos 1 y 3, en armonía con los incisos 2º y 4º del mismo artículo.

como *erga omnes* o de inconstitucionalidad, abstracto y equivalente a la derogación de la ley con alcance general.

Puede hablarse de un sistema, entonces, cuyo principio se halla en la ampliación de los sujetos activos legitimados para requerir el pronunciamiento de nuestra Magistratura, es decir, las partes y los jueces que conocen de los asuntos respectivos; continúa con el pronunciamiento, por cada Sala, de la admisibilidad de tal requerimiento; prosigue con la eventual declaración de suspensión del procedimiento, esto es, la paralización de la gestión en curso por la orden de no innovar que dicta la Sala encargada del asunto; y queda así, por último, en situación de ser conocida y decidida la cuestión en el Tribunal Pleno, habiendo puntualizado el Código Político que se requiere el quórum de la mayoría de los Ministros en ejercicio para pronunciar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado<sup>49</sup>.

Eventualmente y después, como ya se dijo, el control de supremacía puede culminar con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de aquel precepto. La norma legal, por ende, termina siendo eliminada del ordenamiento jurídico. El quórum para acordarlo se eleva, en tal hipótesis, a cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal.

### 5. Incidencia en el Nuevo Constitucionalismo

Vivimos la época en que surgió y se va consolidando un concepto o idea nueva de Constitución con todas las implicancias pertinentes.

Ese concepto o nueva puede ser caracterizado, sumariamente, destacando los rasgos siguientes: supremacía formal y sustantiva, con énfasis a propósito de la ley; reconocimiento que la Constitución es la fuente primaria del sistema normativo, cuya imperatividad goza de los caracteres de inmediata y directa, sancionándose las omisiones en que incurrir el legislador, pero sin que tal crítica perturbe la aplicación, sin más trámite, de sus disposiciones; articulación de valores, principios y normas con un *ethos* o espíritu humanista, es decir, que asume la dignidad de la persona en cuanto criterio matriz, del cual fluyen los derechos y deberes inherentes a esa cualidad única del sujeto aludido; imperativo de tutelar y promover aquel humanismo por todos los órganos estatales, debiendo el ordenamiento contemplar las garantías, sobre todo judiciales, que permitan el acceso fácil a ella para infundirle eficacia sociológica; entronización de la Justicia Constitucional como Magistratura dedicada a la defensa del Código Político en todo momento y circunstancia, cualquiera sea el que intente

transgredirla o la haya quebrantado: radicación en el Tribunal, Corte o Sala Constitucional de la responsabilidad suprema de custodiar el respeto y desenvolvimiento de aquel Código, aplicando una hermenéutica axiológica y finalista, resolviendo autonomías, ambigüedades, colisiones y conflictos político-constitucionales con sujeción a la Ley Suprema, para protegerla y con subordinación a ella; apertura de la Carta Fundamental a la vida de la comunidad en que se halla inserta, acogiendo las demandas de la población y devolviéndolas con sentencias a favor del orden y seguridad, de la justicia y paz, del progreso y bienestar; en fin, irradiación de la doctrina que emana de esa jurisprudencia a toda la comunidad, con preponderancia de la integrada por los operadores jurídicos, siendo obligación de sus destinatarios, sin excepción, estudiarla, difundirla, respetarla y hacerla cumplir de buena fe y omitiendo reticencias.

Atrás va quedando el formalismo de la Constitución escrita, tanto como su aislamiento de la realidad de los procesos presentes y de la evolución histórica. Al fin, se ha comprendido que la pureza del Derecho, desembocó en la sumisión completa de él, y los legisladores, funcionarios y jueces a las contingencias del Poder ideológicamente ejercido. Marginada está quedando, por consiguiente, esa visión científica pura, típica de las disciplinas exactas, imposible de extrapolar al Derecho, henchido de libertad en el orden, de igualdad sin discriminación, de certeza legítima, de diversidad en el marco de consensos básicos, de circunstancias infinitamente variables que impiden encapsular, sin más, en los preceptos, formales y *a priori* y la dinámica riquísima de la vida en la sociedad democrática.

El bosquejo que se ha hecho del neoconstitucionalismo incluye roles inéditos para el Código Político. Cito, porque condensa con brillo ese postulado, lo escrito por Peter Häberle<sup>50</sup>:

“Constitución es “invitación y barrera” (R. Smend), norma y tarea (U. Scheuner), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables y por fin, cultura. No es mero “esarturo de organización” o “instrumento de gobierno”, sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho constitucional. Tampoco olvidemos que existe tanto Estado como la Constitución establece. (...) La Constitución deja de ser un instrumento

<sup>49</sup> Artículo 93 inciso 1º No 6 en relación con el inciso 11º del mismo artículo.

<sup>50</sup> Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar (Lima, Ed. Palestra, 2004) p. 177.

jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *intra es*, esencialmente, expresión y transmisión de cultura, marco de reproducción y reproducción cultural, recepción y memoria de “informadores” culturales, de tradiciones, experiencias, vivencias y sabidurías.”

No es difícil, para terminar, deducir las implicancias que el constitucionalismo contemporáneo tiene para la “separación de poderes”, al punto que obliga a replantearse muchos de sus presupuestos tradicionales. Por ejemplo, entre esas implicancias sitúo las siguientes: la supremacía se predica como atributo del Bloque Constitucional<sup>51</sup> y no sólo del documento llamado Constitución Política; aquel Bloque abarca a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como asimismo, el *ius cogens* que los acompaña y permite darles la interpretación y aplicación requeridas<sup>52</sup>; no se contraviere la sumisión del ordenamiento jurídico completo al *telos* constitucional, rasgo que no puede ser homologado con el panconstitucionalismo pero que, tampoco, admite la sustracción o exención de una o más disciplinas de los valores, principios y normas del Código Político; y, a raíz de lo recién expuesto, inserto una última deducción ilustrativa: la irradiación al Derecho Privado de los postulados jurisprudenciales de la Justicia Constitucional, de modo que la autonomía de la voluntad no puede ser más invocada para eludir cuanto es inherente al nuevo constitucionalismo, *v. gr.*, en punto a la renuncia anticipada del ejercicio de los derechos esenciales, o su entrabamiento ilícito<sup>53</sup>. De tan relevante enunciado colijo otra conclusión que obliga a proyectar, en el sentido de dirigir, extendiéndolo, el principio a la Sociedad Civil: la creciente autonomía de esa Sociedad con respecto al Estado, clave en la democracia participativa y solidaria que anhelamos, torna ineludible fortalecer la subsidiariedad y la solidaridad respetando los límites que separan a una del otro<sup>54</sup>.

#### IV. PROYECCIONES HORIZONTALES

Dije que la “separación de poderes” debe ser entendida hoy con la cualidad de un principio ontológico y deontológico constitutivo de la persona humana en su proyección al prójimo, sea quienes integran la Sociedad Civil o el orden internacional, además del Estado. La explicación de tal premisa se halla en que la dominación de unos sujetos sobre otros tiende a ser abusada, cualquiera sea la relación que exista entre ellos, esto es, política, social, económica o cultural en sentido amplio. Consecuentemente, en todas esas facetas de nuestra convivencia se vuelve indispensable el control para precaver o rectificar los excesos y sancionar a los responsables. De allí que, en la actualidad, el principio en comentario sea percibido como un criterio matriz para la organización y regulación de los vínculos que suceden dentro de la Sociedad Civil y, en germen también, en la reestructuración del orden internacional. La defensa de la libertad y la mayor eficiencia por la especialización en el servicio de las funciones públicas continúan siendo las razones y móviles justificativos de aquel paradigma.

Puede desprenderse de lo escrito una conclusión relevante. Me refiero a la expansión de la “separación de poderes” más allá del Estado para posibilitar, por ejemplo, en la Sociedad Civil la operación fluida y transparente de los mercados, removiendo los obstáculos que levantan las entidades monopolísticas; o la distribución equitativa de la renta nacional, impidiendo que siga elevándose su concentración en los quintiles o deciles más altos con perjuicio de la mayoría; o la alianza de partidos con organizaciones sindicales o con entes empresariales para aumentar su hegemonía socio-económica; o, por último, en la comunidad política la extrapolación de la estructura constitucional del Estado a los organismos internacionales, derivando en el proceso de la institucionalización del Derecho Internacional.

Evoco nuevamente a Peter Habberle<sup>55</sup> para sintetizar las ideas: antes del Derecho positivo y más allá de él todos quienes nos relacionamos con la existencia, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico adherimos a una cierta antropología. Esta determina las actitudes frente al Derecho, la política, la sociedad, la economía y, más en general, la cultura. Hoy, felizmente, en esa perspectiva predomina la corriente del humanismo basado en valores. Ojalá que el *perdure* hasta institucionalizarse, quiero decir, arraigarse en la conciencia colectiva y transmitirse generación tras generación.

<sup>51</sup> Louis Favoreu y Francisco Llorente: *El Bloque de Constitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1989) pp. 25 ss.  
<sup>52</sup> Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1981.

<sup>53</sup> Revítese María Venegas Grau: *Derechos Fundamentales y Derecho Privado* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) pp. 205 ss.; y Pedro de Vega: “La Eficacia Frente a Particulares de los Derechos Fundamentales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): *III Derecho Procesal Constitucional* (México DF., Ed. Porra, 2006) pp. 2315 ss.  
<sup>54</sup> Raymond Chappuis: *La Solidarité* (Paris, PUF 1999) pp. 3 ss.

## EPÍLOGO

Han transcurrido sólo ocho meses desde que la reforma de 2005 a la Constitución de Chile entró en vigencia. Es demasiado breve el tiempo corrido, en consecuencia, para formular evaluaciones certeras y vaticinios objetivos. Sin perjuicio de ello resulta imperativo reconocer que la experiencia recogida es valiosa. Las cifras lo demuestran: ciento diez requerimientos de inaplicabilidad han sido formalizados, ante el Tribunal Constitucional, desde el 27 de febrero de 2006 a la fecha. De ellos, el 40% ha sido declarado inadmisibles. En treinta casos, el Tribunal ha dictado sentencia, acogiendo en quince de ellos la racha de inaplicabilidad esgrimida. El tiempo transcurrido desde el ingreso de la causa por un lado, a la fecha en que se notifica la sentencia definitiva que la decide, de otro, se ha reducido de dos años a tres meses, en promedio.

Una secuela importante de esos fallos es que el Legislador y la Administración han manifestado ya su opinión en el sentido de efectuar los cambios normativos que permittan precaver la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos por el Tribunal. Más inesperado ha sido saber que ellos propugnan el pronunciamiento de tal inconstitucionalidad. Va así, por una y otra vía, depurándose de vicios nuestro régimen jurídico, a la vez que infundiendo vida a la Constitución. Por lo mismo, ya se torna más difícil reintroducir el síndrome, bastante típico de Latinoamérica, del reformismo constitucional. Nuestra Magistratura se aleja, en suma, de la imagen del legislador negativo y coopera al remozamiento y legitimidad del ordenamiento vigente.

Siempre un Tribunal Constitucional sabe, o ha de saberlo, que algunos aplauden sus fallos, mientras otros los critican. Lo decisivo, sin embargo, es obrar sin temor, con independencia e imparcialidad y con rigor en la defensa suprema que le incumbe del Código Político. Así ha sucedido en Chile y, evaluando el clima de la opinión pública dominante hoy, pensamos que el Tribunal ha experimentado un fortalecimiento vigoroso de su imagen de guardián máximo del *res* y de las formas de la Carta Fundamental. En definitiva, el Tribunal es ahora “el resorte maestro de la máquina” para infundir realidad a los valores, principios y normas que contemplan la “separación de poderes”, con frenos y contrapesos, a fin de servir a la persona en democracia y mediante el Derecho.

Sin duda, es largo el camino que resta todavía para llegar a un régimen, completo y eficiente, de control de supremacía. ¡Pero hemos avanzado ostensiblemente y ojalá que sea sin retrocesos!

## III. CONSTITUCIONALISMO Y EFICACIA, IMPERATIVOS COMPATIBLES EN EL MUNDO GLOBALIZADO\*

### INTRODUCCION

Agradezco haber sido invitado a este Seminario para exponerles mi punto de vista en el tema que me fue asignado, es decir, el dilema de compatibilizar los valores, principios y normas del constitucionalismo, por un lado, con la eficacia en la investigación y sanción de los ilícitos financieros en el mundo globalizado, de otro.

He venido convencido de que aquí se tratará el tema de tales ilícitos con intención resuelta de innovar en los criterios tradicionalmente aplicados a la investigación y sanción de ellos. La globalización impone, en efecto, la obligación de estudiar y hallar soluciones originales a la criminalidad que, por definición, tiene carácter histórico, es decir, que evoluciona tanto como el Estado, la Sociedad Civil y los Pueblos que son sus víctimas. Uno de los problemas se halla, precisamente en que esa evolución del delito es más rápida y efectiva que sus contrarios. La brecha, lamentablemente, juega en perjuicio del Derecho y la democracia, no del delito.

En los tiempos que vivimos, la criminalidad se ha globalizado, exigiendo adoptar políticas y medidas comunes entre los países para enfrentarla con éxito. La solidaridad es, por ende, un valor que encuentra aquí otra modalidad de concretarse. La cooperación internacional, regulada por los tratados pertinentes, tiene que seguir desarrollándose. Empero, temo que falta el nivel de conciencia común que se requiere para ello.<sup>1</sup>

\* Exposición hecha en Santiago el jueves 30 de marzo de 2006, en la inauguración del Seminario Internacional sobre *Ilícitos Financieros en un Mundo Globalizado*, organizado por el Consejo de Defensa del Estado.

<sup>1</sup> Raymond Chappuis: *La Solidarité. L'éthique des Relations Humaines* (Paris, PUF, 1999) pp. 41 ss.; y en general, Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (editores): *Estado Constitucional y Globalización* (México DF, Ed. Porrúa, 2003).

Por ahora, cabe sostener que el dilema planteado existe y se vuelve cada día más acuciante, porque para aumentar la eficacia en las pesquisas de los ilícitos de esta época, en especial los financieros, muchos plantean el imperativo de sacrificar, en parte al menos, el ejercicio legítimo de ciertos derechos fundamentales. Mi tesis es contraria a esa afirmación: siendo inevitable reducir el umbral de ejercicio legítimo de los derechos esenciales, para protegerlos mejor, la comunidad democrática estará dispuesta a ello cuando se cumplan ciertos supuestos. Aclarado lo anterior agregó que nunca será ilícito suspender el disfrute de los derechos esenciales, como asimismo, que siempre resultará indispensable perfeccionar los sistemas de control y garantías para que el empleo de facultades extraordinarias no termine con el régimen democrático<sup>2</sup>.

## I. VISION CONSTITUCIONAL

Mi exposición se halla focalizada en la Constitución de Chile. Me propongo exponer, brevemente, algunas ideas al respecto. El marco de referencias, sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo, porque de lo contrario nos situamos en la cruda Razón de Estado, o bien, en el individualismo liberal que sacrifica la seguridad humana<sup>3</sup>.

Situado en esa perspectiva, creo necesario comenzar planteando determinados supuestos relativos a lo que debe ser la Carta Fundamental en el Estado democrático de nuestra época: después me referiré a la incidencia de la Constitución en la prevención, investigación y penalidad de los ilícitos financieros en un mundo globalizado.

La Constitución fue entendida, tradicionalmente, como un sistema de límites al Poder, incluso al de los órganos de investigación, de los jueces y de la policía, todo en beneficio de la libertad, especialmente individual. Por consiguiente, se planteaba, y aún sigue siéndolo, que si se incrementa el goce de la libertad tiene que ser con menoscabo de la seguridad; y al revés, o sea, que si aumenta la seguridad lo es con perjuicio de la libertad. Me pregunto y lo hago a Uds. ¿es razonable tal planteamiento? ¿acaso resulta imposible conciliar los dos valores aludidos? ¿son incompatibles, por cancelarse recíprocamente, el constitucionalismo democrático, por un lado, con la eficacia en la prevención y punición de ilícitos financieros en el mundo globalizado de otro? ¿quién gana, por fin, si esa compatibilidad se torna imposible en la práctica?

Obviamente, mi respuesta a esas interrogantes es negativa, aunque la dificultad radica en hallar e implementar fórmulas, incluyendo las jurídicas, que permitan armonizar los términos aparentemente contrapuestos. Por eso, exactamente, sostengo que el crimen organizado, revestido de formas decentes y con guante blanco<sup>4</sup>, es el que vence a las autoridades democráticas cuando no se acciona y reacciona a tiempo.

El planteado es un ejemplo más del conflicto, sea aparente o real, que surge entre el ejercicio de determinados derechos esenciales y la potestad pública encargada de infundir eficacia a los límites que vuelven legítimo tal ejercicio. Consecuentemente, la tensión se configura entre la libertad y la seguridad de la persona, en parangón con la eficacia de los límites que es necesario hacer respetar en la convivencia civilizada<sup>5</sup>.

Hoy, sin haber perdido el carácter limitante ya descrito, lo cierto es que la Constitución se concibe, también y mejor, como un conjunto de oportunidades o posibilidades de acción, consideradas democráticamente inobjetables, sean realizadas por el Estado, que es lo usual, o por la Sociedad Civil, como va siendo cada día más evidente y creciente<sup>6</sup>. Lo relevante es que ahora a esos sujetos se agrega un tercero, con intensidad en aumento. Me refiero a la comunidad internacional organizada. Trátese, en suma, de una sinergia para el bien común, estatal y globalmente comprendida<sup>7</sup>.

Varias consecuencias pueden desprenderse de lo dicho. Una, sin embargo, deseo realzar: la Constitución no puede ser más interpretada como obstáculo o valla a la realización de proyectos colectivos legítimos: antes y por el contrario, tiene que ser entendida y llevada a la práctica con la cualidad de un sistema dinámico de opciones, abierto a la comunidad nacional e internacional<sup>8</sup>. Por supuesto, mucho falta, especialmente en la cultura, para entronizar un cambio tan relevante, pero se avanza en su consecución.

## II. ELEMENTOS PARA UNA ECUACIÓN EQUILIBRADA

¿Qué criterio matriz puede ser adoptado para alcanzar, consolidar y expandir esa ecuación?

Mi respuesta lleva a recordar un postulado tan elemental y conocido como poco explorado. Me refiero a que el ejercicio de todos los derechos es limitado y

<sup>2</sup> Klaus Tiedemann: *Poder Económico y Delito* (Barcelona, Ed. Ariel, 1985) pp. 9 ss.

<sup>3</sup> Juan Cianciardo: *El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales* (Pamplona, Eunsa, 2000) pp. 106 ss.; y Franck Moderne: *Principios Generales del Derecho Público* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005) pp. 225 ss.

<sup>4</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dicitil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 39 ss.

<sup>5</sup> Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (México, DE, UNAM, 2003) pp. 16 ss.

<sup>6</sup> Sabino Carceres: *La Crisis del Estado* (Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2003) pp. 81 ss.

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, Ed. Trotta, 2001) pp. 851 ss.

<sup>8</sup> Constitúese, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neonconstitucionalismo* (s) (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

limitable, por el deber correlativo que recae en ellos para que su goce sea legítimo. En último término, el Derecho ha sido caracterizado como un sistema de límites lícitos a nuestras conductas, más que por otro que afirma la preeminencia absoluta de atributos inalienables no susceptibles de ser restringidos<sup>9</sup>.

El problema, entonces, se trasladada a reconocer tan sencillo presupuesto y, después, a hacer lo mismo con respecto al control tanto de esos límites como de los órganos competentes para hacerlos eficaces. Naturalmente, la responsabilidad de los órganos infractores es un elemento esencial de este cuadro, de modo que si no se hace efectiva, tampoco mantienen su sentido los demás presupuestos referidos.

### III. IMAGEN DE LA CONSTITUCIÓN CONTEMPORÁNEA

La Constitución de nuestra época tiene que ser humanista, quiero decir, centrada en la protección y promoción de los derechos esenciales que emanan de la dignidad de la persona humana. Consiguientemente, el Estado debe ser un instrumento al servicio de esa premisa y no al revés, como ha sucedido, con frecuencia, en los últimos siglos. La Constitución, en consecuencia, es un elemento del bien común, nacional e internacionalmente entendido. Dentro de ese bien se hallan valores como la seguridad humana, entendida ahora también como seguridad colectiva nacional e internacionalmente apreciada<sup>10</sup>.

Asocio lo recién dicho con dos bases institucionales de Chile: una es el artículo 1 inciso cuarto párrafo final de la Constitución: siempre es necesario respetar el núcleo de los derechos esenciales; la otra, aparece en el inciso final de ese mismo artículo: la seguridad humana jamás deja de ser requisito de la democracia con participación libre e igualitaria.

Lo dije y lo repito: la Constitución tiene que hallarse abierta al mundo, manifestado en los tratados internacionales, en especial, los relativos a la dignidad humana y a los derechos fundamentales. Tal apertura, sin embargo, no es aún asunto pacífico.

En efecto, todos la admiten pero, acto seguido, constatamos las diferencias, pues unos dicen que se trata de complementación entre los órdenes nacional y supra o internacional, en un plano de igualdad jurídica; otros hacen primar al orden nacional por consideraciones de soberanía, al estilo de los viejos Pactos

de Westfalia<sup>11</sup>; y los últimos aseveran lo contrario, invocando también el cambio sustancial en el concepto de soberanía ante la necesidad de llevar a la práctica la concepción humanista de que ya hablé<sup>12</sup>.

Tenemos que forjar el consenso en tan importante asunto: la globalización ha cambiado muchas de las bases de la soberanía territorialmente definida, como poder independiente, hacia fuera, y autónomo hacia dentro.

Una conclusión desprendido de lo dicho: la investigación y persecución de los ilícitos financieros que cruzan las fronteras, no puede ser llevada eficazmente a la práctica si la soberanía se sigue concibiendo como en los tiempos anteriores a la globalización. Ese es uno de los blancos cruciales de la investigación aún pendiente.

### IV. ROL DE LA HERMENÉUTICA

A raíz de lo expuesto, cabe enfatizar el rol de la interpretación de la Carta Fundamental, de modo que ella sea coherente con la fórmula de armonía ya señalada, es decir, que el constitucionalismo contemporáneo tiene que ser entendido y realizado no sólo en función de la satisfacción de los derechos individuales, sino que, cada día más, también en ligamen con los derechos de la tercera generación o derechos de los Pueblos. Más que confiar en reformas a los textos, en consecuencia, expreso mi esperanza en la actitud de los fiscales, jueces y funcionarios en la consecución de ese objetivo.

Creo, estimados amigos, que una aplicación precisa de este postulado es la relativa a la necesidad de resolver la tensión que existe entre el constitucionalismo humanista, de un lado, y la eficacia en la persecución del crimen organizado en un mundo globalizado, en especial los ilícitos financieros, de otro.

Permítanme exponer dos ideas para introducir el estudio de fórmulas que alivien o superen esa tensión.

Primeramente, que la fórmula que defiende es de configuración o armonía entre constitucionalismo humanista y la persecución eficaz del crimen globalizado, no de oposición y anulación recíproca. Es cierto que, en las últimas décadas, se han expandido los regímenes jurídicos que habilitan a los organismos de inteligencia y otras entidades especializadas para practicar procedimientos, sean o no intrusivos, que implican penetrar en la esfera de lo privado, reservado, íntimo a secreto<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1997), pp. 91 ss.

<sup>10</sup> Moderne, cit. Véase también Juan Vega Gómez: "Seguridad Jurídica e Interpretación Constitucional", en Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador), *II Interpretación Constitucional* (México DF, Ed. Porrúa, 2005) pp. 1311 ss.

<sup>11</sup> Darrow Schecter: *Sovereign Status or Political Communities. Civil Society and Contemporary Politics* (Manchester, Manchester U. Press, 2000) pp. 78 ss.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> Antonio Enrique Pérez Luño: "El Derecho a la Intimidad", en Jerónimo Bergeón et al. (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) pp. 639 ss.

Pero, a la vez, va en aumento el nivel de conciencia colectiva en el sentido que se trata de procedimientos inevitables para la consecución de finalidades lícitas y de bienestar colectivo. Por ejemplo, así se trata de precaver la desestabilización de los regímenes democráticos por la corrupción, la simbiosis de actores políticos con mafias dedicadas al crimen de cuello blanco, la corrupción generalizada o la manipulación de la opinión pública por la alianza de pseudo líderes con algún medio de comunicación<sup>14</sup>.

La clave, sin embargo, para no precipitarse en la aborrecida razón de Estrado, yace en que se hallen previstos mecanismos adecuados de control, preventivo y *ex post*, como asimismo, que todos ellos funcionen según lo predispuesto en la Constitución y las leyes. A esa exigencia agrrego la atmósfera de publicidad o transparencia que debe rodear, como regla general, todo lo descrito, en especial, después que han operado los entes de control<sup>15</sup>. La vigilancia aludida tiene que ser constante, porque el precio de la libertad e imperio del Derecho depende, con exactitud, de ese escrutinio incesante.

#### V. IMPORTANCIA DE LA CULTURA CIVICA

La última de las ideas que expondré significa plantear una tarea todavía más difícil. Me refiero a que los intérpretes de la Constitución y las leyes, comenzando con los jueces pero sin terminar en ellos, tienen que ser tan sensibles a facilitar el acceso de los órganos y funcionarios competentes a las investigaciones que se requirieran para prevenir y punir el ilícito financiero, como o resueltos para mantener el control sobre ellos, único método que asegura el balance armónico que susiento.

En el primero de los términos de esa ecuación, imperativo se torna comprender que la criminalidad financiera está erosionando el Estado Constitucional y puede culminar destruyéndolo. Así es, porque no rigen los valores y principios de la libertad e igualdad, de la paz y la justicia, del orden y seguridad con desarrollo humano equitativo, en países en que el disfraz mafioso se halla instalado y protegido. Una sólida cultura cívica, conciente del sacrificio que es menester realizar en ese sentido, se vuelve decisiva. Trabajemos, entonces, por construir y consolidar tal cultura.

Seminarios como éste se orientan a la consecución de tan noble objetivo. Por eso, me despidió deseándoles el éxito que merecen en su labor.  
¡Gracias por venir y escucharme!

#### IV. TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO Y DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA\*

Honrado y feliz, junto a mi hija Constanza, vuelvo a la querida provincia y ciudad de Córdoba. Lo hago en esta noble y famosa Universidad Nacional para recibir el Doctorado *Honoris Causa* que me ha sido concedido. Agradezco tan significativa distinción, otorgada por una de las Universidades más antiguas de América Latina, cuya impronta cultural, científica y técnica es notable en esta República Hermana, en mi Patria y en nuestro continente entero.

La alegría es más honda al recordar cuántos y hermosos años he convivido con admirados Maestros de esta gran Provincia: el primero, el más amado y respetado por todos, Don Pedro José Frías; junto a él, Antonio María Hernández, profesor brillante, profesional de excelencia y autor prolífico; más allá Ricardo Haro, amigo de siempre, noble y generoso; en fin, tantos académicos ilustres, muchos aquí presentes y otros ya idos, a ninguno de los cuales puedo omitir y que, por eso, pido que sientan mi saludo entusiasta o la evocación del tiempo que juntos recorrimos.

Es hora de recuerdo emocionado pero también de intenso compromiso con los ideales que, desde 1621, los juristas de esta tierra hermosa y hospitalaria han enseñado para el bien común mediante el Derecho y, ya casi por dos siglos, respetándonos en el marco de gobiernos legítimos.

#### I. TRES SUPUESTOS ACLARADOS

El tema elegido para este discurso se refiere a las transformaciones del constitucionalismo y la democracia en América Latina. Es un tópico amplio y complejo, en mi opinión mal examinado más que novedoso, cuya trascendencia

<sup>14</sup> Carl J. Friedrich: *The Pathology of Politics* (New York, Harper & Row, 1972) pp. 127 ss.

<sup>15</sup> Norberto Bobbio: *Teoría General de la Política* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 431 ss.

\* Discurso pronunciado el martes 20 de junio de 2006 en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) al recibir el *Doctorado Honoris Causa* de esa institución.

creo indudable. Fácilmente se entiende que me limitaré a exponer mi punto de vista en el asunto, conciente que puede suscitar disidencias. Además, juzgo imperativo realzar el aspecto evaluativo de mi disertación, hecha con espíritu crítico pero de buena fe y, sobre todo, animado de esperanza en nuestra capacidad de forjar una conciencia democrática más justa, pacífica y perdurable.

Para considerar el tema brevemente, debo formular tres puntualizaciones preliminares, pues de lo contrario no será posible comprenderlo ni evaluarlo con acierto.

En primer lugar, es necesario recordar que América Latina abarca diecinueve países, desde México en el norte, hasta Argentina y Chile en el extremo austral. Son muchas naciones que comparan los procesos de colonización y de independencia; el idioma, salvo Brasil, la religión y numerosos rasgos culturales. Además, existe cierta semejanza en el nivel de desarrollo político y socioeconómico de sus pueblos. Por último, más de quinientos millones de habitantes viven en ella, de los cuales, un cuarenta por ciento se halla sumido en la pobreza.

Lamentablemente, nuestra América no es unida. Numerosos caudillos tienden a realzar las diferencias entre los países y la confrontación o el conflicto entre ellos; tampoco tenemos estrategias comparadas para el desarrollo humano, habiendo ensayado, en las décadas de 1960 a 1980, todos los modelos imaginables<sup>1</sup>.

En segundo lugar, las instituciones políticas de América Latina son débiles, quiero decir que no se hallan arraigadas en la cultura de la población, probablemente, porque tampoco llegan a todos los grupos y clases de las sociedades nacionales respectivas. Son, más bien, organizaciones distantes, vistas por la gente como burocráticas y ajenas<sup>2</sup>.

¿Por qué carecemos de instituciones sólidas y perdurables para organizar, regular y promover la participación, la solidaridad y el control de los procesos políticos? ¿qué razones permiten comprender la ingobernabilidad, como criterio general, de América Latina? Las respuestas son numerosas y destacan variables distintas. En términos muy sencillos señalo, al menos, tres factores.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Francois Chevallier: *América Latina. De la Independencia a Nuestros Días* (Barcelona, Ed. Labor, 1979) pp. 371 ss.; Jacques Lambert: *América Latina* (Barcelona, Ed. Ariel, 1970) pp. 433 ss.; Leopoldo Zea: *El Pensamiento Latinoamericano* (Madrid, Ed. Ariel 1976) pp. 409 ss.; y Raúl Urzúa y Felipe Agüero (editores): *Fracturas en la Gobernabilidad Democrática* (Santiago, Imprenta Andros, 1998).

<sup>2</sup> Consultarse la obra clásica sobre institucionalización, escrita por Samuel P. Huntington: *El Orden Político en las Sociedades en Cambio* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1973). Cf. los tesis de Huntington, por ejemplo, con James G. March y Johan P. Olsen: *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics* (Londres, The Free Press, 1989) pp. 21 ss.

Por de pronto, la ideologización de la convivencia política, polarizada en términos de reformismo y contrareformismo, de revolución y contrarrevolución, de indigenismo y europelización, de liberalismo individualista y de marxismo colectivista, en fin, de militarismo caudillesco y de liderazgo civil y populista. Todos admitimos que un instrumento para doblegar tan deplorable disranciamiento es la educación, impartida sobre la base de un cuerpo de valores compartido; pero por desgracia, se sabe también que en ese proceso trascendental se incurra en abismantes conflictos, llegándose a la anomia en aras del protagonismo individualista<sup>3</sup>.

Existe división y antagonismo entre los países de América Latina. Tales conflictos han sido liderados por clases políticas no rara vez mediocres o corrompidas. Agregó que los regímenes políticos han sido, a menudo, manipulados por partidos oligárquicos, reacios a la implantación de la democracia semidirecta y a la descentralización gubernativa. Esos partidos se articulan con sindicatos, cámaras empresariales y gremios culminando en el manejo completo de la Sociedad Civil. Esta, útil es realzando, carece de autonomía suficiente, de modo que es tanto o más débil que las instituciones políticas<sup>4</sup>.

Por último y en tercer lugar, presumo que el fenómeno jurídico es siempre complejo, pues en él se integran, bien o mal, la historia, la normativa vigente y los valores que infunden orientación a la acción humana, individual y colectiva. Lamentablemente, el fenómeno jurídico en América Latina tampoco se halla institucionalizado, esto es, internalizado como rasgo característico de la cultura nacional, con grado suficiente como para afirmar que la mayoría de la población, urbana y rural, conoce, acepta y se rige por los principios y preceptos del ordenamiento positivo en vigor<sup>5</sup>.

Nuevamente, la interrogante que nos preocupa es la misma: ¿por qué ocurre eso después de casi dos siglos de independencia nacional?

Respondo apuntando a la superposición, sin integración armónica, de las culturas jurídicas europeas sobre las costumbres indígenas; a la dominación de visiones estratistas del Derecho, sobre todo a la imagen de la ley en términos racionalistas, formales, impuesta desde arriba, carente de garantías

<sup>3</sup> Véase Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo: *Argentina, una Sociedad Anómica. Encuentro de Cultura Constitucional* (México DF, UNAM, 2005).

<sup>4</sup> Consultarse PNUD: *Desarrollo Humano en Chile 2000. Más Sociedad para Gobernar el Futuro* (Santiago, Imp. Fyrrna Gráfica, 2000) pp. 136 y ss.; y Luis Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau (editores): *Lo Público no Estatal en la Reforma del Estado* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1998) pp. 25 ss.

<sup>5</sup> Véase una aproximación doctrinaria al tema en Alessandro Pizzonusso: *Justicia, Constitución y Pluralismo* (Lima, Ed. Palestra, 2005) pp. 23 ss. Ciertamente, el texto fundacional en el tópico es el de Maurice Hauriou acerca de la teoría de la institución, refundidos en (1925) *Principios de Derecho Público y Constitucional* (Granada, Ed. Comares, 2003) pp. 171 ss.

eficaces<sup>6</sup> y de valores humanistas; y a la copia o imitación de las instituciones, la doctrina y la jurisprudencia europea y norteamericana, sin sentido crítico adecuado o conformándose con la lectura de ellas.

A pesar del largo tiempo transcurrido subsiste, en suma, cierto desprecio por lo vernáculo, calificado de atrasado o premoderno, tanto como admiración de paradigmas extranjeros. Sin embargo ¿no hay en este rasgo una contradicción, consistente en alabar lo foráneo y, a la vez, repudiarlo por invasivo, alienante o imperialista?

## II. UN CONSTITUCIONALISMO “CONSECUENTE”

Puede deducirse de lo dicho que el constitucionalismo de América Latina refleja las dificultades de las fracturas culturales descritas<sup>7</sup>. En este sentido, es posible afirmar que nuestro constitucionalismo es “consecuente” con esas culturas, es decir, que carece de arraigo suficiente en la población; ha sido impuesto por quienes han controlado el Estado; tiene marcado carácter positivista; posee rasgos propios del constitucionalismo administrativizado, porque se lo entiende, interpreta y aplica desde el Estado y para volver a él; en fin, carece de garantías suficientes para adquirir grados de eficacia que lo hagan respetado y respetable por la gente, a raíz de ser vivido en la comunidad<sup>8</sup>.

Nuestra ya denunciada falta o insuficiente institucionalización de las organizaciones y procesos de convivencia democrática en América Latina se repite a propósito del constitucionalismo. No es extraño que sea así, porque el Derecho Constitucional es parte del Derecho y de la cultura jurídica en general, con sus cualidades, insuficiencias y vicios<sup>9</sup>.

Una consecuencia puede desprenderse de lo dicho. Me refiero a que la inestabilidad de las instituciones políticas y socio-económicas se replica en el

síndrome del reformismo constitucional latinoamericano, al extremo que rara vez la elección de un Presidente de la República no va acompañada del anuncio que enmendará el Código Político, como si la república requiriera volver a sus orígenes<sup>10</sup>. Es la mentalidad ilusa, heredada de la colonización española, que cree que basta dictar normas jurídicas para erradicar envejecimientos corregir las costumbres, forjar individuos virtuosos o lograr el desarrollo humano sostenido.

Naturalmente, los reproches resumidos se trasladan a sectores importantes de la doctrina y la abogacía, a los jueces y, en general, a los operadores jurídicos, incluidos los funcionarios y los parlamentarios. Efectivamente, la interpretación de la Constitución se hace, generalmente, con sujeción a los criterios de la hermenéutica racionalista clásica, desvinculada de la historia externa a las normas positivas y despreocupada de los valores políticos y jurídicos. A pesar de los enormes sufrimientos padecidos por líderes y la población como secuela de dictaduras y autoritarismos, parece que en nuestra América no han sido aprendidas las lecciones que demuestran el imperativo de entender el constitucionalismo con sujeción al humanismo<sup>11</sup>.

El Bloque Constitucional<sup>12</sup> es el último punto que deseo mencionar en el esquema descrito. Me refiero a que no hemos integrado los procesos de constitucionalización del Derecho Internacional, por un lado, y de internacionalización del Derecho Constitucional, por otro, pues si bien invocamos los tratados internacionales de derechos humanos, no les otorgamos la eficacia que requieren para pasar de los libros a la regulación real de las conductas de la población y las actuaciones políticas<sup>13</sup>.

Nos debatimos, especialmente en Chile, en torno de dos tesis extremas: una, que jamás puede la soberanía ser concebida en términos de aceptar la jurisdicción interna de tribunales inrer o supranacionales; y la otra, que esas

<sup>10</sup> Consúltase María Victoria García-Añace: *Reforma y Permanencia Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 61 ss.

<sup>11</sup> Elías Díaz: “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en Jerónimo Bergón et al. (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) pp. 17 ss.; Ricardo Haro: “Reflexiones sobre el Humanismo y la Democracia en Jacques Maritain”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional: *XXI Debates de Actualidad* No 196 (2005 – 2006) pp. 50 ss.; y Werner Käge: *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado* (Madrid, Ed. Dykinson, 2005) pp. 173 ss. Revétese Olsen A. Ghirardi (director): *El Siglo XXI y el Razonamiento Forense* (Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000).

<sup>12</sup> Francisco Rubio Llorente: *La Forma del Poder. Estudios Constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) pp. 122 ss.

<sup>13</sup> Véase Andrés D’Alesto: “El Acarreamiento del Derecho y el Desarrollo de América Latina”, en SELA 2000 (editor): *Estado de Derecho y Democracia. Un Debate Acerca del Rule of Law* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002) pp. 34 ss. Siempre vuelvo a reflexionar en el tema leyendo Bertrand de Jouvenal: *El Principado* (Barcelona, Ed. La Ciudad, 1975).

<sup>6</sup> Consúltase Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta, 2005); y Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores): *Garantismo* (Madrid, Ed. Trotta, 2005). Pertinente es también leer Andreas Boeckh: “La Modernidad Importada: Experiencias Históricas con Importaciones de Conceptos de Desarrollo en América Latina”, en XIV Diálogo Científico. *Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía* (Tübingen, 2005) No 1 – 2 pp. 37 ss.

<sup>7</sup> Raúl Urzúa Frademani: “Son Gobernables Nuestras Democracias?”, en Raúl Urzúa y Felipe Agüero (editores): *Fracturas en la Gobernabilidad Democrática*, cit., pp. 139 ss.

<sup>8</sup> Alan R. Brewer-Carías: *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 2001) pp. 61 ss.; y José Luis Cea Esgaña: “Erat, Societé Civile et Democratie Constitutionnelle en Amérique Latine”, VI Política (Bordeaux, Université Montesquieu, 2004) pp. 385 ss.

<sup>9</sup> Maurizio Fioravanti: *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 127 ss.; y Gustavo Zagrebelsky: *Historia y Constitución* (Madrid, Ed. Trotta, 2005).

magistraturas extranjeras son siempre superiores a las cortes nacionales, lo cual agudiza el rechazo de quienes defienden la primera de las tesis resumidas.<sup>14</sup>

### III. ILUSTRACIONES

En el tema amplio que voy describiendo considero razonable avanzar para concretarlo. Con ese propósito he elegido tres tópicos. Quiero así ilustrar las proposiciones antes resumidas.

Decidí detenerme, primeramente, en el imperativo de fortalecer la autonomía de la Sociedad Civil frente al Estado Gobierno, porque en aquella se encuentra la fuente de los valores y prácticas cívicas que permiten realizar el principio de solidaridad, tan urgente de llevar a la práctica ante la imposibilidad del Estado de satisfacer las demandas de la población por una vida mejor<sup>15</sup>.

En segundo lugar, escogí la descentralización integral de la comunidad política, porque es un presupuesto de la participación cívica, del control real de las autoridades por la ciudadanía y de las posibilidades de solidaridad democrática efectiva. Obsérvese, además, que esos tres rasgos se integran generando coras más altas de legitimidad republicana y de conciencia cívica. En ligamen con lo anterior situó el desequilibrio en el trazado de la organización, interrelaciones y competencias de los poderes que ejercen la soberanía pues estoy convencido que, ya por casi doscientos años de independencia, seguimos razonando sobre la base de fortalecer al Presidente de la República para que se imponga a las frondas oligárquicas sin percatarnos del peligro de autoritarismo que eso lleva consigo y del retraso en que se dejan al Congreso, a la Judicatura, al municipio<sup>16</sup> y demás órganos claves del Estado de Derecho.

Por último, haré hincapié en la Justicia Constitucional, atendido que es novedosa en el sistema político, noble por su finalidad tutelar de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella, a la vez que la esperanza más sólida de renovación de la idea de Derecho todavía dominante y ya envejecida.

### IV. SOCIEDAD DÉBIL, ¿EN ESTADO FUERTE?

La democracia constitucional, especialmente en su vertiente humanista y que se asocia al Estado Social de Derecho ha prosperado, siempre y únicamente, en países cuyas Sociedades Cívicas son fuertes. Por el contrario, la revisión de los regímenes contemporáneos, llamados genéricamente “democráticos” revela que, en aquellos países en que el Estado es absorbente y la Sociedad Civil débil no existe democracia efectiva ni verdadero constitucionalismo<sup>17</sup>.

Tal constatación, irrefutable ante la evidencia empírica, demuestra que los ligámenes entre el Estado y la Sociedad Civil son y deben ser abiertos, claros y disponibles para ambos, en un flujo y reflujo recíproco de mutua complementación y fortalecimiento. Las razones son numerosas y coincidentes para sostener tal premisa, pues el nivel de conciencia cívica, la participación intensa y organizada, el control ciudadano de los gobernantes, la vigencia efectiva del principio de solidaridad, la consecución del bien común como una misión compartida y otros valores de la democracia humanista son posibles sólo en donde la Sociedad Civil goza de autonomía garantizada por la Constitución y las leyes, ratificada por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales<sup>18</sup>. En ese ambiente de seguridad jurídica se despliega la iniciativa privada innovadora, la capacidad de los grupos intermedios para proporcionar servicios públicos eficientes y la solidaridad en la satisfacción de necesidades colectivas. Así, merced a los incentivos que tiene que reconocer el Derecho y sin que deje su función de control, se integran los esfuerzos del Estado y la Sociedad Civil en la solución de los gravísimos problemas que tiene nuestra América en relación con la desigualdad de oportunidades, la distribución inequitativa de la renta nacional y la erradicación de las causas de patologías como la delincuencia común, la venalidad y el narcoterrorismo<sup>19</sup>.

Repetiré aquí lo que he escrito varias veces pero, aparentemente, sin la audiencia esperada: el Estado absorbente es tan débil como la Sociedad Civil a la que domina; el Estado llega a ser vigoroso, en el sentido de institucionalizado, únicamente donde dicha Sociedad se halla también consolidada en su

<sup>14</sup> Humberto Nogueira Alcalá: “Las Constituciones Latinoamericanas, los Tratados Internacionales y los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2000) pp. 163 ss.

<sup>15</sup> Luis de Sebastián define la solidaridad como “el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y los grupos humanos de contribuir al bienestar de los que se vinculan con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad”. Consúltese la voz *solidaridad* en Juan José Tamayo (director): *Nuevo Diccionario de Teología* (Madrid, Ed. Trotta, 2005) pp. 836 ss.

<sup>16</sup> Véase Antonio María Hernández: *Derecho Municipal* (México DF., UNAM, 2003).

<sup>17</sup> Las reflexiones más hermosas, sólidas y persuasivas en el tema se hallan en Alexis de Tocqueville: (1835) *La democracia en América* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1972) pp. Consúltese Alberto Ricardo Dalla Via: *Estudios sobre Constitución y Economía* (México DF., UNAM, 2003) pp. 5 ss.

<sup>18</sup> Joshua Cohen y Joel Rogers (editores): *Associations and Democracy* (Londres, Verso, 1995); Jack Koolman (editor): *Modern Governance: New Government – Society Interactions* (Londres, Sage Publications, 1994); y Mark E. Warren: *Democracy and Association* (Princeton, Princeton University Press, 2001).

<sup>19</sup> Antonio Gutiérrez Resa: *Acción Social no Gubernamental: Análisis y Reflexiones sobre las Organizaciones Voluntarias* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).

autonomía<sup>20</sup>. Sensible resulta, por consiguiente, que en América Latina el Estado y la Sociedad Civil sean frágiles, el primero porque carece de independencia suficiente ante los partidos, los grupos corporativos y las instituciones armadas; la segunda, en atención a que ese Estado, rico en recursos pero débil en legitimidad, intenta consolidarse oprimiendo la iniciativa privada, cerrándole las oportunidades de cooperar al bien común o reduciéndola a cometidos irrelevantes para el progreso colectivo<sup>21</sup>.

En el fenómeno descrito hallo la causa de una serie de fracturas en nuestros regímenes políticos. Por ejemplo, de él surge la tensión entre el Estado y la Sociedad Civil, secuela de la cual es la ingobernabilidad de la segunda; el aumento de los poderes de crisis otorgados al primero para que logre somerterla; la penetración del Estado por grupos de presión y de tensión, incluyendo los que practican soborno y otras modalidades de corrupción; la representatividad deficiente de los órganos elegidos, al extremo que no hay quien les exija rendir cuenta periódica de su gestión, asuman las consecuencias de sus abusos o desatinos y, al final, enfrenten la revocación de sus mandatos después de comprobárseles la comisión de delitos<sup>22</sup>.

## V. DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y SOCIAL

Seguramente, con el propósito de afirmar las instituciones vacilantes, desde la fundación de nuestras Repúblicas se ha querido consolidar el gobierno democrático, con sujeción a la Constitución, mediante la estructuración de presidencialismos fuertes en las competencias otorgadas en los textos normativos.

Esa, que es una tendencia con leves alejamientos de una regularidad sostenida en todos los países, ha significado un desarrollo ostensible de los Gobiernos y de las Administraciones dependientes o relacionadas con ellos<sup>23</sup>. El síndrome se halla de manifiesto en la reelección, incluso indefinida, o en la victoria en las urnas gracias a mecanismos apoyados por masas con baja formación cívica.

<sup>20</sup> Gustavo Zagrebelsky: *Essere Delle Istruzione* (Nápoles, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2005).

<sup>21</sup> Luis Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau (editores): *Lo Público no Estatal en la Reforma del Estado* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1998).

<sup>22</sup> Consultarse del autor "Les Difficultés du Constitutionnalisme en Matière de Gouvernabilité de la Société et de Legitimité de l'Etat en Amérique Latine", *Il Politeia* N° 1/2 (Bordeaux, Université Montesquieu, 2002), pp. 307 ss.

<sup>23</sup> Véase Jorge Carpizo: "Los Medios Masivos de Comunicación y el Estado de Derecho. La Democracia, la Política y la Ética", en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos (Buenos Aires, EDIAR, 2003), pp. 441 ss.; y Antonio María Hernández: *Las Emergencias y el Orden Constitucional* (México, DE, UNAM, 2003), pp. 3 ss.

Correlativamente, sin embargo, comprobamos cómo, en el siglo XX y lo transcurrido del siglo XXI, los parlamentos van perdiendo competencias y medios en todo sentido. Reproche aún más intenso merecen las judicaturas, atarascadas, empobrecidas, y a menudo, intervenidas por los Ejecutivos<sup>24</sup>.

El significado clásico de la separación de poderes, con frenos y contrapesos recíprocos, no ha llegado, por consiguiente, a consolidarse en América Latina. En ese panorama, de promesas parcialmente cumplidas y de esperanzas que siguen latentes, deben ser situados los nuevos órganos constitucionales autónomos, típicos de la trama más compleja que se ha ido estructurando en los últimos cincuenta años para ejercer funciones estatales técnicamente diferenciadas.

Parece que, a diferencia de los anglosajones, en nuestros pueblos predominan todavía el temor a la libertad y a la iniciativa privada, correlativo a la predisposición a confiar en el Estado, pese a que las frustraciones sean ampliamente comparadas. Consecuente con tal premisa, se han ido fortaleciendo los regímenes centralizados en el ejercicio de la soberanía tanto interna como internacionalmente entendida. Aunque esta concepción centripeta del mando, tan alejada de la auténtica cultura democrática, es más evidente y pelagrosa en los Estados unitarios, no quedan ajenos al fenómeno las fórmulas federales, noblemente orientadas a la descentralización efectiva de la dominación política sobre la base de la iniciativa, participación, control y responsabilidad vividos en las áreas territoriales respectivas<sup>25</sup>.

Ese fenómeno centralista, asociado a la concentración del mando político en la Presidencia que se radica en la capital de nuestras Repúblicas tiene, en los partidos políticos, sin duda, otros de sus grandes causantes e impulsores. No valdío, estimados amigos, para afirmar que la descentralización democrática a que aspiro, halla en dichas fuerzas políticas un escollo, hasta ahora insuperable, para acercar la política a la gente, involucrar a la ciudadanía en el análisis y decisión de los asuntos que le atañen, fiscalizar a las autoridades representativas, en fin, convertir a la democracia en una necesidad diariamente apreciada porque es también así vivida<sup>26</sup>.

Naturalmente, la descentralización del Estado no puede agotarse en las cuestiones políticas. Efectivamente, ese proceso de participación, control y

<sup>24</sup> Alfredo Vialto: "La Crisis del Sistema Constitucional de Control del Poder", en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución*, cit., pp. 917 ss.

<sup>25</sup> Enric Argullol Murgués (director): *Federalismo y Autonomía* (Barcelona, Ed. Ariel, 2004). Antonio María Hernández y Diego Valdés (coordinadores): *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Homenaje a Pedro José Frías* (México, DE, UNAM, 2003).

<sup>26</sup> José Luis Cea Egoña: *El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena* (Santiago, Cuadernos N° 30 del Tribunal Constitucional, 2006), pp. 29 ss.

solidaridad tiene que ser extendido a la Sociedad Civil, pues de lo contrario la oligarquía que se combate en lo político quedaría intacta, y tal vez más fuerte, en el orden social y de la economía. Por eso, tan acuciante como respetar el principio de subsidiariedad es hacerlo con el de solidaridad.

Pero no se advierten, como he dicho, incentivos, categóricos y sostenidos, en la dirección sugerida, porque el Estado sigue siendo premoderno en su trato de la Sociedad Civil, desconfiando de ésta como si fuera foco de egoísmo y oligarquías, sin evaluarse a sí mismo para concluir que en él se halla el núcleo de tales patologías<sup>27</sup>.

## VI. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En todo el mundo democrático, la Justicia Constitucional no fue iniciada con rasgos consensuales y sencillos<sup>28</sup>. Por el contrario, desde su fundación en el Caso Marbury v. Madison en 1803, quedó de manifiesto que era necesario obrar con astucia o sagacidad para eludir los conflictos con los poderes políticos<sup>29</sup>.

El fenómeno no fue diferente en Europa a partir de 1920, prueba de lo cual son las evidencias española de 1931–1933 e italiana de 1947. En América Latina vale también lo dicho, porque Chile tuvo tropiezos para instalar el Tribunal Constitucional y después observó cómo quedaba disuelto por el gobierno militar en octubre de 1973<sup>30</sup>. En Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela los contratiempos han sido análogamente graves, oscilando entre la clausura de los Tribunales, el cambio casi total de sus miembros, o la imposición de medidas que dejan sin independencia e imparcialidad a los Magistrados<sup>31</sup>.

En definitiva, la introducción de la Justicia Constitucional al sistema político ha sido difícil, porque el legislador no la ha aceptado fácilmente,

imbuido del concepto rousseauiano de soberanía que expresa la voluntad general infalible<sup>32</sup>. Igualmente demostrada está la renuencia del Poder Ejecutivo a ser controlado en los actos de gobierno y administrativos más importantes, acostumbrado como está a que los órganos de control omiten, por lo común, fiscalizarlo o lo hacen con criterios formales<sup>33</sup>.

Por último, la Justicia Constitucional no estuvo siempre a disposición de la población para resolver sus problemas de esa índole. Era un mecanismo destinado a resolver los conflictos entre los órganos constitucionales, especialmente las crisis desatadas entre el Presidente y el Parlamento. Esa anomalía se ha ido corrigiendo, pero ahora con perjuicio de la eficiencia y eficacia de las Cortes y Tribunales recargados por miles de causas sin relevancia constitucional. Mediante el amparo, en la realidad, algunos tienden a demorar las decisiones en gestiones y juicios. Afortunadamente, se ha impuesto, paso a paso, el control de admisibilidad de los amparos deducidos, rechazándolos cuando carecen de relevancia<sup>34</sup>.

El resultado del proceso resumido es que la Justicia Constitucional en América Latina se halla en proceso de institucionalización, atendido que es nueva, requiere afirmar su espacio propio dentro del sistema democrático, prestigiarse por la calidad y visión de su jurisprudencia y ganar el reconocimiento tanto de los órganos estatales como de la población. Imperativo se torna esperar, por consiguiente, y continuar avanzando tanto en las reformas que perfeccionen el sistema como en la legitimación política y social a que he aludido<sup>35</sup>.

Síguese de lo dicho que resulta escasa la creatividad de la Justicia Constitucional en América Latina, pudiendo señalarse a la Corte Suprema de Argentina y a la Corte Constitucional de Colombia entre las más imaginativas.

<sup>27</sup> Id. Véase también Aurelio Menéndez Menéndez y Antonio Pau Pedrón (directores): *La Proliferación Legislativa. Un Desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, Ed. Thomson – Civitas, 2004) pp. 589 ss.

<sup>28</sup> Id. Véase, además, el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* correspondiente a los años 1997 y 1998. Sobre la fiscalización política del Gobierno puede ser consultado el libro de Günterberg Martinec Ocariza: *La Fiscalización Parlamentaria en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1978). Con respecto al control del contenido administrativo, basta afirmar que los tribunales especiales competentes para conocer y resolver en esa materia, fueron creados en la Constitución de 1925 y que, hasta la fecha, no ha sido posible dictar la ley que regule, con carácter sistemático y general, su funcionamiento. A propósito de este tema resulta conveniente consultar Carlos Carrnosa Santander: "El Contencioso Administrativo entre 1990 y 2003", de Juan Carlos Ferrada Botquiza (editor): *La Justicia Administrativa* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 183 ss.

<sup>29</sup> Germán J. Bidart Campos: *Las Transformaciones Constitucionales en la Postmodernidad* (Buenos Aires: EDIAR, 1999) pp. 161 ss.

<sup>30</sup> Peter Häberle: "La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional", V *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2001) pp. 169 ss.

<sup>31</sup> Juan José González Rivas: *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001) pp. 11 ss.; y Walter F. Murphy et al.: *American Constitutional Interpretation* (Mineola, Foundation Press, 1988) pp. 23 ss.

<sup>32</sup> Decreto Ley No 119, publicado en el Diario Oficial el 10 de noviembre de 1973.

<sup>33</sup> Sobre la primera época del Tribunal Constitucional de Chile puede ser consultado el libro de Enrique Silva Cimma: *El Tribunal Constitucional de Chile (1971 – 1973)* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1977).

<sup>34</sup> Norbert Láseng: *La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 2002) pp. 341 ss. Consúltese también Humberto Nogueira Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional en Chile y en América Latina. Presente y Prospectiva* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005). Especialmente, el artículo de Miguel Ángel Fernández González: "Bases de los Tribunales Constitucionales en el Constitucionalismo Humanista", pp. 7 ss., de esa obra colectiva es pertinente al tópico arriba mencionado.

<sup>35</sup> Véase Héctor Fix Zarnudo: "Aproximación al Derecho Procesal Constitucional", III *Anuario de Justicia Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999) pp. 89 ss.; y Domingo García Belaúnde: "De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional", en el mismo *Anuario*, pp. 121 ss. Del mismo Domingo García Belaúnde cabe consultar *Derecho Procesal Constitucional* (Bogotá, Ed. Temis, 2001).

<sup>36</sup> Las Facultades de Derecho deben servir un rol importante en este sentido, por ejemplo, creando la cátedra de Justicia Constitucional, con incidencia en el Derecho Constitucional Procesal, y produciendo investigaciones en el tema. Véase Pablo Pérez Troncoso: *Escritos sobre Justicia Constitucional* (México DF, Ed. Porrúa, 2005) pp. 45 ss.

## VII. DERECHO NUEVO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

El defecto capital del constitucionalismo latinoamericano ha sido su formalismo, su rasgo sólo virtual, la proclamación de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales en textos que se convierten en declamaciones retóricas<sup>36</sup>. Por eso, en la medida que la Constitución se haga viva porque es interpretada, aplicada y ejecutada para que sea vivida por toda la población, entonces la irrealidad de las Constituciones irá siendo reemplazada por un constitucionalismo efectivo<sup>37</sup>.

En el fondo, presenciarnos el alumbramiento de un concepto nuevo de Código Político, tipificado por el tránsito desde la visión autorreferente del Estado a otra cuya cima es el humanismo, nacional e internacionalmente promovido y protegido<sup>38</sup>.

Situado en esa perspectiva, asigno la mayor trascendencia a que se reconozca, ampliamente, a las partes de una gestión y a los jueces, el derecho y la facultad, respectivamente, para deducir la acción de inaplicabilidad ante la Justicia Constitucional. Esta ya no puede seguir siendo encargada de resolver los conflictos entre los órganos de jerarquía constitucional y nada más.

Obviamente, un concepto nuevo de Constitución, forjado en la cultura constitucional del humanismo que hemos propugnado, tiene que concretarse en una hermenéutica que deje de entender la defensa de la Carta Fundamental como un cotejo literal de preceptos legales o reglamentarios, por un lado, con aquellos que integran el rango supremo del orden jurídico, de otro.

El punto que deseo realzar yace en que un Código Político que abre a las partes la posibilidad de profundizar el cambio recién aludido, posibilita que la Justicia Constitucional se convierta, definitiva y categóricamente, en la defensora y promotora de la dignidad humana y de los derechos intrínsecos a esa calidad que legitiman al Derecho contemporáneo. Confiamos que los jueces, en general, lleguen a sentirse compelidos por un predicamento análogo.

## EPILOGO

La historia del constitucionalismo es larga y ha demostrado que las dificultades para institucionalizarlo, en su visión humanista, son difíciles de superar. Sin embargo, hemos avanzado en el cumplimiento de ese objetivo, en el mundo y en América Latina.

Entre los progresos más importantes del último siglo se hallan el incremento de la descentralización política y social, la incorporación de nuevos órganos constitucionales al sistema gubernativo y, en menor medida, el reconocimiento de ámbitos más amplios de autonomía a la Sociedad Civil frente al Estado. Pero, seguramente, la Justicia Constitucional, es la innovación más relevante porque perfecciona el régimen democrático al complementar la regla de la mayoría con el respeto de la dignidad de la persona y los derechos esenciales que fluyen de ella<sup>39</sup>. Justo y enaltecedor es decirlo: en nuestra América hay Tribunales que han defendido la dignidad humana arrojada por dictaduras, o que lograron remover obstáculos para retornar a la democracia<sup>40</sup>.

Evidentemente, no es fácil continuar ascendiendo en la dirección descrita, es decir, transitar del Estado de Derecho al Estado Constitucional y Social de Derecho<sup>41</sup>, porque significa subordinar el Poder al Derecho justo, la soberanía a las normas jurídicas, la razón de Estado a la razón de Persona. Pero el impulso renovador y legitimante prosigue. En ese esfuerzo sobresale la Justicia Constitucional, llamada a institucionalizar la democracia vivida según el Código Político humanista.

Esa justicia en América Latina necesita ser fortalecida y autolegitimarse. Lograrlo es un proceso prolongado y delicado. Aumentar la conciencia popular y de los líderes políticos acerca del imperativo de consolidar tal Justicia resulta fundamental.

Señor Rector, señor Decano, Queridos Amigos y Amigas:

Se acerca el término de este acto solemne. Llevo la distinción más significativa que puede recibir un académico en esta hermosa ciudad de Córdoba. Para mí, que he sido profesor por más de cuarenta años, la Medalla y el Diploma que me han sido entregados son un compromiso con el esfuerzo por realizar los valores de la libertad, la justicia y la paz en nuestros pueblos y, especialmente, entre pueblos hermanos como somos chilenos y argentinos.

<sup>36</sup> Constatlese Krystian Complik: "Por una Comprensión Adecuada de la Dignidad Humana", XIX Revista Dilectio (Cundinamarca, Universidad de La Sabana) No 14 (2005) pp. 19 ss.

<sup>37</sup> Alan R. Brewer-Carías: *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, cit., pp. 61 ss.; y Antonio María Hernández: "Reflexiones sobre la Situación Actual y Perspectivas de los Sistemas Políticos y Constitucionales en América Latina", VII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2003) pp. 310 ss. Véase también Diego Valdés: "El Nuevo Constitucionalismo Iberoamericano", en Antonio María Hernández y Diego Valdés (Coordinadores): *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Homenaje a Pedro J. Frías* (México: AF, UNAM, 2003) pp. 329 ss.

<sup>38</sup> María Cristina Serrano: "La Defensa de la Constitución y las Exigencias del Bien Común", en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, cit., pp. 249 ss.; y Carlos Santiago Nino: *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Barcelona, Gedisa, 1997) pp. 258 ss.

<sup>39</sup> Giuseppe de Vergottini: *Le Transizioni Costituzionali* (Bologna, Ed. Il Mulino, 1998) pp. 11 ss. y pp. 157 ss.; y Pietro Giuseppe Grassi: *El Problema del Constitucionalismo Después del Estado Moderno* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005) pp. 67 ss.

<sup>40</sup> Complik, cit., pp. 20 ss.

<sup>41</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dilecti. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 21 ss.

En nombre de mi hija Constanza aquí presente, y de mi familia, que no pudo acompañarme, agradezco sentidamente esta honrosa distinción. La conservaré y exhibiré en un lugar destacado de nuestro hogar.

Llevaré grabadas en el alma las palabras oídas esta mañana de nuestro entrañable amigo, profesor Antonio María Hernández, a quien agradezco su generosa presentación. Diviso aquí a mi Maestro y guía de toda la vida Pedro

José Frías.

Veo también juventud. A ella le digo: ¡Confío que las ideas que expuse ante Uds. sobre el constitucionalismo y la democracia lleguen a ser recogidas por las nuevas generaciones. América Latina debe mantener la fe en su destino democrático bajo el imperio del Derecho. Hubo y seguimos teniendo líderes, intelectuales e instituciones que luchan por la realización de ese sueño. Uds. jóvenes de Córdoba, integren esfuerzos con las juventudes de naciones amigas, para mantener la luz radiante que ilumine el horizonte del gobierno legítimo: ¡Argentinos y chilenos, especialmente la juventud, mantengámonos siempre unidos!

Adiós. ¡Muchas Gracias por haber venido y escucharme!

## V. ¡FINALMENTE, LA CONSTITUCIÓN FUE REFORMADA!\*

### INTRODUCCIÓN

Agradezco a Clarita Szczaranski haberme invitado a exponerles una visión de las recientes reformas constitucionales, en este panorama único que es el sur de Chile.

Me referiré al gran cambio de 2005, con énfasis en el término de los enclaves autoritarios y realzando otras emiendas que perfeccionan nuestro régimen institucional.

Mi tesis será la siguiente, simple pero que exige explicación:

“Finalmente, la Constitución ha sido reformada.”

Antes de explicarles el significado de esa afirmación, permítanme destacar los rasgos matutres de la reforma.

### I. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA

La Constitución de Chile experimentó, por la ley N° 20.050<sup>1</sup>, la modificación más honda y vasta que se le ha hecho desde 1980. Trárase del decimosepésimo cambio introducido a dicha Carta Fundamental, comparable en importancia sólo al primero que tuvo, en 1989. Es ya, en consecuencia, el Código Político chileno con el mayor número de emiendas.

Curiosamente, la modificación efectuada dieciséis años atrás abrió nuestra transición desde el autoritarismo a la democracia; y la modificación que comentaré esta tarde cierra ese proceso<sup>2</sup>. Por supuesto, lo dicho no significa

\* Exposición hecha el viernes 01 de diciembre de 2005 en el Seminario del Consejo de Defensa del Estado realizado navegando en el Transporte “Aguile”, de la Armada Nacional, a la cuadra de Quemchi (Chiloé).

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

<sup>2</sup> Considérese Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República: “Una Constitución para el Chile del Bicentenario”, en Francisco Zúñiga Urbina (coordinador), *Reforma Constitucional* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 1 ss.

suprimir las aspiraciones a los perfeccionamientos institucionales, pero sí que ahora cabe reconocer la plenitud democrática de nuestra Constitución. Esta ha llegado a ser, entonces, un motivo de unión y no más de división entre los chilenos. Es ahora la Ley Suprema de todos y para todos los habitantes del país y los comparitoras en el extranjero.

La enmienda alcanzó tal magnitud que fue necesario facultar al Presidente de la República<sup>3</sup> para que, mediante decreto supremo, dictara el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Político<sup>4</sup>. Con el ánimo de remplazar, en lo posible, la versión de 1980 y sus dieciséis reformas ya se alude a la transcripción actualizada y refundida como la **Constitución de 2005 o del Bicentenario**. Confiamos que una y otra denominación signifiquen consenso entre quienes propugnan el olvido de la versión original de la Ley Suprema, cargada de sobretonos castrenses y recelos hacia la democracia, por un lado, y aquellos que defienden esa visión, atribuyéndole la estabilidad institucional y el desarrollo humano del que Chile goza, de otro.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Siguiendo el texto de la reforma publicado en el Diario Oficial, es posible formular ciertos rasgos matrices, una síntesis de los cuales inserto a continuación.

Primeramente, realzo que, en la historia republicana de Chile, tratase del cambio a una Constitución más largamente debatido en la sociedad política, en los medios de comunicación y en el Congreso. En efecto, las dos mociones de senadores que iniciaron la reforma, una de la Concertación y otra de la Alianza<sup>5</sup>, fueron presentadas a mediados de 2001 y reflejaban ya, a esa fecha, más de diez años de discusiones, acuerdos y desacuerdos previos.

<sup>3</sup> Artículo 2 de la ley N° 20.050, citada.

<sup>4</sup> Cabe observar que el artículo 1 de la ley N° 20.050 contiene 54 cambios a la Constitución pero que, la revisión pormenorizada de ellos, concluye que se trata de más de 100 modificaciones, porque cada uno de esos cambios abarca, en numerosos casos, dos o más enmiendas. Véanse, por ejemplo, las reformas introducidas a los artículos 10, 11, 17, 19, 26, 32, 41 (con letras A, B, C y D), 47, 48, 49, 54, 79 y 80 letra C. Además, mediante esa ley fueron sustituidos o derogados artículos completos, como los siguientes: 28, 29, 39, 40, 41, 45, 46, 50, 51, 52, 80, 81, 82, 83, 90, 95, 96 y artículo final. Por último, recuérdese que sólo en virtud de la 53ª enmienda efectuada por la ley citada quedaron suprimidas veintinueve disposiciones transitorias, como asimismo que, mediante la 54ª enmienda, se incorporaron nueve disposiciones de esa índole.

<sup>5</sup> Útil es advertir que este texto fue firmado por el Primer Mandatario y sus Ministros el 17 de septiembre de 2005 en el Palacio de La Moneda.

<sup>6</sup> Bolefín N° 2526-07, con la moción de los senadores de la Alianza por Chile señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y Bolefín N° 2534-07, con la moción de los senadores de la Concertación por la Democracia, señores Bizar, Hamilton, Silva y Viera Gallo.

Seguramente, tanta dificultad y dilación estuvo motivada por las reformas difíciles o polémicas, llamadas **duras o enclaves autoritarios**, el conjunto de los cuales configuraba la que se pregona como democracia protegida. Pues bien, todas las reformas difíciles, salvo una, quedaron incluidas en la enmienda. Esos escollos eran, sin duda, elementos característicos del texto original del Código Supremo de 1980; pero se trataba también de testimonios evidentes de falta de visión política o de sesgo ideológico, defectos que lo llevaron al envejecimiento y a su creciente ilegitimidad.

Afortunadamente, ahora podemos afirmar que tales escollos quedaron remontados. Hoy se hallan remplazados por los acuerdos que enuncio en seguida, a cada uno de los cuales he añadido mi apreciación abreviada.

En punto a la integración del Senado, lo es sólo por parlamentarios elegidos mediante sufragio universal, aunque dejándolo reducido a 38 miembros, cifra que nos parece escasa atendido el número de comisiones que funcionan en la Cámara Alta. Sin embargo, aclaro que el problema irá resolviéndose con la creación de nuevas regiones y las circunscripciones senatoriales en que serán divididas<sup>6</sup>. En efecto, ya se halla presentado el mensaje que divide la I y la X Regiones, aumentando a cuatro los senadores por la I, aunque manteniendo en el mismo número los senadores de la X Región, porque tiene dos circunscripciones.

Pertinente es referirse también a la amovilidad relativa de los cuatro comandos de las Instituciones Armadas, porque el Presidente de la República podrá llamarlos a retiro, antes de completar el período respectivo, mediante decreto supremo fundado, el cual tendrá que ser previamente informado a la Cámara de Diputados y al Senado. Mueve a reflexión, sin embargo, determinar el sentido de tal acto informativo, v. gr., para aclarar el rol de las Cámaras ante él.

Cabe, en tercer lugar, tener presente la radicación, en todos los órganos estatales, de la obligación de garantizar el orden institucional de la República, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de modo que ya no se reserva esa delicada misión únicamente a las Instituciones Armadas, sin que tampoco queden excluidas de participar en ella. He aquí, por ende, una nueva base institucional<sup>7</sup>, cuyo alcance se halla bien precisado, porque se trata de la defensa del principio de supremacía del Código Político, asumiendo que para hacerlo hay que someterse, de buena fe, al espíritu más que a la letra de sus valores, principios y preceptos.

<sup>6</sup> Artículo 45 inciso 1º, en armonía con la cuatragésimasegunda disposición transitoria.

<sup>7</sup> Artículo 6 inciso 1º.

Agrego el traslado de la dependencia de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones desde el Ministerio de Defensa Nacional al nuevo Ministerio de Seguridad Pública<sup>8</sup>, corroborando así la esencia de su misión, la cual es diferente de la que incumbió servir a las Fuerzas Armadas.

No puede ser omitido un comentario sobre la transformación del Consejo de Seguridad Nacional en un órgano integrado por cinco autoridades civiles y cuatro uniformadas; encargado sólo de asesorar al Primer Mandatario<sup>9</sup>, cuando éste lo solicite, en las materias vinculadas a dicha seguridad; susceptible de ser convocado únicamente por el Primer Mandatario; incompetente para adoptar acuerdos; y cuyas actas serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros resuelva, en cada caso, lo contrario.

Por último, realzo la remisión a la ley orgánica constitucional respectiva<sup>10</sup> de cuanto se refiere al sistema electoral de los parlamentarios, aunque sin proclamar todavía el principio que caracterizará aquel régimen, es decir, si será la representación proporcional corregida o algún método mayoritario que, espero, deje de ser el binominal, hoy en vigencia<sup>11</sup>.

### III. CULMINACIÓN DE UN PROCESO

Me referiré al tema analizando la tesis que ya mencioné y que ahora repito: "Finalmente, la Constitución fue reformada."<sup>1</sup>

Uso, por de pronto, el adverbio "Finalmente" para dejar de manifiesto las observaciones siguientes:

1. La resistencia al cambio de la Carta Fundamental comenzó en septiembre de 1980, tan pronto conocimos su texto por la publicación respectiva en el Diario Oficial. Fueron necesarios 25 años, por consiguiente, para lograr modificarlo;

<sup>8</sup> Sin embargo, la disposición transitoria cuatragésimasexta aclara que: "Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública seguirán siendo dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional hasta que se dicte la nueva ley que cree el Ministerio encargado de la Seguridad Pública."

<sup>9</sup> Imperativo es advertir, no obstante, la excepción prevista en el artículo 109 inciso 3º del texto refundido, dado que allí se confía al Consejo la facultad de calificar la procedencia de autorizar o no al Banco Central para obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas en caso de guerra exterior o de peligro de ella. La historia fidedigna de la reforma no aclara si dicha excepción fue deliberadamente establecida o no fue más que una omisión u olvido.

<sup>10</sup> No se olvide que el inciso 2º de la decimotercera disposición transitoria contempla una nueva especie de ley, cuya denominación es la ya señalada, pero que difiere de las demás leyes orgánicas constitucionales por el quórum que es menester reunir para modificarla, esto es, el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

<sup>11</sup> Artículo 45 inciso 1º.

2. El sistema electoral binominal obligó a compromisos políticos de la Concertación y de la Alianza opositora que fracasaron en el Senado al menos en tres oportunidades anteriores;
3. No es una reforma óptima o perfecta, pero ¿habrá algún cambio que reúna tan difíciles características? Las Constituciones, como el Derecho en general, cambian y tienen que hacerlo para servir sus objetivos, pero las modificaciones que me ocupan pueden ser singularizadas por fenómenos políticos notables, de los cuales destaco la aproximación de posiciones antagónicas, el hallazgo de alternativas y la renuncia a planteamientos extremos. En resumen, percibo en tal progreso un incremento del nivel de conciencia cívica de los integrantes del Poder Constituyente y de los actores políticos en general; y
4. Lo positivo y valioso, finalmente, es que se reconoció que la reforma era imperativa; que pueden pactarse otros cambios; y que el régimen es perfectible dentro de la estabilidad que ha demostrado.

### IV. UNA REFORMA SUSTANCIAL

Ya realcé que la reforma de 2005 es la más importante de las diecisiete hechas a la Constitución. Dije, sin embargo, que la Carta Política ha sido sólo reformada y no sustituida, lo cual significa:

1. La eliminación de los enclaves autoritarios, ya comentados;
2. Que la supresión de esos enclaves cambió profundamente, pero no alcanzó a reemplazar, el régimen político contemplado en la Constitución de 1980. Cierro es que ninguna de las dieciséis reformas anteriores había llegado al punto en que lo hizo la reforma en análisis, pero son numerosas las disposiciones del texto de 1980 que prosiguen en vigor. Lo importante es, sin embargo, que ahora Chile tiene una Carta Fundamental coincidente con su tradición republicana cercana al bicentenario;
3. Resulta importante coincidir, sin embargo, en que la reforma fue el resultado de múltiples y sucesivos compromisos entre fuerzas políticas, ninguna de las cuales podía, por sí sola, lograr los cambios mencionados. He aquí, nítidamente manifestada, la importancia del régimen electoral binominal. Eso explica por qué no fueron aprobadas todas las reformas demandadas por la Concertación. Entre esas modificaciones pendientes se hallan las que enuncio a continuación:
  - a. El reemplazo del sistema electoral binominal, aunque ahora será

más fácil aprobar esa modificación porque el tema quedó entregado a la regulación de la ley orgánica respectiva y no fijado en la Carta Política<sup>12</sup>;

b. El reconocimiento de un estatuto especial para las emias; y

c. La aprobación del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, aunque ya la Comisión respectiva y la Sala del Senado, que eran los obstáculos mayores, despacharon el proyecto en general y en primer trámite<sup>13</sup>.

4. Espero que durante 2006 se introduzcan nuevas reformas, incluyendo las tres mencionadas. Personalmente, me preocupa profundizar la participación política, mediante la introducción de las instituciones de la democracia semidirecta. Asimismo, abogo por la implantación de una regionalización integral y efectiva<sup>14</sup>; creo indispensable, por último, integrar más y mejor el Derecho Constitucional con el Derecho Internacional Público y, dentro de éste, con los tratados sobre derechos y garantías fundamentales; y

5. El Bloque Constitucional espera ser también adecuado a los cambios de la Carta Fundamental. Esta labor es ímproba, porque abarca siete leyes orgánicas constitucionales, al menos, y lo que no deja de ser preocupante, parece retardada en su estudio y aprobación.

## V. PROCESO ACUMULATIVO

Por último, mi tesis sostiene que la Constitución ha sido sólo reformada, quiero decir, que no se trata de una Carta Fundamental nueva, reemplazante de la implantada en 1980, con sus dieciséis enmiendas anteriores incluidas. El tema es interesante y excede al bizantinismo académico. Lo digo por varias razones, entre ellas las siguientes:

Primeramente, pues algunos se apoyan en que hoy rige el texto refundido para sostener que se trata de una Constitución nueva, la de 2005 o del Bicentenario. Agregan que el alto prestigio del Presidente Lagos justifica que

<sup>12</sup> Artículo 49 inciso 1º y artículo 110 inciso 2º del texto refundido, ambos en armonía con lo preceptuado en la decimotercera disposición transitoria.

<sup>13</sup> La sustitución del antiguo artículo 50 N° 1 y la introducción de las disposiciones transitorias decimaina, en su inciso 1º, son insuficientes para resolver las dificultades suscitadas por la sentencia del Tribunal Constitucional en el rubro, fechada el 8 de abril de 2002 (Rol N° 346).

<sup>14</sup> Véase Jorge Tapia Valdés, "Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad", en *Reforma Constitucional*, cit., pp. 167 ss.

éste y sus ministros aparezcan como firmantes de la Constitución en vigor. No otorgan, en fin, importancia a que aquel texto se haya apartado de la tradición constitucional chilena, al ser promulgado sin invocar a Dios Todopoderoso.

Sobre el punto, creo que dejará de ser llamada Carta Fundamental de 1980, como sucedió con el Código Político de 1833, sólo reformado en 1925 y que, pronto, fue conocido como Constitución de este año. Esta conclusión no impide subrayar que, en numerosos tópicos sustantivos, concentrados en los Capítulos I y III, que son los más relevantes del constitucionalismo contemporáneo, el Código Político de 1980 y sus modificaciones se mantiene inalterado, rasgo que en sí mismo justifica deducir diversas consecuencias, omitidas aquí.

No faltan, sin embargo, quienes sostienen que, aún después de las reformas, la Constitución sigue siendo ilegítima en su origen y contenido. Por consiguiente, demandan la convocatoria de una Asamblea Constituyente para que estudie, debata y apruebe un nuevo Texto Fundamental, que sea ratificado en plebiscito o referendo.

Yo no comparto dicha tesis. Mis razones no se fundan sólo en que resultan ser contrarias al planteamiento que he explicitado, sino que miran a cuestiones más generales y de fondo sobre el constitucionalismo latinoamericano y, en cierta medida, también chileno. Por ejemplo, invito a pensar en las proposiciones que resumo a continuación:

1. Ya es tiempo que entendamos que el constitucionalismo es un proceso político y cultural más que jurídico, de modo que los problemas no se resuelven sólo ni principalmente modificando la letra de las Constituciones y su legislación complementaria;
2. Ya es tiempo, igualmente, que entendamos que el constitucionalismo es acumulativo y progresivo, porque lo que Chile es hoy se debe, en medida importante, a la experiencia histórica, de éxitos y fracasos, que hemos experimentado en casi 200 años de vida republicana, cuyo reflejo hallamos en los textos constitucionales;
3. Ya es tiempo en tercer lugar, que entendamos que el cambio o la reforma siguen abiertos y que se harán realidad en la fórmula clave y esencial de la democracia, esto es, el compromiso de las fuerzas políticas que creen y practican ese estilo, método y objetivo de convivencia pacífica, con pluralismo y tolerancia, haciendo imperar la igualdad de oportunidades y la justicia para todos;
4. Ya es tiempo que entendamos que una Constitución que, a pesar de los reparos que aún suscita, ha sido vivida —y con éxito— durante 25 años, no puede ser eliminada y sustituida por otra que, nadie sabe con

- certeza, cuáles serían sus características matrices ni la secuela de implantarla, seguramente con base en prefiguraciones ideológicas de inquietante memoria; y
5. Ya es tiempo, por último, que reconozcamos a la jurisprudencia los ámbros que le permitirían adaptar los textos a las demandas del tiempo; mutarlos con lealtad al espíritu de modernización que fluye de ellos; hacer, en definitiva, que evolucionen, evitando el reformismo constante que, en lugar de solucionar los dilemas, sume a los países en el caudillismo, el populismo y la inestabilidad de las instituciones.

## VI. VISION SUSTANTIVA

La reforma se halla concentrada en la organización y funcionamiento de las instituciones estatales. Consiguientemente, sólo de modo excepcional aparecen modificaciones relativas a la nacionalidad; a la ciudadanía y al ejercicio y protección de los derechos fundamentales, incluyendo las garantías correspondientes. Ilustro este último tópico con un ejemplo, esto es, que el tribunal debe hallarse establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho que juzga.

Entre tantos cambios, algunos son, en principio al menos, medulares o sustanciales. Es el caso, por ejemplo, de los siguientes:

1. Los estados de excepción, para aumentar la intervención del Congreso Nacional en la implantación del estado de asamblea y del estado de sitio; proteger mejor los derechos esenciales por la Magistratura a través de los recursos de amparo y protección, aseverando que las medidas particulares que afecten derechos constitucionales serán siempre impugnables ante las autoridades judiciales; y que la ley orgánica respectiva contemplará lo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional, principio y objetivo básico de los estados aludidos en la democracia efectiva;
2. La fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno, mediante la citación a los Ministros de Estado, hasta tres veces en un año calendario; y la constitucionalización de las comisiones investigadoras, a petición de dos quintos, a lo menos, de los diputados en ejercicio<sup>15</sup>;

3. La mayor injerencia del Congreso en nexos con la reserva, la denuncia y el retiro de la reserva de los tratados internacionales<sup>16</sup>; y
4. El nuevo estatuto del Tribunal Constitucional, en su organización, designación de Ministros y competencia, tema al que, por su importancia, han sido dedicadas ya varias monografías<sup>17</sup> y del que añadiré algunos comentarios al finalizar esta exposición.

## VII. CORRECCIONES, PERFECCIONAMIENTOS Y ACLARACIONES

En lo demás, las reformas son circunscritas o específicas. Cabe sostener esa característica, por ejemplo, a propósito de las innovaciones siguientes, de las cuales fluyen rectificaciones, mejoras y solución de dudas en ligamen con el texto precedente:

1. La inserción, en el artículo 1, de dos valores señeros: primero, que todos los órganos del Estado quedan obligados, cada cual en su competencia, a promover la regionalización del país, aunque tal valor es aplicable nada más que a la actividad administrativa<sup>18</sup>; y segundo, que idéntrico deber recae en tales órganos en punto a fortalecer el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.
2. La probidad y la publicidad como nuevas Bases de la Institucionalidad. Aunque sea una proclamación de intenciones u objetivos, los dos aludidos son nobles y, al ser insertados entre tales Bases, se erigen en designio que compele al legislador, a todos los órganos públicos y a la ciudadanía para llevarlos a efecto<sup>19</sup>;
3. La fusión, en una sola, de las fuentes de la nacionalidad previstas en el artículo 10 N<sup>os</sup> 2 y 3, ampliando su alcance, a la vez que eliminando la vigencia de avocindamiento por más de un año en Chile para que, los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, obtengan nuestra nacionalidad;

<sup>15</sup> Revisese Mariño Peña Torres: "Aspectos Fundamentales de la Reforma Constitucional 2005 en Materia de Tratados Internacionales", en *Reforma Constitucional*, cit., pp. 527 ss.

<sup>16</sup> Véanse los artículos de Juan Colombo Campbell, Humberto Nogueira Alcalá, Laurano Ríos Álvarez y Gastón Gómez Bernales en *Reforma Constitucional*, cit., pp. 511 ss.

<sup>17</sup> Manuel Núñez Poblete: "Estado Unitario: Unidad del Estado y Unidad de Constitución. La Forma de Estado Chileno Bajo la Constitución de 1980", en *Reforma Constitucional*, cit., pp. 149 ss.

<sup>18</sup> Revisese el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, reproducido en el *Diario de Sesiones* (18 de octubre de 2005), p. 4595 ss. y 4610 ss.

4. La derogación de la difamación y la entrega a la ley de cuanto se refiera al respeto y la protección tanto de la vida privada como de la honra de la persona y su familia. La libertad de expresión queda así vigorizada<sup>20</sup>;
5. El restablecimiento del control de la ética profesional por los Colegios respectivos, revisable por las Cortes de Apelaciones correspondientes, pero sin dejar al margen de tal control a los no asociados;
6. Una reforma al recurso de protección, en cuanto se reemplaza, en el artículo 20 inciso 2º, la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o”, en la tutela del medio ambiente, facilitará deducirlo y que sea acogido;
7. Queda salvada también la anomalía derivada del artículo 29 antiguo, pues ahora, si la vacancia del cargo de Presidente de la República se produce faltando dos o más años para la próxima elección presidencial, el Vicepresidente ha de convocar a la ciudadanía para el sexagésimo día después de la convocatoria. El Jefe de Estado así elegido durará en el cargo hasta completar el período que restaba al reemplazado;
8. La reducción del período presidencial a cuatro años, sin reelección para el período siguiente. Se retorna, por consiguiente, a la simultaneidad de los comicios presidenciales y de los parlamentarios, a la vez que aumenta la participación ciudadana a raíz de la rebaja de la duración del mandato del Primer Mandatario<sup>21</sup>;
9. La posibilidad que los parlamentarios renuncien a sus cargos cuando los afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional;
10. Es una corrección, indudablemente, la eliminación de la frase, desdoroosa para el respeto que merece la Cámara de Diputados, que presumía el cumplimiento de la obligación del Gobierno de contestar los oficios relativos a la fiscalización política por el solo hecho de entregar la respuesta;
11. La introducción de las comisiones mixtas para que el Senado y la Cámara de Diputados resuelvan sus diferencias en relación con los proyectos de reforma constitucional;
12. La supresión de la legislación extraordinaria, hallándose ahora prevista una sola legislación, no susceptible ya de ser llamada **ordinaria**, lo cual

eleva la potestad colegisladora de las Cámaras parlamentarias. No se olvide, con todo, que el Primer Mandatario quedó facultado para pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional, debiendo, en tal caso, reunirse a la brevedad posible; y

13. Se aclara, finalmente, que en lo no previsto en el capítulo dedicado a la reforma de la Constitución, serán aplicables a la tramitación de los proyectos respectivos las normas sobre formación de la ley, aunque respetando siempre los quórum especiales exigidos al efecto.

## VII. EL CAMBIO MAS IMPORTANTE

En esa perspectiva se comprende la trascendencia de los numerosos cambios al Tribunal Constitucional, al punto que fueron sustituidos los tres artículos del Capítulo VIII e introducidas otras tantas disposiciones transitorias. Esa Magistratura es ahora el Supremo Defensor de la Constitución, aunque no se llegó a un régimen de control de supremacía íntegramente concentrado. Seguirá, por ende, rigiendo el principio de control *ex post* difuso, previsto en el artículo 6, si bien los jueces podrán optar por plantear la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal<sup>22</sup>.

Como he dicho, el Capítulo VII y sus artículos 92, 93 y 94 experimentaron enmiendas significativas. En síntesis:

1. El Tribunal eleva de siete a diez sus Ministros y se reemplaza el método aplicable a su designación: tres lo serán por el Presidente de la República; dos por el Senado; otros dos por el mismo Senado pero a proposición de la Cámara de Diputados; y tres por la Corte Suprema, pero excluyéndose a quienes sean Ministros de esta Magistratura. Participarán, por ende, los tres Poderes clásicos en estos nombramientos. Sin embargo, lo esencial es que se cumpla el **deber de ingratitud** como lo llamó Louis Joseph Favoreu<sup>23</sup>, es decir, que los designados sean magistrados real y enteramente independientes, sobre todo de frente a los órganos estatales que los nombraron;

<sup>20</sup> Consúltese la ley N° 20.048, publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto de 2005, que derogó el delito de desacato, tipificado en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar.

<sup>21</sup> La disposición transitoria cuatragésimaprimerapreceptiva que “El mandato del Presidente de la República en ejercicio será de seis años, no pudiendo ser reelegido para el período siguiente.”

<sup>22</sup> Cf. Juan Colombo Campbell: “Tribunal Constitucional, Integración, Competencia y Sentencia”, *Reforma Constitucional* cit., pp. 569 ss.

<sup>23</sup> “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 1997), p. 108.

2. La competencia del Tribunal queda notablemente ampliada. No conozco, en realidad, una Magistratura de esta especie dotada de mayores atribuciones. Singular trascendencia adquiere el traspaso de la declaración de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal; el pronunciamiento, con efectos generales, de la inconstitucionalidad de los preceptos legales; y el control de supremacía de los autoacordados. La Corte Suprema va así configurándose como tribunal de casación genuino, sin perjuicio de retener su competencia para decidir las acciones de protección y amparo constitucional; y
3. Definitiva y sinópticamente dicho, para terminar, el Tribunal queda como el defensor máximo de la Constitución y de su legislación complementaria. Lo hará con Ministros de dedicación exclusiva y sometidos a un cúmulo de prohibiciones que garantizan su independencia e imparcialidad.

## EPILOGO

Creo que el porvenir institucional de Chile es despejado en lo político, social y económico, interno e internacional.

Sobre la base sólida que hoy tenemos, es posible continuar progresando en realizar una democracia constitucional más efectiva para el beneficio de todos los habitantes de nuestro suelo.

Tal vez, el significado más profundo de la reforma que he comentado radique en un mérito, cual es, que los actores políticos han demostrado la madurez suficiente para mantener lo valioso de la Constitución de 1980, depurándola de errores y excesos, a la vez que enriqueciendo nuestra tradición institucional, al adecuarla a las exigencias de la comunidad nacional<sup>24</sup>.

## VI. EN DEFENSA DEL DERECHO DE LA VIDA\*

La vida, sea propia, del prójimo o de cualquiera de los seres vivientes, tiene que ser siempre motivo de la mayor preocupación y defensa porque, como escribe el profesor José Joaquín Ugarte en el libro que presento, no es siquiera imaginable un bien más valioso ni otro que sea fuente de todos los demás. Con idéntico vigor, sin embargo, debemos reconocer la paradoja, consistente en que ese don de Dios es el valor más amenazado o conculcado, comenzando por la vida del ser humano, desde el origen hasta su término.

Cuanto sucede es una evidencia de la incivilización que nos rodea y oprime. Creo que entre las hipótesis explicativas de tal proceso, sin duda dramático, pueden ser mencionadas las siguientes: una, asociada al origen, evolución y fin de la vida, cada día más distante de Dios, de la religión y de las instituciones en que ella nace y se cuida, es decir, el matrimonio y la familia; y la otra explicación, vinculada a la anterior, estriba en que se ha perdido el respeto a la vida, incluso por quienes fueron alguna vez personas de fe, habiéndose impulsado numerosas iniciativas identificables con el placer, el desprecio de la ética objetiva y la sumisión a las vanidades de la coexistencia materialista que caracteriza a la época contemporánea.

Somos muchos, sin embargo, quienes creemos en la vida como el bien más valioso que hemos recibido y es nuestro deber defender, proteger y promover. Pero imperativo resulta a la vez decir que, ante la enorme y devastadora confusión dominante, cimentada por el vertiginoso avance de los descubrimientos científicos con su implementación técnica, van siendo erosionados los argumentos para defender la antropología cristiana. Nuevamente recuerdo al profesor Ugarte en su obra: el poder del conocimiento sobre la vida no puede ser conciliado con el permisivismo generalizado.

<sup>24</sup> Revívese del autor "Panorama General de la Reforma", *Reforma Constitucional* cit., pp. 19 ss.

\* Presentación del libro *El Derecho a la Vida. El Derecho a la Vida. Biotética y Derecho*, de José Joaquín Ugarte Codoy, efectuada el miércoles 9 de agosto de 2006 en el Salón de Honor de la P. Universidad Católica de Chile.

Con pesar, resulta menester admitir el impacto de una manipulación pública persistente, sagazmente promovida y con eco en algunos medios de comunicación, adscritos a la práctica de lo políticamente correcto. Así se multiplica el clima de desorientación, habiéndose llegado ya a grados de confusión.

Situados en la encrucijada descrita, leer el libro del profesor Ugarte Godoy no puede sino ser aplaudido con entusiasmo, a la vez que acogido con la más vasta y profunda gratitud.

Efectivamente, en una edición cuidadosa, en cuya lectura y relectura de 600 páginas no hallé errata alguna, el autor entrega la contribución más completa y actualizada que conozco en el tema dentro de la literatura jurídica iberoamericana. En ella, el lector encontrará la revisión crítica de la doctrina chilena y comparada, con las obras más determinantes escritas por moralistas, juristas y biólogos. Idéntico elogio merece la exposición analítica de la legislación chilena y extranjera, junto a los tratados internacionales pertinentes.

De lo dicho se desprende otro mérito de la obra y que es aún mayor. Me refiero a que el profesor Ugarte se ciñe a la fórmula clásica, según la cual el progreso es un regreso a los principios. Situado en esta perspectiva, expone y explica, con el rasgo de marco de referencia, la visión insnatural de la Iglesia en el tema, demostrando un dominio cabal del pensamiento de Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez y otros autores cuya enseñanza perdurable permite resolver, siempre y persuasivamente, los dilemas más difíciles. Con semejante autoridad investiga, críticamente, las obras de Grocio, Hobbes y Locke, culminando en la refutación de Kelsen y de quienes, adscritos al positivismo, no son ajenos a la paradoja ya descrita.

Encomiable es también la capacidad del autor para definir, concisa y certeramente, conceptos complejos, elaborar categorías, enunciar requisitos o desestimar, uno tras otro, todos los argumentos aducidos contra la tesis expuesta en el libro. Deseo compartir con Uds. algunos ejemplos de lo dicho.

Al puntualizar el objetivo de su esfuerzo, el profesor Ugarte nos dice que el Derecho de la Vida abarca el orden ético y jurídico que rige directamente ese bien y no sólo los medios que sirven para su desenvolvimiento (p. 13). Identificando ética y moral, una y otra fundada en la ley natural, reconoce que tienen valor objetivo, lo cual supone admitir, con igual carácter, la validez de nuestro conocimiento (p. 16). Singularizada la persona como substancia individual de naturaleza racional, se analiza con detalle el comienzo de ella, biológica y filosóficamente, refutando las doce objeciones más usualmente aducidas (pp. 73 y 225 ss.). Tras aseverar que vivir es permanecer en el ser, acertadamente se asevera que ese derecho se extiende a la integridad corporal y psíquica, como asimismo, a la conservación de la salud del cuerpo y del alma

(pp. 117 y 118). Resueltamente, rechaza que el aborto terapéutico pueda ser lícito y que el embrión o feto sea susceptible de reputarse un agresor injusto (p. 328). Merece citarse también que la vida es un bien indisponible, motivo por el cual ni el asentimiento de la víctima como tampoco de la sociedad completa, expresados en una Constitución o en la ley, pueden tener efecto alguno en la materia (p. 355).

La reflexión de nuestro distinguido amigo lo ha llevado a enfrentar cuestiones difficilísimas, adoptando posiciones ponderadas. Una ilustración de esta rasgo es la siguiente: los argumentos favorables a la tesis de la muerte encefálica son buenos; pero parecen más convincentes los planteamientos que alegan los partidarios del cese irreversible de la función cardiorrespiratoria (367 y 541). Análogamente pertinentes son sus pronunciamientos acerca de la donación de órganos (p. 376), la pena de muerte (p. 157) y los requisitos que deben ser cumplidos para que la experimentación en seres humanos sea moralmente irreprochable (pp. 386 y 396).

A la perspectiva jurídica y filosófica aludida se agrega la visión, sinóptica pero completa, del pensamiento eclesialístico y de la contribución admirable de la Academia Pontificia de la Vida, de cuyos miembros, Monseñor Elio Sgreccia y el difunto profesor Jerome Lejeune, son reiteradamente citados por el Sr. Ugarte en apoyo de sus proposiciones.

Fluye así un panorama claro y coherente del Derecho de la Vida, hermosa denominación que abarca no sólo el Derecho a la Vida sino que también la Bioética. Tan complejo asunto va siendo examinado en todos sus tópicos, sin excluir ninguno relevante. Efectivamente, en la Primera Parte, reservada al Derecho a la Vida, se abarca la prohibición del homicidio y de la mutilación, la legítima defensa, la pena de muerte, el suicidio, el deber de conservar la vida, la eutanasia y el aborto. En la Segunda Parte, dedicada al Bio Derecho, el autor analiza el respeto a la identidad e integridad biológicas, con la temática de los trasplantes, la experimentación en seres humanos, la ingeniería genética, el imperativo de respetar el genoma, el embrión y el modo natural de la reproducción, en fin, la muerte cerebral, la extracción de los órganos vitales y el término de los cuidados terapéuticos.

Sin duda, el profesor Ugarte Godoy tuvo que dedicar muchos años a la investigación, reflexión y evaluación de la abundantísima doctrina existente en el tema. Más nítido aún es su esfuerzo al comprobar la seriedad, ponderada y convincente evaluación, efectuada por él, de tan densa literatura, en la cual el jurista requiere dominar conceptos biológicos y médicos apreciándolos desde el ángulo del Derecho, entendido como parte de la ética objetiva. Pero el autor nunca se confunde, ni deja dilema importante sin examinarlo con rigor. La

luminosidad de su pensamiento, mantenida desde la primera página hasta el final de este verdadero tratado, se explica por la comprensión que el Sr. Ugarte tiene del Derecho Natural Católico, la introspección que ha hecho de él, su magisterio en cátedras de Filosofía del Derecho y Bioética, en fin, por su antropología, definitivamente católica, fiel a las enseñanzas de la Iglesia y, en especial, a la doctrina que emana de las Encíclicas y de pronunciamientos de las Academias y otras instituciones vaticanas.

La obra se halla redactada con elegancia y claridad. El escrito ha sido adecuadamente ordenado, contemplando una bibliografía abundantísima, a veces comentada al pie de página. Se incluye un apéndice con criterios para distinguir entre preceptos primarios y secundarios de la ley natural y su incidencia en el precepto “no matar”. Un índice general exhaustivo, y que facilita la consulta del extenso volumen queda completado con otro índice analítico y onomástico. La edición es impecable, debiendo manifestarse el reconocimiento de rigor a la Editorial Jurídica de Chile.

Aludí ya al beneplácito con que recibimos la aparición, tan oportuna, del libro comentado. Era una necesidad impostergable. Deseo, por consiguiente, realzar esa vocación de servicio a la vida y a la Iglesia, a la ética objetiva y al Derecho que fluye del valioso trabajo que he presentado. Este tiene que ser estudiado, expuesto en jornadas de difusión y, sobre todo, promovido porque nos entrega los elementos de análisis y juicio más sólidos y convincentes que es posible hallar en la doctrina contemporánea. Gobernantes, legisladores y juristas no pueden, de buena fe y si buscan el bien común de nuestro Pueblo, prescindir de una obra que se identifica con lo más elevado y legítimo de la civilización cristiana.

Al finalizar y recordando al salmista, digo con fe renovada y gratitud: con su obra, el profesor Ugarte Godoy ha hecho lo que el Señor espera de nosotros, esto es, cumplir lo bueno que, como cristianos, hemos jurado hacer (Nº 15).

## VII. MERITO CONSTITUCIONAL DE LA NUEVA JUSTICIA PENAL\*

**D**urante tres años, ejerciendo la docencia y participando en congresos, jornadas y seminarios, el profesor Miguel Ángel Fernández González fue reuniendo antecedentes, redactando textos y consultando fuentes que, ahora, le permiten publicar el libro más completo, en la doctrina chilena, sobre la *Nueva Justicia Penal Frente a la Constitución*.

El método aplicado, según se desprende de la recién expuesto, es de carácter inductivo más que deductivo. En efecto, el Sr. Fernández fue primero planteándose problemas, constatando ambigüedades o contradicciones, en fin, señalando lagunas o vacíos en la reforma del enjuiciamiento punitivo emprendido en 1997. Después, reflexionó sobre sus hallazgos, investigó soluciones y, finalmente, comparó sus conclusiones con el espíritu y contexto de la Carta Fundamental, evaluada según determinado constitucionalismo.

Obrando así, el autor trabajó de un modo novedoso en nuestra doctrina, lo cual es desde ya un mérito realzable. Sin embargo, destacó ese método, más todavía, porque le infunde creatividad, rigurosamente científica, a la labor desplegada en la obra que presento.

Evidencia de esta aseveración es que el profesor Fernández no calificó, de antemano, el mérito constitucional de la modernización jurídica examinada por él, porque se interiorizó de ella, después se esforzó por comprenderla y, por último, la cotejó con los valores, principios y normas del Código Político, incluyendo en este la enmienda de agosto de 2005.

Tuve la oportunidad de leer algunas de las monografías preparadas por el Sr. Fernández en el proceso aludido. También asistí a varias de las disertaciones que hizo en el mismo período. De esa manera, pude percatarme cómo el autor iba puliendo ideas, precisando interrogantes, incorporando más literatura

\* Presentación del libro de Miguel Ángel Fernández González sobre La Nueva Justicia Penal en la Constitución, publicado en esa misma obra.

revisada y agregando tópicos a lo que había comenzado siendo sólo una aproximación al tema. Colgese de lo dicho que el autor se interiorizó a fondo del asunto estudiado, llegando a dominarlo, avanzando más tarde a su evaluación desde el ángulo del Código Político.

La información recopilada en este libro abarcando una bibliografía nacional, más otra argentina y española actualizadas y confiables. El lector hallará asimismo, jurisprudencia chilena y extranjera, anales oficiales de las disposiciones comentadas e, incluso, datos estadísticos o cuadros sinópticos de utilidad por la síntesis que presentan.

Tan rica documentación se halla organizada en cuatro partes. La primera, es el marco teórico de referencia; la segunda dedicada a las Bases Constitucionales del Nuevo Proceso Penal; la tercera destinada al Ministerio Público; y la cuarta a despijar ciertas cuestiones de constitucionalidad no analizadas en las secciones anteriores y que, a pesar de ser más concretas, poseen importancia general ostensible.

En punto al marco de referencia, primeramente, exhibiendo la lucidez que ha evidenciado siempre en la cátedra universitaria, el profesor Fernández expone su visión del constitucionalismo, caracterizada por el humanismo que fluye de esencial de la Carta Fundamental y de la legislación que, en bloque sistemático, la complementa, desarrolla y regula. De esa premisa capital fluye una serie de implicancias, entre las cuales realzo el imperativo de proteger y promover la dignidad del sujeto y los atributos inalienables que fluyen de ella; el vigor jurídico directo del Código Político, cualidad que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata como fuente primordial del ordenamiento positivo; en fin, la comprensión, interpretación y realización de los valores, principios y disposiciones de la Constitución con sujeción a criterios axiológicos y finalistas, en cuya implementación resulta decisivo el parámetro de la razonabilidad en la ponderación argumentada de intereses e ideas en aparente colisión o antagonismo.

Queda así configurado, con orden y claridad que facilita su entendimiento, una serie de elementos característicos del nuevo constitucionalismo. Atrás, lejana y olvidada en gran parte, se halla, por consiguiente, la antigua Teoría Constitucional, es decir, aquella elaboración grandiosa, forjada especialmente por la literatura francesa de hace un siglo o poco menos. Esa era una construcción racionalista y formal, fundada en el Estado y que retornaba a él. Idea matriz de tal paradigma era la soberanía adjudicada al Estado, sin límites, ignorando, o tal vez eludiendo, las secuelas de tal identificación, de las que aquí destaco una: la paradoja de un Derecho puro que, en la realidad, era la obra del poder contingente y efímeramente ejercido. Trábase de una visión arquitectónica, estática y *a priori*, casi perfectamente estructurada con base en las premisas aludidas y de las cuales fluján, lógicamente,

deducciones y también contradicciones, como se ha visto. La persona y la familia, los grupos intermedios y la Sociedad Civil, la igualdad y los derechos esenciales realmente protegidos por el garantismo, el orden internacional y otros temas tan cruciales como los referidos quedaban excluidos o, en la mejor de las hipótesis, reducidos a tópicos incidentales. Basta tener presente estas puntualizaciones para colegir cuánto ha cambiado la Teoría Constitucional y por qué ella es hoy una elaboración profundamente humana y no estatista.

A la luz de las premisas expuestas para el Sr. Fernández a explicar los principios doctrinales que rigen el procedimiento penal. Aclara allí que el recurso de amparo, articulado en la Carta Fundamental, no ha sido afectado, menos para ser restringido, por la normativa del nuevo Código Procesal Penal. Análogamente interesante es la proyección del proceso justo sobre el nuevo enjuiciamiento penal. Por último, disipa las dudas que, a nuestro juicio sin base suficiente, fueron planteadas a propósito de la aplicación paulatina de la reforma, emprendida, como se dijo, en 1997 y culminada, en la Región Metropolitana, menos de un año atrás. Encomiable estimo, en el alto nivel de examen que advierto en todos los tópicos, el relativo al principio de inocencia, lamentablemente llevado por cierta doctrina a una finalidad en sí misma.

En la segunda parte el lector hallará una visión completa del Ministerio Público, analizado desde el punto de vista de la Carta Fundamental. Deja esclarecido desde luego, su carácter autónomo y de órgano de jerarquía constitucional, derivándose diversas exigencias de ello. En seguida, se revisan sus funciones constitucionales; penetrándose también en el ejercicio adecuado del derecho a defensa por la institución respectiva.

Finalmente, en la cuarta parte se sistematiza una variedad de tópicos, más concretos pero igualmente importantes. Me refiero a la eliminación de la calidad de procesado, a la detención, al régimen que rige la apelación y a la supresión del trámite de la consulta por la reforma de 2005.

Fluye de lo explicado que la obra se halla lógicamente estructurada. Ella está escrita en lenguaje sencillo y directo. Pacientemente, como ya lo observé, el Sr. Fernández fue incorporándole numerosos puntos de vista y comentarios de la doctrina. Culminó así elaborando una investigación completa, en que no hay asunto relevante que haya sido omitido.

Cabe felicitar, por consiguiente, a tan distinguido discípulo por este nuevo aporte al progreso de la ciencia jurídica chilena, evaluada desde la perspectiva contemporánea, esto es, la del humanismo en sus vertientes constitucional y legislativa. Agrega así el profesor Fernández un libro más a la serie que, con tanto éxito, ha venido difundiendo en los últimos años. Por las razones brevemente expuestas en este prólogo, espero que el volumen que he comentado tenga la acogida tanto o más favorable que los anteriores.

## VIII. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN\*

### INTRODUCCIÓN

Me referiré al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, ambos entendidos con sujeción al espíritu que fluye del texto y contexto de la Constitución. Aludiré también a la reforma que se proyecta introducir a la Carta Fundamental en ese tema. Finalizaré con una breve evaluación de las proposiciones principales que se debaten al respecto.

Agradezco, ciertamente, haber sido invitado para exponerles mi punto de vista en un asunto tan importante. Lo hago convencido que todos debemos contribuir a aclarar las ideas en tiempos en que se las confunde, y por desgracia, incluso se las tergiversa. Expondré mi pensamiento con base en cuarenta y dos años de experiencia académica.

#### 1. PUNTUALIZACIONES CONCEPTUALES

Primeramente, debo precisar dos conceptos, utilizados sin diferenciarlos en el intenso debate nacional que se desarrolla en la actualidad.

Uno se refiere a la educación, entendida como proceso realizado sea de modo sistemático o no, formal o informalmente, para infundir valores<sup>1</sup> al educando. Desde el ángulo del pupilo, dicho proceso tiene éxito cuando se constata la asimilación de tales valores, ojalá libre y reflexivamente<sup>2</sup>. Agregó

que los valores son ideales con vocación de realizarse y que, cuando ellos se encuentran articulados en la Constitución, adquieren cualidad objetiva<sup>3</sup>. Son tales, por ejemplo, la dignidad humana, el orden en paz, la libertad con igualdad, la justicia, la laboriosidad y honestidad, la solidaridad y responsabilidad, en fin, la tolerancia y el respeto de la diversidad en la sociedad pluralista. Para un creyente, especial aunque no únicamente, son valores superiores la fe, la confianza en el prójimo y la esperanza en que, con buena voluntad, resón y rigor, es posible construir y desplegar un mundo mejor.

La enseñanza, a su vez, la concibo como cualquier proceso sistemático de transmisión de información al estudiante, hecho también formal o informalmente. Tal información puede ser cultural en el sentido amplio, científica y técnica, pretérita, presente o futura. La enseñanza, por consiguiente, es el conjunto de medios aplicados a la realización del objetivo de la educación, es decir, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Por supuesto, ambos conceptos se hallan relacionados, pero son diferentes. Algunos<sup>4</sup> creen que la enseñanza es, cronológicamente al menos, anterior a la educación; yo, por el contrario, estimo que la educación antecede a la enseñanza, tanto cronológica como ontológica y deontológicamente definida. Incluso más: es posible educar sin métodos formales de enseñanza, v. gr., con el ejemplo de una vida digna de imitar. La educación, en suma, representa un nivel más alto y complejo de configuración de la personalidad de cada sujeto, a la cual puede accederse incluso por quienes no tuvieron oportunidad de recibir enseñanza formal, ni siquiera en los niveles rudimentarios. Por eso, acertadamente se afirma en la Constitución<sup>5</sup> que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida<sup>6</sup>, siendo menester recordar que la enseñanza es un instrumento o medio de la educación, porque esta se manifiesta a través de la enseñanza<sup>7</sup>.

La diferencia de uno y otro de los atributos expuestos es nítida. Pero ella es aún más clara cuando se tiene presente que esa distinción se formula también en el sentido natural y obvio de las palabras<sup>8</sup>, en la historia fidedigna de la

<sup>1</sup> Salguero, cit., p. 799.

<sup>2</sup> Id.

<sup>3</sup> Artículo 19 inciso 1º No 10 párrafo 2º.

<sup>4</sup> Este texto es semejante al contemplado en el artículo 27 de la Constitución española de 1978 y en el artículo 2 No 1 de la Ley Fundamental alemana de 1949.

<sup>5</sup> Artículo 4 inciso 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, ley No 18.962 de 1990 y sus reformas.

<sup>6</sup> El Diccionario de la Real Academia (Madrid Ed. Espasa - Calpe, 2001) T. I, p. 790 define educar como desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios y ejemplos; a su vez, enseñar es instruir con reglas o preceptos (id., p. 845); adelantándose todavía más la diferencia cuando se agrega que la enseñanza es un sistema o método de dar instrucción (id.).

\* Exposición efectuada el jueves 19 de octubre de 2006, en el Primer Congreso Nacional de Educación Católica, en el Auditorium Don Bosco de Santiago.

<sup>1</sup> Jorge Millas Jiménez: *Filosofía del Derecho* (Santiago, Ed. Universitaria, 1960) pp. 180 ss.

<sup>2</sup> Manuel Salguero: "El Derecho a la Educación", en Jerónimo Betegón et al. (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) p. 795.

Constitución<sup>9</sup>, y por la doctrina que analiza el tópico<sup>10</sup>, no pudiendo olvidarse que los tratados internacionales la realzan, acentuando el rasgo de complementación ya aludido<sup>11</sup>.

## II. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN

Ella radica en que, siendo la Constitución obligatoria para todos y habiendo ella distinguido entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza<sup>12</sup>, no puede ser admitida ninguna tesis que los confunda y, menos todavía, que signifique menoscabar el significado de uno y de otra. Por ejemplo, sería contrario a la Carta Fundamental que la ley impusiera regulaciones que afecten, o puedan lesionar, la esencia de aquel derecho y de esa libertad.

Trátase de dos atributos inalienables, cuyo titular es toda persona natural, sin exclusión ni discriminación. Además, las personas jurídicas son titulares en la medida que se organizan para desarrollar sus propios proyectos educativos.

Por último, no cabe duda que la familia es titular de tales derechos, desde que la Constitución reconoce a los padres la potestad de educar a sus hijos, la obligación de hacerlo y la facultad de elegir el establecimiento de enseñanza para la prole.

Interpretada de buena fe, entonces, la Constitución debe ser siempre cumplida en los términos resumidos. Consiguientemente, la interpretación de esos términos ha de ser hecha a favor de los derechos descritos y no del poder estatal para restringirlos.

## III. VISTAZO AL PROYECTO DE REFORMA

La Presidenta de la República ha enviado al Congreso Nacional una iniciativa destinada a reformar la Constitución, entre otros aspectos, en los tres puntos esenciales que enuncio a continuación<sup>13</sup>:

Primero, para facultar al Estado en orden a resguardar el derecho a la educación y velar por la calidad de ésta en todos sus niveles. Con sujeción a lo explicado, debió referirse a la enseñanza y no a la educación, conceptualizada allí nada más que como el acceso al saber:

<sup>9</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesiones 139ª y 140ª.

<sup>10</sup> Artículo 19 inciso 1º N° 10 y 11, respectivamente.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el artículo 13 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en Chile desde el 27 de mayo de 1989.

<sup>12</sup> Artículo 19 N° 26.

<sup>13</sup> Mensaje N° 137 - 354, fechado el 06 de junio de 2006.

Segundo, delegar o remitir a lo que disponga la ley el núcleo inafectable de la libertad de enseñanza, innovación que abre al legislador, sea orgánico o común, un amplio marco de competencia; y

Tercero, reconocer el recurso de protección para cauterar el ejercicio legítimo del derecho a la educación, cambio positivo, sin duda, pues nunca halló justificación plausible haber sido excluida de él esa garantía.

El proyecto se halla en primer trámite en la Cámara de Diputados. A mayor abundamiento, requiriéndose para aprobarlo dos tercios de los parlamentarios en ejercicio<sup>14</sup>, es improbable que sea despachado en los términos originales. Nada concreto se conoce de la reforma a la Ley Orgánica, habiéndose difundido el 29 de septiembre de 2006 sólo el Informe de Avance elaborado por el Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación<sup>15</sup>.

## IV. JURISPRUDENCIA

El significado de las normas constitucionales descritas y de la reforma aludida se comprende mejor comparando esos textos, por una parte, con las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en la materia, de otra<sup>16</sup>.

Imperativo es agregar que esas sentencias, aplaudidas por la mayoría y criticadas por una minoría que se ha mostrado creciente, fueron concebidas y redactadas atendiendo al espíritu, el contexto y la letra de la Constitución. Extracto de esos fallos algunos acápites vinculados con la libertad de enseñanza<sup>17</sup>:

Que "el núcleo esencial de tal libertad lo configura el Poder Constituyente, en primer término, al sostener, en cuanto a los titulares del derecho, que éstos son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados, se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, tratarse o no de establecimientos subvencionados.

En segunda, que ése mismo núcleo esencial incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. En las

<sup>14</sup> Artículo 127 inciso 2º. Consultese Raúl Bertselsen Repetto, "La Libertad de Enseñanza. Dos Sentencias del Tribunal Constitucional", en Arturo Fernández Vahringier (editor): *Sentencias Detrazadas 2004* (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2004) pp. 157 ss.

<sup>15</sup> Al 30 de abril de 2007 la situación es distinta. Efectivamente, por mensaje N° 55 - 355, fechado el 9 de abril del presente año, la Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados el proyecto que establece la Ley General de Educación, derogando el DFL (Ministerio de Educación) N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.962, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

<sup>16</sup> Roles N° 410, 413 y 423. De las tres citadas, la sentencia con mayor densidad doctrinaria es la entrelada con el número 410, razón por la cual me limitaré a transcribir ciertos considerandos sólo de ella.

<sup>17</sup> Considerandos 10º, 11º y 13º de la sentencia rol N° 410, fechada el 14 de junio de 2004.

Revisese Miguel Ángel Fernández González: *La Libertad de Enseñanza ante la Constitución* (Santiago, Ed. Universidad de Los Andes, 2005).

tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos, definitorios e inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución. Imperativo resulta detenerse en el examen de cada uno de esos tres derechos para aclarar en qué consiste, con respecto a ellos, la seguridad jurídica o certeza legítima, proclamada a favor de todas las personas, en la Carta Fundamental.

Así y en primer lugar, se reconoce el derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el ideario del proyecto educativo de los fundadores respectivos. En seguida, queda asegurado el derecho de organizarlos o determinar, los fundadores o quienes les sigan, las características del establecimiento en nexos con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos, rasgos típicos de la docencia y de los profesionales que la lleven a cabo: régimen de dirección, administración y responsabilidad; reglas pertinentes al orden y disciplina en la convivencia interna; sistema financiero o vínculos con otras instituciones. Por último, la libertad de enseñanza incluye la facultad de mantener, esto es, conservar o sostener el establecimiento en el tiempo, modificando su organización o, en última instancia, cerrarlo o transferirlo a terceros.

En síntesis, en este primer aspecto, la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución a favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad;

(...)

Que, en la Ley Suprema se encuentra también definido el contenido o sustancia de lo que es legítimo hacer en ejercicio de la libertad, de manera que exceder o transgredir dichos límites o prohibiciones convierte en ilícito tal ejercicio. Efectivamente, en el inciso segundo del número 11 de su artículo 19, la Carta Fundamental prescribe que dicha libertad no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. He aquí, por ende, las únicas cuatro restricciones susceptibles de ser aplicadas, en una y otra hipótesis, sólo por la ley ceñida a la Constitución y con el propósito de precaver o sancionar el ejercicio desviado o ilegítimo de tan importante derecho esencial.

## V. OBJECIONES

El mensaje presidencial desliza críticas a esos fallos, sobre la base de adjudicarles un carácter excesivamente defensor de la autonomía y de la subsidiariedad a la jurisprudencia extracarta. Consecuentemente, se le atribuye un propósito reductor de los roles del Estado en la materia, propugnándose expandirlos por razones no diáfamanamente argumentadas. Transcribo de aquella iniciativa de enmienda constitucional los pasajes más atinentes<sup>18</sup>:

“El Tribunal ha agregado que “la libertad de enseñanza que el Poder Constituyente consagra, asegura y propugna es vulnerada cuando se la subordina, directa o indirectamente, al reconocimiento oficial por el Estado o al otorgamiento de aquel beneficio pecuniario al que tienen derecho los establecimientos particulares correspondientes.” De ahí que haya objetado, por ejemplo, la acreditación de directores (...). La misma visión de la libertad de enseñanza, como una autonomía que no admite regulación, la sostuvo el Tribunal con ocasión de una regulación reglamentaria, impugnada ante el Tribunal, en que el SEREMI de Educación tenía que verificar el cumplimiento de ciertos requisitos antes de otorgar el reconocimiento oficial para establecimientos de enseñanza parvularia.

Y efectuando un contrapunto con la doctrina que emana de esa sentencia, en el mensaje presidencial se agrega que:

“La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, no obstante, establece una serie de regulaciones para el ejercicio de esta libertad. En primer lugar, las regulaciones se centran en el derecho a abrir establecimientos educacionales. Por mandato de la Constitución, esta LOC debe “establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.”

Pues bien, la LOCE regula dicho reconocimiento. En lo que aquí interesa, por una parte, regula a los establecimientos que impartan enseñanza en los niveles parvularios, básico y medio (...). Por otra parte, la LOCE regula el reconocimiento oficial para las universidades (...).

De este modo, no basta la sola intención de los interesados para operar impartiendo educación en cualquiera de los niveles, pues se exige un reconocimiento oficial.”

<sup>18</sup> Mensaje cte., p. 6.

## VI. INTERPRETACIÓN RAZONABLE

Difícilmente podrán hallarse derechos más relevantes, en la sociedad democrática y pluralista contemporánea<sup>19</sup>, que la educación y enseñanza. Omittiendo muchísimas razones que sostienen esta premisa me limito a afirmar que los valores vinculados con la educación, junto a la información cultural, científica y técnica transmitida mediante la enseñanza, permiten desarrollar al proceso de socialización, infundiéndolo en los alumnos la conciencia de que existen ejemplos o modelos de conducta a seguir en la Sociedad Civil y en la comunidad mundial. Se transmiten así, de una a otra y otra generación, los rasgos matrices de la cultura nacional con identidad propia<sup>20</sup>.

Un maestro del constitucionalismo de esta época ha descrito ese proceso con frases elocuentes:

“Educación y enseñanza son elementos formadores del consenso en el Estado constitucional. Con ellas se forja la imagen del ser humano, posibilitando internalizar la idea de libertad. Con ellas, educadores y discípulos deben comprender que una generación joven tiene que buscar primero su propio futuro, pero hacer plausible también comprender que ese futuro se encuentra en el patrimonio cultural del pasado.”<sup>21</sup>

Por supuesto, el derecho y libertad referidos pueden ser objeto de orientaciones y prácticas divergentes de la recién resumida. Consecuentemente, una y otra son susceptibles de convertirse en fundamento de procesos de antagonismo y conflicto de las generaciones presentes entre sí y de éstas con las que las precedieron históricamente<sup>22</sup>. Es probable tal sea la raíz del panorama que hoy observamos en Chile y muchos otros países. en el factor realzado se halla, por ende, uno de los motivos que justifican mayor atención y generosidad en el afán de alcanzar proyecciones compartidas.

## VII. REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA

Útil es advertir que la ley no se halla habilitada por la Constitución para regular el derecho a la educación y es lógico que así sea, atendida la naturaleza de

ese atributo. En cambio, una Ley Orgánica Constitucional aparece expresamente prevista, en el artículo 19 inciso 1 No 11 párrafo final de la Carta Fundamental, para regular determinados aspectos de la libertad de enseñanza.

A propósito de este último tema se ha hecho caudal de cuatro asuntos que conviene abordar. Analizándolos sucintamente cerraré esta exposición.

Uno es el relativo a la calidad de la educación. Se afirma que es deficiente, entendiéndola—o confundiéndola—con la libertad de enseñanza. Tal calidad, en la complejidad espiritual y material de elementos que implica ese concepto<sup>23</sup>, tiene que ser objeto de preocupación primordial, tanto para el Estado como para los sujetos activos, sobre todo apoderados y agentes particulares o privados, a quienes se les reconoce titularidad en la educación y enseñanza. Estimo, sin embargo, que resulta innecesaria la reforma para fortalecer la calidad de la enseñanza, pues la competencia otorgada en el artículo 19 No 11 vigente cubre, con amplitud, cuanto se requiere para tal finalidad: establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos de enseñanza de todo nivel.

También es reproche usualmente aducido uno según el cual educación y enseñanza no rectifican las desigualdades que existen en el orden socio-económico imperante<sup>24</sup>. La igualdad de oportunidades no sería, entonces, una variable dependiente de esos derechos. Tal aseveración, sin embargo, se formula sin respaldo empírico ni razonamiento objetivo, siendo legítimo despreciar que puede conllevar intenciones ideológicas no declaradas. Por ejemplo, se aduce que la enseñanza particular subvencionada logra rendimientos superiores a la enseñanza municipal, lo que es cierto, pero que ello se debe a la selección de alumnos que practica la primera. Mi tesis es que si no existe discriminación, aquella selección resulta razonable e inobjetable. Por lo demás, la reforma a la legislación en 2004 aseguró el acceso a la enseñanza de los estudiantes en situación socio-económica vulnerable.

Por último, la objeción alcanza a los fines de lucro perseguidos por determinadas entidades de enseñanza. Indudablemente, tales fines no son ni pueden ser definitorios de la misión pedagógica, pero tampoco resulta atendible imponer la bancarrota, o el retiro de la enseñanza, de quienes captan recursos sin ánimo de enriquecimiento ni de reparar beneficios monetarios. ¿Lare en esta premisa algún afán de involución en el proceso, quiero decir, de retorno a la hegemonía estatal en la enseñanza, incluyendo la supresión de la descentralización a través de las Municipalidades? No puedo afirmar que eso es lo que ocurre ¡pero vale la pena estar alertas!

<sup>19</sup> El artículo 19 inciso 1 No 15 párrafo 6 afirma que la Constitución garantiza el pluralismo político.

<sup>20</sup> Salguero, *cit.*, pp. 796 – 797.

<sup>21</sup> Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, P Universidad Católica del Perú, 2003), pp. 188 ss.

<sup>22</sup> Edmundo Fuenzalida Fajonovich: *Generaciones y Cultura Política en Chile en la Segunda Mitad del Siglo XX* (Santiago, Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, 2006).

<sup>23</sup> “El Mercurio” de Santiago, (15 de octubre de 2006).

<sup>24</sup> Salguero, *cit.*, pp. 811 ss.

## IX. DESAFÍOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA REFORMA DE 2005\*

Agradezco a la Escuela de Derecho de esta querida Universidad haberme invitado para inaugurar el presente Año Académico. Es muy grato volver aquí porque me permite reencontrarme con buenos amigos, especialmente el Director de la Escuela, profesor Carlos del Río Ferretti, y el compañero de tantas jornadas inolvidables, Kamel Cazor Allistre.

Me referiré a los desafíos del Tribunal Constitucional frente a la gran reforma introducida a la Constitución en agosto de 2005.

Para sistematizar las múltiples ideas que surgen en torno de esa temática y exponerlas con la mayor claridad posible, he considerado necesario organizarlas en torno de los dos tópicos siguientes:

Primero, el legado del Tribunal actual que se construye sobre las fortalezas y debilidades de otra Magistratura creado 35 años atrás y, también, del Tribunal restaurado en 1981. Trátase, por consiguiente, de la Tercera Judicatura de esa especie en la historia de Chile; y

Segundo, las oportunidades y obstáculos que enfrenta un Tribunal que, en la realidad, es nuevo.

De la suma y armonización de ambos criterios puede fluir una visión completa tanto de los desafíos o dificultades que enfrentamos como de cuanto se quiere para vencerlos.

### I. EL PESO DE LA HISTORIA

Creo útil ubicarnos, primeramente, en aspectos generales del que llamo el Primer Tribunal en la historia institucional de Chile:

Fue creado por la reforma a la Carta Fundamental de 1925 hecha en noviembre de 1970. Consecuentemente, nuestro Tribunal es el más antiguo de Iberoamérica;

Comenzó a funcionar, sin embargo, sólo en septiembre de 1971, a raíz de las dificultades que hubo entre el Presidente y el Parlamento para designar a tres de sus cinco Ministros;

Su rol esencial era resolver conflictos institucionales, o sea, los ocurridos entre los órganos de jerarquía constitucional, típicamente entre el Primer Mandatario y el Congreso Nacional. Por consiguiente, no era un Tribunal de Garantías, quiero decir, defensor y promotor de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a ella; y

Dictó sólo 16 sentencias, algunas consideradas valiosas hasta hoy, como la relativa a la naturaleza y características de la Ley de Presupuestos. Empero la última de tales sentencias tuvo consecuencias graves para la precipitación de los acontecimientos de septiembre de 1973, porque en junio de aquel año el Tribunal se declaró incompetente para decidir la controversia sobre la reforma constitucional de las Arcas de la Economía.

En resumen: fue un Tribunal predominantemente político, actuando a veces con ese carácter en el sentido contingente del término. Por eso, no escapó del quiebre institucional ya recordado, siendo disuelto el 10 de noviembre de 1973.

### II. MUTACIÓN, CAMBIO Y ESTABILIDAD CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1980 restableció el Tribunal, habiendo reanudado sus labores el 18 de mayo de 1981.

La composición y atribuciones que le dio la nueva Constitución eran diferentes. Por ejemplo, tenía siete Ministros, tres de los cuales lo eran también de la Corte Suprema; controlaba los proyectos de leyes orgánicas y de reforma constitucional; se pronunciaba sobre cuestiones políticas como la renuncia del Presidente de la República o la remoción de los Ministros de Estado; quedaba facultado para declarar los ilícitos constitucionales en que hubieran incurrido personas, movimientos o partidos políticos; y se hallaba regulado por una Ley Orgánica Constitucional.

Dictó 465 sentencias hasta el 26 de febrero de 2006, fecha en que comenzó a regir la gran reforma al Tribunal hecha en agosto de 2005 y que marca la tercera época de dicha Magistratura:

De esas sentencias, diez al menos han sido trascendentales para:

1. La restauración democrática en Chile y

\* Conferencia inaugural del Año Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte-Coquimbo, pronunciada el viernes 12 de mayo de 2006 en esa ciudad.

2. El respeto de la dignidad humana y los derechos esenciales que fluyen de ella. En términos análogos al Primer Tribunal, esta Segunda Magistratura estuvo concentrada en resolver los conflictos y cuestiones trabadas entre los órganos de jerarquía suprema, sobre todo del Primer Mandatario con el Congreso Nacional a raíz de la tramitación o el contenido de las leyes. No se preocupó, entonces, al menos con carácter directo y primordial, de la defensa de los derechos fundamentales.

Lo cierto es, sin embargo, que en tiempos muy difíciles para el Estado de Derecho, el Segundo Tribunal sirvió dignamente sus funciones y, más aún, se prestigió por los fallos que permitieron salir del autoritarismo y transitar a la democracia.

Desde 1990, además, comenzó a tutelar los derechos humanos, cierto que esporádica y tímidamente. En los últimos cuatro años entró, más resuelta y frecuentemente, a cautelar esos atributos inalienables de la persona humana. **En resumen:** el Segundo Tribunal cumplió dignamente sus funciones, contribuyendo a consolidar la Constitución, a modernizar la interpretación jurídica en Chile y a justificar la Justicia Constitucional como elemento esencial de Estado democrático moderno.

### III. OBSTÁCULOS Y OPORTUNIDADES DE LA 3ª ÉPOCA

Todo Tribunal Constitucional es siempre un órgano político, en el sentido que resuelve conflictos políticos mediante la Constitución. Pero, por lo mismo, todo Tribunal Constitucional nunca puede ser un actor político, pues su finalidad es la defensa de la Constitución en su significado humanista más que sólo jurídico u asociable con la lucha por el poder entre partidos e ideologías. La distinción recién hecha resulta capital para comprender el rol del Tribunal en la democracia constitucional. Recuerdo lo escrito por Gustavo Zagrebelsky al respecto<sup>1</sup>:

“La función de la Corte (Constitucional) es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política. Es esencial para nuestro modo de entender la democracia, pero a la vez no proviene de la democracia. (...) La Corte decide no sobre la Constitución sino que según la Constitución (...). La Corte no es política, si por política se entiende la competencia entre partidos por asumir y ejercer el poder.”

Sobre la base del Segundo Tribunal descrito se comienza a construir la Magistratura diseñada en la reforma de 2005.

Entro en el análisis del tema insistiendo en que es un Tribunal nuevo, rasgo que en sí mismo presenta diversos y difíciles desafíos. Para comprender esta premisa de lo nuevo pide tener presente las razones siguientes:

1. Que de sus diez Ministros, sólo tres son antiguos;
2. Su personal, en la mayor parte, es nuevo y aún no especializado;
3. Los recursos materiales con que cuenta hasta hoy son reducidísimos;
4. La nueva sede que necesita para servir dignamente sus labores, esto es, el Palacio Arzobispal, se espera que esté disponible desde diciembre del presente año. Entre tanto, funcionamos en dos locales, carecemos de biblioteca y centro de documentación y las audiencias públicas se realizan en recintos estrechos; y
5. Especialmente o sobre todo, es nuevo por el imperativo de desempeñar atribuciones inéditas y de hacerlo con criterios de interpretación constitucional también novedosos. Innovar en un país no acostumbrado a hacerlo se erige, por consiguiente, en el mayor de los desafíos.

Los desafíos son retos con desenlace no asegurado. Todos los enfrentamos con anhelo de vencerlos, pero desgraciadamente a menudo se fracasa en el empeño. ¿De qué depende la victoria? Mi respuesta, fundada en la experiencia que estoy viviendo, sostiene que eso depende, principalmente, de la imaginación para discutir soluciones y de la buena voluntad para oír las, evaluarlas y llevarlas a la práctica.

Por eso, creo que saber aprovechar las oportunidades es el mayor desafío de cualquiera institución. Tal es el caso también del Tribunal. Por ejemplo, percibo esas oportunidades en:

Establecer criterios sustantivos, axiológicos y finalistas para la interpretación jurídica, operando un cambio sustancial en los criterios predominantes aún en Chile. El Tribunal puede, siguiendo esta línea, abrir camino a la renovación completa del Derecho en nuestro país, reemplazando la Razon de Estado por la Razon de Persona en la prosecución del bien común<sup>2</sup>.

Infundir vida a la Constitución no sólo en la Parte Orgánica, como es tradicional, sino que, especialmente, en su Parte Dogmática mediante la comprensión del ordenamiento desde la persona humana y para regresar a ella. En otras palabras, hacer realidad la antropología<sup>3</sup> preexistente a la soberanía y que determina el ejercicio legítimo de éstas.

<sup>2</sup> Este es el sentido que tiene la base institucional prevista en el artículo 1 inciso 4º de la Constitución, principio cuya imperatividad es indudable ante los artículos 5 y 6 de la misma Carta Fundamental.

<sup>3</sup> Comentar las diversas obras de Peter Häberle en el tópico, varias de ellas citadas en este número de los Cuadernos, pero especialmente *Democracia y Cultura*.

Aquí aclaro que, si bien no renemos el amparo, al estilo mejicano, español o alemán, si contamos con la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, cuyo acceso por las partes y los jueces, mediante la acción pública y la actuación de oficio por el propio Tribunal, se hallan previstos en el artículo 93 inciso 1° N°s 6° y 7° de la Carta Fundamental.

Es un objetivo esencial lograr que el efecto de irradiación o reflejo de las sentencias del Tribunal sea seguido por todas las Magistraturas y también, obedecido realmente por todos los órganos estatales y los particulares. No es indispensable proclamar esa obligatoriedad, porque el prestigio que lleguen a ganar las sentencias del Tribunal puede tener efectos aún mejores en el sentido descrito.

Recuérdese que carecemos de imperio y que la disposición clave es sólo el artículo 94 del Código Supremo. Pero, como he dicho, la calidad de la jurisprudencia que emane del Tribunal puede ser obedecida libremente, lo que resulta más legítimo.

**En resumen:** Las oportunidades tienden a consolidar la tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Sin buscar ni pretender la hegemonía del Derecho Constitucional, es claro que hoy no es posible enseñar, integrar, asesorar e informar con éxito prescindiendo de esa disciplina. El Tercer Tribunal tiene ante sí ese magno desafío.

#### IV. PENSANDO EL FUTURO

Ciertamente, los obstáculos son también desafíos que requieren ser vencidos. Entre tales obstáculos menciono, con ánimo ilustrativo, los siguientes: La demora en aprobar la nueva Ley Orgánica del Tribunal, con las secuelas que ello tiene en los procedimientos, la configuración de la planta de personal, su capacitación adecuada, las remuneraciones de Ministros y funcionarios y el estatuto laboral de ambos.

No puedo callar que hemos tenido que obrar con base en la supremacía, en la inexcusabilidad y en el imperativo de defender los derechos esenciales. Lo estamos haciendo sin recursos humanos y materiales suficientes. Hoy tramitamos treinta y ocho requerimientos de inaplicabilidad en tales condiciones. Sin embargo, la crítica ya se ha hecho pública. Una ilustración se halla en *La Semana Jurídica* del lunes 08 de mayo en curso. Después de leer ese artículo, más que nunca repito que el Tribunal ha seguido el camino recto y, por lo mismo, inobjetable.

Es también un desafío la adaptación de caracteres o temperamentos que exige un órgano colegiado, cuya integración recién fue completada una semana atrás. Somos de distintas edades; nuestra procedencia universitaria es diferente, algunos pertenecían a partidos políticos y sólo cuatro tienen especialización en Derecho Constitucional; en fin, seis gozan de experiencia académica.

Es un escollo la supresión de prácticas defectuosas o de hábitos de trabajo ineficientes, arrastrados en un Tribunal con muchísimo menos trabajo que el actual.

Finalmente, requerimos obrar con la calma y prudencia y cualidades que deben caracterizar el estudio de los asuntos y las decisiones del Tribunal, muchas veces en cuestiones nuevas como la declaración de admisibilidad de las inaplicabilidades de autoacordados y de preceptos legales.

#### V. CONCLUSIONES

Siempre es más fácil crear o reformar organizaciones que lograr institucionnalizarlas; quiero decir, consolidarlas en la conciencia nacional con cualidad perdurable.

La Justicia Constitucional en Chile se halla en proceso de transición desde una mera organización a una verdadera institución, o sea, en el paso de lo inestable a lo estable, de lo subordinado a lo autónomo, de lo débil a lo vigoroso. Avanzar en ese proceso, resuelta y favorablemente, no es muy difícil, porque el Tribunal goza de alto prestigio en Chile y el extranjero.

Sin embargo, una de las dificultades más serias para el éxito de ese proceso yace en que el Tribunal necesita consolidar su nuevo espacio de competencias y procedimientos dentro del sistema institucional. Eso no es sencillo pues: Requiere cuidar las relaciones con la Corte Suprema, afectada por la reducción de atribuciones que experimentó esta última;

Suscitar el respeto de las partes y de los jueces, porque es real la posibilidad de acudir al Tribunal por asuntos sin relevancia constitucional; y

Conciar el apoyo del legislador, celoso aún de la concepción rousseauniana o jacobina de la soberanía infalible manifestada en las leyes.

Pero es menester observarnos a nosotros mismos, efectuar la introspección del Tribunal, ya que será menester demostrar independencia e imparcialidad; erudición, prudencia y discernimiento en las sentencias; respeto por las demás instituciones; y fortaleza ante las críticas, presiones e incomprendiones, a veces justificadas y otras gratuitas.

## PALABRAS FINALES

Lo dije y aquí lo repito: los desafíos son dificultades que deben ser enfrentadas con decisión.

El Tribunal Constitucional tiene ya desafíos, algunos de los cuales he mencionado esta tarde.

Pero los retos mayores están por venir, aunque nos estamos preparando bien para vencerlos.

Termino diciéndoles que la esperanza pública en la labor del Tribunal es enorme. Estamos conscientes de esa responsabilidad. Dios permita que seamos capaces de asumirla con éxito. ¡De profesores, abogados y estudiantes, como Uds., querremos recibir ayuda y consejo! ¡La Justicia Constitucional en Chile es de todos nosotros! ¡Cuidémosla!

## X. ROL DEL NUEVO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRACIA CHILENA\*

### INVOCACIÓN DE SANTO TOMÁS MORO

En el Día de Santo Tomás Moro, patrono de la Facultad de Derecho de esta querida Universidad, se me ha honrado invitándome para dirigirles la palabra sobre los desafíos del Tribunal Constitucional en la democracia chilena.

Los desafíos, estimados amigos, son retos que enfrentamos ante las adversidades o dificultades y cuyo desenlace depende, principalmente, de nosotros mismos. Consiguientemente, los desafíos sobrevienen en momentos difíciles, es decir, nadie está libre de ellos, nunca la vida deja de tenerlos y, al final, la persona se eleva vencéndolos. Aludo a este concepto para situarlo con el carácter de criterio matriz de las reflexiones que les expondré pero, sobre todo, con el propósito de seguir el ejemplo del Santo a quien se halla aquí encomendado el trabajo académico.

Quiero recordar los rasgos que, desde joven, hicieron para mi de Tomás Moro una personalidad admirable, como poquíssimas en todos los tiempos.

Fue humanista excelso, juez prestigiado por su rectitud y justicia, embajador y líder parlamentario, canciller del reino, el mejor de los amigos y modelo de padre y esposo<sup>1</sup>. Llegó a las más altas dignidades en las Universidades de Oxford y Cambridge. A él le fueron confiados los asuntos judiciales más complejos. Su preocupación primordial fue la persona humana, influido por Erasmo de Róterdam, otro humanista notable. Unió las dos actividades que asumió con entusiasmo, esto es, la profesión y la reflexión intelectual.

Su vida es hermosa por la armonía que tuvo entre la familia y el servicio público, entre la teoría y la práctica, entre la fidelidad al orden constituido y la

\* Conferencia pronunciada el jueves 22 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.  
<sup>1</sup> Fernando Díez Moreno: "Tomás Moro", en Rafael Domingo (editor): *Juristas Universales. II Juristas Modernos* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) p. 116.

coherencia con los imperativos de la conciencia. Escribió obras maravillosas, de las cuales menciono *Utopía*, *Diálogo del Consuelo en la Tribulación* y *Tratado de la Pasión de Cristo*.

Su legado puede ser resumido en la siguiente frase suya: "El cristianismo no es sólo afán del espíritu, sino labor integral del hombre; en cuerpo y alma; él ha de empapar, por lo tanto, sus devociones, la vida de familia, los ocios y el trabajo cotidiano."<sup>2</sup>

Persona de oración constante, tuvo rasgos de misticismo.

Dio testimonio de su fe hasta el martirio, en defensa de la dignidad inalienable de la conciencia.<sup>3</sup> Rechazó, ante el cadalso, la acusación de traición al monarca, afirmando, al ser ejecutado, que moría con fe en la Santa Iglesia Católica y convencido que había sido un servidor leal del Rey, pero antes de Dios.<sup>4</sup>

Nos emociona observar, una y otra vez, su rostro en las pinturas magistrales de Holbein y Rubens.

Canonizado en 1935, el Papa Juan Pablo II lo nombró, en 2001, Santo Patrono de los Políticos y Gobernantes.

## 1. INTRODUCCIÓN

Regreso ahora al motivo que nos reúne y lo hago creyendo que todos los presentes coincidiremos en que Tomás Moro fue un hombre que dio la cara a los desafíos más difíciles. Los enfrentó con inteligencia y determinación, dando testimonio de su fe, de su coherencia con las conductas que le indicaba el discernimiento, en fin, de su voluntad de vencerlos demostrando que ello es posible sólo con respeto de la ética, el esfuerzo resonero y, sobre todo, la oración constante con que invocamos a Dios para superar nuestras limitaciones o falencias.

Nosotros también tenemos de esos retos. Unos, especialmente delicados, son los que motivan mis reflexiones esta mañana. Pues me referiré a los desafíos del nuevo Tribunal Constitucional frente a las exigencias de una democracia plena, quiero decir, que no sea sólo mínima o procesalmente concebida, sino que sustentiva por los valores humanistas que propugna para la vida digna, en libertad, con igualdad y pacíficamente, de todos los habitantes de Chile.

Con el propósito de sistematizar las múltiples ideas que surgen en torno de esa temática y exponerlas con la mayor claridad posible, he considerado

necesario organizarlas en torno de los dos tópicos siguientes: primero, describir la situación actual de nuestra Magistratura, con sus fortalezas y debilidades; y después, detenerme en las oportunidades y obstáculos que, en el futuro, enfrentará un Tribunal que, en la realidad, es nuevo.

De la suma y armonización de ambos criterios puede fluir una visión completa, y a la vez compleja, tanto de los desafíos o dificultades que enfrentamos cuanto de lo que se requiere para superarlos.

## II. EL PESO DE LA HISTORIA

El Tribunal Constitucional de Chile fue creado por la reforma a la Carta Fundamental de 1925 hecha en noviembre de 1970. Consecuentemente, nuestro Tribunal es el más antiguo de Iberoamérica.

Comenzó a funcionar, sin embargo, sólo en septiembre de 1971, a raíz de las dificultades que hubo entre el Presidente y el Parlamento para designar a tres de sus cinco Ministros.

Su rol esencial era resolver conflictos institucionales, entonces bastante frecuentes, que ocurrían entre los órganos de jerarquía constitucional, típicamente los enfrentamientos del Primer Mandatario con el Congreso Nacional. Por consiguiente, no era un Tribunal de Garantías, quiero decir, defensor y promotor de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a ellas; y

Dictó sólo 16 sentencias, algunas consideradas valiosas hasta hoy, como la relativa a la naturaleza y características de la Ley de Presupuestos. Empero, la última de tales sentencias tuvo consecuencias graves para la precipitación de los acontecimientos de septiembre de 1973, porque en junio de ese año el Tribunal se declaró incompetente para decidir la controversia sobre la reforma constitucional de las Areas de la Economía.

**En resumen:** Fue un Tribunal predominantemente político, actuando con ese carácter en el sentido contingente del término. Por eso, no escapó del quiebre institucional ya recordado, siendo disuelto el 10 de noviembre de 1973.

## III. MUTACIÓN, CAMBIO Y ESTABILIDAD CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1980 restableció el Tribunal, habiendo reanudado sus labores el 18 de mayo de 1981.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>3</sup> *Id.*, p. 116.

<sup>4</sup> David Farmer: *Oxford Dictionary of Saints* (Oxford, Oxford University Press, 2003) p. 377.

La composición y atribuciones que le dio la nueva Constitución eran diferentes. Por ejemplo, tenía 7 Ministros, tres de los cuales lo eran también de la Corte Suprema; contrrolaba los proyectos de leyes orgánicas y de reforma constitucional; se pronunciaba sobre cuestiones políticas como la renuncia del Presidente de la República o la remoción de los Ministros de Estado; quedaba facultado para declarar los ilícitos constitucionales en que hubieran incurrido personas, movimientos o partidos políticos; y se hallaba regulado por una Ley Orgánica Constitucional.

Dió 465 sentencias hasta el 26 de febrero de 2006, fecha en que comenzó a regir la gran reforma al Tribunal hecha en agosto de 2005 y que marca la tercera época de dicha Magistratura.

De esas sentencias, diez al menos han sido trascendentales para:

1. La restauración democrática en Chile; y
2. El respeto de la dignidad humana y los derechos esenciales que fluyen de ella.

En términos análogos al Primer Tribunal, esta Segunda Magistratura estuvo concentrada en resolver los conflictos y cuestiones trabadas entre los órganos de jerarquía suprema, sobre todo del Primer Mandatario con el Congreso a raíz de la tramitación de las reformas constitucionales y de las leyes, o el contenido de las últimas. No se preocupó, entonces, al menos con carácter directo y primordial, de la defensa de los derechos fundamentales.

Lo cierto es, sin embargo, que en tiempos muy difíciles para el Estado de Derecho, el Segundo Tribunal sirvió dignamente sus funciones; y, más aún, se prestigió por los fallos que permitieron salir del autoritarismo y transitar a la democracia.

Desde 1990, además, comenzó a tutelar los derechos humanos, cierto que esporádica y tímidamente. En los últimos cuatro años entró, con mayor frecuencia y determinación a cautelar esos atributos inalienables de la persona humana.

**En resumen:** el Segundo Tribunal cumplió dignamente sus funciones, contribuyendo a consolidar la Constitución, a modernizar la interpretación jurídica en Chile y a justificar la Justicia Constitucional como elemento esencial de Estado democrático moderno.

#### IV. PASADO Y PRESENTE QUE CONDICIONAN EL FUTURO

Todo Tribunal Constitucional es siempre un órgano político, en el sentido que resuelve conflictos políticos mediante la Constitución y no situándose sobre ella. Pero, por lo mismo, todo Tribunal Constitucional nunca puede ser un actor político, pues su finalidad es la defensa de la Carta Fundamental en

su significado humanista más que sólo jurídico o asociable con la lucha por el poder entre partidos e ideologías. La distinción recién hecha resulta capital para comprender el rol del Tribunal en la democracia constitucional. Recordado, al respecto, lo escrito por Gustavo Zagrebelsky, Presidente Emérito de la Corte Constitucional de Italia<sup>5</sup>:

“La función de la Corte (Constitucional) es política, pero no pertenece a la política. Esa función resulta esencial para nuestro modo de entender la democracia, pero a la vez no proviene de la democracia. (...) La Corte decide no sobre la Constitución sino que según la Constitución (...). Por consiguiente, la Corte no es política, si por política se entiende la competencia entre partidos por asumir y ejercer el poder.”

Sobre la base del Segundo Tribunal descrito se comienza a construir la Magistratura diseñada en la reforma de 2005.

Entro en el análisis del tema insistiendo en que es un Tribunal nuevo, rasgo que en sí mismo presenta diversos y difíciles desafíos. Para comprender esta premisa de la novedad, a la cual son inherentes los riesgos y tropiezos, paralelos a los éxitos, no siempre bien comprendidos, pido tener presente las razones siguientes:

1. De sus diez ministros, sólo tres son antiguos;
2. Su personal de planta es mínimo, formado en la Magistratura antigua y sin experiencia procesal suficiente;
3. Los recursos materiales con que cuenta hasta hoy son reducidísimos;
4. La nueva sede que necesita para servir dignamente sus labores, esto es, el Palacio Ariztía, se espera que esté disponible desde octubre del presente año. Entre tanto, funcionamos en dos locales distantes, carecemos de biblioteca y centro de documentación y las audiencias públicas se realizan en un recinto estrecho, hermoso pero inapropiado; y
5. Especialmente o sobre todo, es nuevo por el imperativo de desempeñar atribuciones inéditas y de hacerlo con criterios de interpretación constitucional también originales. Innovar en un país no acostumbrado a hacerlo se erige, por consiguiente, en el mayor de los desafíos.

<sup>5</sup> Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Política (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005) pp. 3, 29 y 39.

## V. OPORTUNIDADES

Dije, al comenzar, que los desafíos son retos con desenlace no asegurado. Todos los enfrentamos con anhelos de vencerlos, pero desgraciadamente a menudo se fracasa en el empeño. ¿De qué depende la victoria? Mi respuesta, fundada en la experiencia que estoy viviendo, sostiene que eso está sujeto, principalmente, a la imaginación para discutir soluciones y a la buena voluntad para oír las, evaluarlas y llevarlas a la práctica.

Por eso, creo que saber aprovechar las oportunidades es el mayor desafío de cualquiera institución. Tal es el caso también del Tribunal. Por ejemplo, percibo esas oportunidades en los aspectos que sintetizo a continuación:

1. Establecer criterios sustantivos, axiológicos y finalistas para la interpretación jurídica, operando un cambio sustancial en los parámetros predominantes aún en Chile. El Tribunal puede, siguiendo esta línea, abrir camino a la renovación completa del Derecho en nuestro país, reemplazando la Razón de Estado por la Razón de Persona en la prosecución del bien común.<sup>6</sup>
  2. Infundir vida a la Constitución no sólo en la Parte Orgánica, como ha sido tradicional, sino que, especialmente, en su Parte Dogmática, mediante la comprensión del ordenamiento desde la persona humana y para regresar a ella. En otras palabras, hacer realidad la antropología preexistente a la soberanía y que determina el ejercicio limitado de ésta para que sea legítimo.
- Aclaro aquí que, si bien no tenemos en nuestra competencia el amparo, al estilo mejicano, español o alemán, si contamos con la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, cuyo acceso por las partes y los jueces, mediante la acción pública y la actuación de oficio del propio Tribunal, se hallan previstos en el artículo 93 de la Carta Fundamental.
3. Es un desafío también lograr que el efecto de irradiación o reflejo de las sentencias del Tribunal sea seguido por todas las Magistraturas y también, obedecido realmente por todos los órganos estatales y los particulares. No es indispensable proclamar esa obligatoriedad, porque el prestigio que lleguen a ganar las sentencias del Tribunal pueden tener efectos aún mejores en el sentido descrito.

Recuérdese, en ligamen con lo dicho, que carecemos de imperio y que la disposición clave es sólo el artículo 94 del Código Supremo. Pero, como he dicho, la calidad de la jurisprudencia que emane del Tribunal puede ser obedecida libremente, lo que resulta más legítimo; y, además, el ordenamiento contempla la intervención de otros órganos constitucionales para restablecer el imperio de la Carta Fundamental cuando nuestras decisiones sean incumplidas o desobedecidas.

**En resumen:** Las oportunidades tienden a consolidar la tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Sin buscar ni pretender la hegemonía del Derecho Constitucional, es claro que hoy no es posible integrar, asesorar e informar con éxito prescindiendo de esa disciplina. El Tercer Tribunal tiene ante sí ese magno desafío.

## VI. OBSTÁCULOS

Ciertamente, los obstáculos son también desafíos que requieren ser vencidos. Entre tales obstáculos, inconvenientes o dificultades menciono, con ánimo ilustrativo, los siguientes:

1. La demora en aprobar la nueva Ley Orgánica del Tribunal, con las secuelas que ello tiene en los procedimientos, la configuración de la planta de personal, su nombramiento y capacitación adecuada, las remuneraciones dignas de Ministros y funcionarios y el estatuto laboral de ambos;
2. Tampoco puedo callar que hemos tenido que obrar con base en la supremacía, en la inexcusabilidad y en el imperativo de defender los derechos esenciales. Lo estamos haciendo sin recursos humanos y materiales suficientes. Hoy tramitamos 43 requerimientos de inaplicabilidad en tales condiciones. La crítica ya se ha hecho pública, pero junto con evaluarla hemos acordado seguir en el servicio de la misión que la Carta Fundamental nos confía;
3. Es también un desafío la adaptación de caracteres o temperamentos que exige un órgano colegiado, cuya integración recién fue completada sólo dos meses atrás. Somos de distintas edades, nuestra procedencia universitaria es diferente, algunos pertenecían a partidos políticos, nada más que cuatro tienen especialización en Derecho Constitucional, en fin, seis gozan de experiencia académica.
4. Es un obstáculo severo la supresión de prácticas defectuosas o de hábitos de trabajo ineficientes, arrastrados en un Tribunal con muchísimo

<sup>6</sup> Este es el sentido que tiene la base institucional prevista en el artículo 1 inciso 4º de la Constitución, principio cuya imparatividad es indudable ante los artículos 5 y 6 de la misma Carta Fundamental.

Revisense las diferentes obras de Peder Häberle sobre el tópico, especialmente Constitución y Cultura.

menos trabajo que el actual y que se hallaba liberado de la atención pública que nosotros tenemos; y:

5. Es un desafío mantener la calma y prudencia que deben caracterizar el estudio de los asuntos y las decisiones del Tribunal, muchas veces en cuestiones desconocidas, como la declaración de admisibilidad de las inaplicabilidades de autoacordados y de preceptos legales; o la vinculación de esos pronunciamientos con la suspensión del procedimiento en que incide el requerimiento deducido; o, en fin, el establecimiento de criterios que permitan al Tribunal controlar el paso a la declaración de inconstitucionalidad, asumiendo que no siempre se justifica hacerlo a partir sólo de una sentencia que dio lugar al control *inter partes*.

## VII. CONCLUSIONES

Siempre es más fácil crear o reformar organizaciones que lograr institucionalizarlas, quiero decir, consolidarlas en la conciencia nacional con cualidad perdurable.

La Justicia Constitucional en Chile se halla en proceso de transición desde una mera organización a una verdadera institución, o sea, en el paso de lo inestable a lo estable, de lo subordinado a lo autónomo, de lo débil a lo vigoroso, de lo tradicional a lo innovador.

Avanzar en ese proceso, resuelta y favorablemente, es difícil pero susceptible de ser alcanzado, porque el Tribunal tiene Magistrados capaces e idóneos, factor humano al que agrego el alto prestigio del cual goza en Chile y el extranjero.

Sin embargo, una de las dificultades más serias para el éxito de ese proceso yace en que el Tribunal necesita consolidar su nuevo espacio de competencias y procedimientos dentro del sistema institucional. Eso no es sencillo pues:

1. Requiere cuidar las relaciones con la Corte Suprema, afectada por la reducción de atribuciones que experimentó dicha Magistratura.
2. Suscitar el respeto de las partes y de los jueces, porque es real la posibilidad de acudir al Tribunal por asuntos sin relevancia constitucional.
3. Conciar el apoyo del legislador, celoso aún de la concepción rousseauiana o jacobina de la soberanía infalible manifestada en las leyes; y.
4. Demostrar, mas allá de toda duda razonable, independencia e imparcialidad absoluta; erudición, prudencia y discernimiento en las sentencias; respeto por las demás instituciones; y fortaleza ante las críticas, presiones e incomprendiones.

## PALABRAS FINALES

Lo dije y aquí lo repito: los desafíos son dificultades que deben ser enfrentadas con decisión.

El Tribunal Constitucional tiene ya desafíos, algunos de los cuales he mencionado esta mañana. Uno de ellos debe ser destacado al concluir. Me refiero al paso del órgano supremo de control preventivo de supremacía, ejercido con respecto a una democracia procesal o mínima, a otra Magistratura que, además y principalmente, vela por esa primacía en su sentido sustantivo, de valores y principios humanistas.

Los mayores desafíos están por venir, aunque estamos preparados para enfrentarlos, ojalá con éxito.

Termino diciéndoles que la esperanza pública en la labor del Tribunal es enorme. Estamos concientes de esa responsabilidad. Dios, y el Santo Patrono de esta Facultad, permitan que seamos capaces de asumirla con éxito. ¡De profesores, abogados y estudiantes, como Uds., querremos recibir ayuda y consejo! ¡La Justicia Constitucional en Chile es de todos nosotros! ¡Felicitaciones a esta Facultad! ¡Feliz Aniversario!

## XI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LAS LEYES\*

### INTRODUCCIÓN

**D**eseo referirme al objetivo de este ensayo. Trátase de efectuar el análisis práctico de un asunto de importancia creciente, tanto académica como profesionalmente entendida. Por consiguiente, me preocupa prepararnos para participar en el ejercicio de un régimen novedoso de control de supremacía, de cuya eficacia depende, en gran medida, lo que me agrada llamar la **Constitución viva y abierta**, porque es invocada por todos los sectores de la población, asumiendo los órganos estatales, sin excepción, el rol de aplicarla como fuente, directa y suprema, de nuestro ordenamiento jurídico. Una Constitución así, excepcional en Iberoamérica, es la única que cumple la función de someter el Poder al Derecho, fórmula clave en la sociedad democrática de cualquier época.

Numero, en seguida, las partes de esta exposición. Primeramente, me detendré a enunciar algunas de las dificultades que enfrentaremos, especialmente de carácter orgánico y presupuestario; después, concentraré el análisis en los retos principales que el Tribunal tiene en el ámbito procesal e institucional. Obviamente, me limitaré a trazar un panorama, puesto que profundizar en las múltiples aristas del tema excedería el objetivo de una monografía. He incluido algunas estadísticas con la intención de cuantificar el fenómeno en estudio.

### I. DESAFÍOS DE UN TRIBUNAL NUEVO

El Tribunal Constitucional de Chile fue creado en enero de 1971, disuelto por el régimen militar en 1973, restaurado en marzo de 1981 y refundado en agosto de 2005. Una mirada retrospectiva, efectuada según la cronología señalada, permite sostener que nuestra Magistratura ha vivido tres épocas, en la última de las cuales nos hallamos y que califico como promisoria<sup>1</sup>.

Cabe observar, por otra parte, que hoy tenemos una Constitución casi desconocida en su capítulo VIII, lo cual genera vacilaciones y controversias, tanto entre los Ministros del Tribunal como para los Magistrados en general, las partes en gestiones judiciales y la doctrina nacional. Si bien es infinita la riqueza de los hechos, en cuanto fuente normativa, no resulta menos cierto reconocer que el Derecho, formulado o elaborado, tiene que progresar en términos concomitantes con ella, más que nada merced a la adaptación realizada por la jurisprudencia<sup>2</sup>.

Agrego que, tras un año y medio de trámite parlamentario, la reforma de la legislación orgánica de la Institución se halla todavía en su segunda etapa en el Senado y sujeta a cambios. Consiguientemente, cabe esperar, además del tercer trámite, el informe de la Comisión Mixta, la votación de esa proposición, la formulación de vetos y la revisión preventiva de las normas orgánicas constitucionales por el Tribunal. Lo único definitivo, por ende, es el ordenamiento constitucional mismo, ni siquiera el bloque de constitucionalidad, razón por la cual me remitiré a aquí, aludiendo sólo en términos generales a la legislación complementaria vigente o a la que se halla en proceso de modificación<sup>3</sup>.

De la premisa recién expuesta fluye que hoy no resulta posible afirmar:

1. Si tendríamos abogados integrantes, Ministros suplentes o algo semejante, hipótesis esta última que podría significar la paralización del Tribunal atendido los quórum elevados que establece la Carta Fundamental: ocho miembros para funcionar en pleno y cuatro si se trata de una sala; y más aún, la mayoría de los miembros en ejercicio y los cuatro quintos de esos miembros para decidir, respectivamente, la inaplicabilidad y la

\* En parte, este ensayo corresponde a la conferencia ofrecida el 30 de agosto de 2006 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, en Valdivia. Ampliado y actualizado, será publicado en el volumen que, Eduardo Ferrer Mac Gregor, prepara en homenaje al profesor Héctor Fik Zamudio. Las fuentes han sido puestas al día de entrar en prensa este Cuaderno.

<sup>1</sup> Véase del autor "Influencia del Tiempo en Nuestro Tribunal Constitucional", publicado en el libro *El Tribunal Constitucional de Chile. Historia y Trayectoria* (Santiago, Imprenta Vicman, 2006), pp. 129 ss.

<sup>2</sup> Rainer Grote: "El Desarrollo Dinámico de la Preceptiva Constitucional por el Juez Constitucional en Alemania", *IX Revista Ius et Praxis* No 2 (2003).

<sup>3</sup> Ley No 17.997, *Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1981 y sus reformas.

- inconstitucionalidad<sup>4</sup>. La dificultad descrita se agrava por los plazos, breves y fatales, que la Constitución ha previsto para ejercer varias competencias, v. gr., los requerimientos del Presidente de la República y de parlamentarios<sup>5</sup>.
2. Si serán o no alzadas las trabas levantadas en el proyecto del Senado, o por las últimas indicaciones del Poder Ejecutivo, a la reforma de nuestra Ley Orgánica para que el Tribunal ejerza sus competencias adecuadamente. En este grupo incluyo los siguientes ejemplos: que la decisión de admisibilidad se realice previa vista de la causa, imperativo que puede resultar excesivo como regla absoluta, demorando la labor institucional<sup>6</sup>; que el Tribunal no pueda fundar su decisión en preceptos constitucionales distintos de los invocados por las partes requerentes de inaplicabilidad, imposición contraria a la capacidad plena que todo tribunal, más todavía el que caute la Constitución en grado máximo, siempre ha de ejercer con entera independencia<sup>7</sup>; o que tenga que anunciar a los órganos constitucionales interesados que el Tribunal considera pronunciar la inaplicabilidad fundándose en normas distintas de las aducidas, por las partes o en un auto motivado emanado de alguna Magistratura, o bien, que se ha planteado en sus deliberaciones la posibilidad de pronunciar la inconstitucionalidad de uno o más preceptos legales<sup>8</sup>.
3. Si llegará a ser disposición del proyecto aquella que declara improcedente la inaplicabilidad de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes<sup>9</sup>. La tesis de la iniciativa en trámite se erige en disposición interpretativa del Código Político, de lo cual se sigue el deber de cumplir lo previsto al efecto en el<sup>10</sup>; y
4. Si subsistirán las disposiciones que afectan otras manifestaciones de la autonomía de la Institución, al punto que se convierten en involución comparados con la ley vigente. Ilustro esta aseveración mencionando la reducción de la competencia del Tribunal para dictar autoacordados en el orden procesal, de remuneraciones y de funcionamiento, así como la

<sup>4</sup> Id., artículo 92 incisos 5<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 92 inciso 5<sup>o</sup> de la Carta Fundamental.

<sup>6</sup> Artículo 32 letra B del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, fechado el 15 de enero de 2007 (Boletín N° 4.059-07).

<sup>7</sup> Id., artículo 37 letra F y artículo 44.

<sup>8</sup> Id., artículo 47 letra K.

<sup>9</sup> Id., artículo 47 letra B.

<sup>10</sup> Artículo 93 inciso 1<sup>o</sup> N° 1 e inciso 2<sup>o</sup> del mismo artículo, en armonía con lo preceptuado en el artículo 66 inciso 1<sup>o</sup> de la Carta Fundamental.

adición, al cúmulo de prohibiciones contempladas en la Constitución y en la Ley Orgánica, de un límite de horas semanales, para que los Ministros puedan ejercer la docencia y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial<sup>11</sup>.

## II. DEFENSA SIN DILACIONES

Hallándose en trámite la reforma y justificando ella las dudas e inquietudes enunciadas en el número anterior por vía ilustrativa ¿por qué el Tribunal acordó ejercer sus atribuciones en tales circunstancias? ¿no era más sencillo haberse abstenido de hacerlo? ¿estuvo acaso en posición jurídica legítima para no actuar hasta que su nueva ley entrara en vigencia? ¿cabía distinguir, entre las atribuciones, postergando el ejercicio sólo de aquellas claramente insusceptibles de ser desempeñadas con sujeción a la legislación en vigor?

La respuesta yace en que nunca el Tribunal dudó que su obligación era servir la competencia que le fue conferida por el Código Político y ejercerla sometiéndose a ella y a la legislación orgánica pertinente. Las razones invocadas para actuar así han sido variadas y convergentes, mereciendo citarse las siguientes:

Primera, que el principio de inexcusabilidad es de aplicación amplia a todos los órganos jurisdiccionales, no hallándose, por ende, eximida de honrarlo nuestra Magistratura<sup>12</sup>;

Segunda, que la defensa y promoción de la dignidad humana y de los derechos esenciales son imperativos de observancia ineludible en todo momento y circunstancia<sup>13</sup>; y

Tercera, que la Carta Fundamental y la supremacía que la singulariza se han erigido, en el constitucionalismo contemporáneo, en fuente directa e inmediata del ordenamiento jurídico, cuyo vigor prescriptivo no queda suspendido ni condicionado por la ausencia de la legislación complementaria<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Artículo 25 letra A del proyecto de reforma, en ligamen con el artículo 77 de la misma iniciativa en trámite, como asimismo, el artículo 12 bis inciso 2<sup>o</sup> y, por supuesto, las numerosas disposiciones que ahora se proyectan para regular por ley asuntos, administrativos y de procedimiento, propios de la autonomía de un órgano constitucional.

<sup>12</sup> Artículo 76 inciso 2<sup>o</sup> de la Constitución, reiterado en el artículo 3 inciso 2<sup>o</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal y en artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>13</sup> Artículo 1 inciso 4<sup>o</sup> y artículo 5 inciso 2<sup>o</sup> de la Constitución.

<sup>14</sup> En el tema de la inconstitucionalidad por omisión, vastamente examinado por la doctrina, un estudio reciente y novedoso es el de Raúl Canosa Usera, "Interpretación Constitucional y Voluntad Democrática", incluido en Efraim Ferrer Mac Gregor (coordinador): *Interpretación Constitucional* (México D.F., Ed. Porrúa, 2005) pp. 237 ss.

Han surgido, si bien raramente, objeciones de alguna doctrina planteando la nulidad de nuestras resoluciones, vicio que derivaría de la falta de nueva legislación orgánica constitucional. ¿Qué actitud hemos tenido? ¿Cómo ha obrado el Tribunal ante ellas? Puntualizo que nunca ha sido formalizada una acción de tal índole y que han sido desestimados esos tanteos esporádicos e incipientes.

Resuelta así la interrogante, el Tribunal emprendió una labor intensa, en aumento sostenido y de la cual ha surgido, con lógica y vigor jurídico irrefutables, la realización de un postulado capital del constitucionalismo aludido: la vigencia actual del Código Político. Por ello:

Debe apartarse de su hermenéutica la idea tradicional de las disposiciones programáticas o incumplidas; y, en su lugar, tales valores y principios han de ser entendidos e implementados como cláusulas de eternidad, ambigüedades gloriosas que permiten a los jueces y abogados renovar el espíritu de la Constitución, haciéndola expresiva de la época vivida<sup>15</sup>;

Rechazar la tesis que plantea la imposibilidad de llevar a la práctica los principios abiertos o indeterminados, a raíz de lo recién dicho; y

Impugnar la suspensión de los efectos de la Constitución mientras no sea dictada la legislación respectiva, abriéndose paso la posición opuesta, o sea, que el legislador la vulnera cuando omite aprobarla más allá de un plazo razonable y ante circunstancias conocidas<sup>16</sup>.

En lo escrito se halla una novedad en el Derecho chileno, cuyas repercusiones la doctrina todavía no ha investigado en profundidad, posiblemente debido a una concepción tradicional del constitucionalismo, asociada al formalismo de los textos y a la sumisión de la Magistratura a lo preceptuado en ellos por el legislador<sup>17</sup>.

Grato es concluir destacando que la determinación de nuestra Magistratura de obrar sin dilaciones en defensa del Código Político ha culminado siendo ampliamente reconocida y hasta comentada con elogio. Sin caer en la autoconplacencia, estimo que lo hecho por el Tribunal es un ejemplo digno de ser seguido.

<sup>15</sup> Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, 2003); Mauro Cappeletti: UNAM – Universidad Católica del Perú, 2003) pp. 145 ss.; y Mauro Cappeletti: "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en Louis Joseph Favores et al.: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994) pp. 618 – 619.

<sup>16</sup> Giancarlo Rolla: *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional* (México D.F., Ed. Porrúa, 2006) pp. 87 ss.

<sup>17</sup> Cf. Andrea Greppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 35 ss.

### III. OTROS DILEMAS

Es también un desafío la composición diferente del Tribunal, con sólo dos Ministros antiguos, siendo los ocho nuevos de temperamento y mentalidad bastante disímiles. Se percibe ya la secuela de este fenómeno en las prevenciones y disidencias de las últimas sentencias dictadas en 2006<sup>18</sup>. Pero, lejos de inquietar, tal rasgo nos mueve a alentarlos, porque si bien el ideal es la unanimidad, y ha sido alcanzada en numerosos fallos, a veces en la discrepancia se halla el germen del nuevo Derecho<sup>19</sup>.

Idénticamente problemático es disponer de un presupuesto y planta de funcionarios adecuados al volumen de trabajo y a las necesidades propias de la Magistratura restaurada en 1981. Es decir, hemos subido de siete a nueve los profesionales de planta, trabajando en dos locales distantes y absorbiendo seis veces más trabajo, al menos, que un año atrás. No se requiere abundar en el tema para demostrar la gravedad que encierra<sup>20</sup>.

Tampoco se puede silenciar, por último, la esperanza y la confianza en el Tribunal, motivadas por el prestigio ganado, merced a su independencia y a la concepción moderna, ágil y finalista de su jurisprudencia. Dichas cualidades contrastan con la evaluación crítica que, según las encuestas, dominan en la abogacía y la opinión pública con respecto al Poder Judicial.

Hoy se estudia la Justicia Constitucional como nunca antes en Chile y se confía que la doctrina de sus fallos marque el rumbo en la renovación del Derecho en nuestro país. Pero, a la luz de la contingencia que experimentamos y que ya he descrito ¿no corremos riesgos de retroceder en esa jurisprudencia, devolviendo al Tribunal una preocupación preponderante por cuestiones orgánicas más que dogmáticas, entendidas éstas últimas en su sentido humanista? En respuesta digo que es encomiable la independencia, imparcialidad y rigor con que ha obrado siempre el Tribunal. ¿Por qué pienso así? Pues a raíz de haber comprobado la existencia de un denso y sólido sentimiento de identificación de los Ministros y el personal con la naturaleza, roles y finalidades de nuestra Magistratura. Consecuencia con lo ya dicho, innuyo también que vamos haciendo de la Institución un órgano cada día más representativo de la ciudadanía. No visualizo, por consiguiente, vacilación y menos alteración en la línea de actuación que vamos siguiendo.

<sup>18</sup> Revítese la *Memoria del Tribunal Constitucional 2006* (Santiago, Editorial Vicman, 2007) pp. 40 ss., con la síntesis de la jurisprudencia más significativa de esa Magistratura en el año indicado.

<sup>19</sup> Dominique Rousseau: *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 107 ss.

<sup>20</sup> *Memoria cit.*, pp. 30 ss.

## V. INNOVACIONES PRINCIPALES

Sin perjuicio de lo explicado en otros capítulos de este ensayo, aquí me detendré sólo en la competencia prevista en el artículo 93 de la Constitución.

Consecuentemente, menciono los tópicos siguientes:

Control preventivo de las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias orgánicas constitucionales, reconociendo que tales convenciones suelen contener tal especie de normas y cuyo control de supremacía tiene que ser análogo al de las leyes correspondientes<sup>21</sup>;

Evaluación del mérito constitucional de los acuerdos, habiendo quedado eximidos de tal control preventivo los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, los instructivos emanados del Fiscal Nacional y los acuerdos generales del Banco Central que versen sobre derechos esenciales, los afecten o puedan vulnerarlos<sup>22</sup>;

Pronunciamiento de la inaplicabilidad *inter partes* o en casos concretos y con efectos relativos, accionado el Tribunal por cualquiera de las partes de la gestión o asunto pendiente, o bien, a raíz de haberlo así requerido el juez, Corte u órgano jurisdiccional que lo tramita para decidirlo<sup>23</sup>, mediante el auto motivado de rigor;

Subsecuente y eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, abstractamente entendidos y con efectos *erga omnes* o generales, pero sin alcance retroactivo<sup>24</sup>;

Resolución de las contiendas de competencia que no correspondan al Senado<sup>25</sup>;

Decisión de la inhabilidad invocada por un parlamentario y pronunciamiento acerca de su renuncia al cargo<sup>26</sup>; y

Control *ex post* de la potestad reglamentaria, habiendo quedado refundidos en uno los que eran numerales 5 y 12 del texto constitucional anterior<sup>27</sup>.

Comparados entre sí los cambios resumidos se colige, sin duda, que el mayor por su importancia y complejidad se halla en el control *ex post* de los preceptos legales, motivo por el cual concentraré en él los comentarios siguientes de este ensayo.

<sup>21</sup> Artículo 93 inciso 1º No 1 en ligamen con el inciso 2º del mismo artículo.

<sup>22</sup> Id., No 2 e inciso 3º.

<sup>23</sup> Id., No 6 e inciso 11º.

<sup>24</sup> Id., No 7 e inciso 12º, todo en armonía con lo mandado en el artículo 94 inciso 3º de la Constitución.

<sup>25</sup> Id., No 12 en relación con el inciso 17º del mismo artículo. Téngase presente la atribución del Senado otorgada en el artículo 53 No 3 de la Carta Fundamental.

<sup>26</sup> Id., No 15 en armonía con el artículo 72 letra A) del ya citado proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal.

<sup>27</sup> Id., No 16 en ligamen con el inciso 19 del mismo artículo.

## VI. ANÁLISIS DEL CONTROL DE SUPREMACÍA

Cabe advertir, desde luego, que el Tribunal ejerce esta modalidad de control con alcance sólo relativamente concentrado, porque también incumbe servir tal función a los Tribunales Superiores, a la Contraloría General de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados con sujeción a lo mandado en los artículos 6, 19 No 21, 20, 21, 98 y 99 de la Carta Política, así como en los artículos 25 y 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Consignientemente, se alude al asunto en términos de control concentrado pero compartido, porque todos los jueces deben velar por la supremacía, aunque incumbe sólo al Tribunal dirimir, en sus sentencias, los conflictos suscitados por la interpretación y aplicación de la Constitución, en casos judiciales concretos y, después, eventualmente pronunciar la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. De allí que el autor de esta monografía no adhiera a la tesis de quienes sostienen que, a raíz de la reforma de 2005, los jueces ya no se hallan vinculados directamente a la Carta Fundamental para decidir los asuntos que le han sido sometidos, o que su obligación de acatarla se reduce a elevar al Tribunal Constitucional, mediante automotivados, la cuestión que conocen para que él las resuelva<sup>28</sup>.

En análogo orden de ideas no puedo omitir que se advierten dificultades prácticas, suscitadas por el control relativamente difuso, en particular con respecto a la tutela del ejercicio de los derechos fundamentales por los Tribunales de Justicia.

En efecto ¿se hallan los Tribunales Superiores constitucionalmente habilitados para desaplicar o prescindir de preceptos legales en las causas sometidas a su conocimiento? ¿pueden acaso ir más allá y pronunciar la inaplicabilidad concreta de dichos preceptos? ¿o habiendo llegado al punto en que se plantea esa inaplicabilidad su deber reside en elevar el asunto al Tribunal Constitucional, promoviendo el requerimiento de rigor con el automotivado pertinente?

El Tribunal se ha ceñido, paciente y estrictamente, al criterio de la deferencia razonada con respecto a los demás órganos constitucionales aludidos, pero tiene que exigir idéntica actitud a propósito del ejercicio de las competencias que la Constitución le ha conferido con carácter privativo. Confiamos, entonces, en que se llegará pronto a una solución consensuada. No es vano observar que el propósito del Poder Constituyente fue y sigue

<sup>28</sup> Expuse esta tesis en El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional No 30, Imprenta LOM, Santiago, 2006) pp. 14 – 15).

siendo nítido, evidencia de lo cual son las reglas transitorias<sup>29</sup> que aprobó para evitar interferencias derivadas de causas en trámite o de hermenéuticas disímiles. Una mirada a los automotivados ingresados al Tribunal<sup>30</sup>, cuyo número es bajo pero en aumento, permite concluir que se avanza hacia la solución recién planteada. Análoga orientación se percibe en los últimos pronunciamientos de la jurisdicción común que han sido difundidos<sup>31</sup>.

## VII. INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES

Recordemos, primeramente, el texto de las disposiciones pertinentes, contenido en el artículo 93 inciso 1º N° 6 e inciso 11º de la Carta Política:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...)

6º. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

(...)

En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que

establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”

Realzo, en seguida, que los preceptos transcritos difieren del contenido en el artículo 80 del texto constitucional anterior. He aquí algunas de tales diferencias:

1. La inaplicabilidad se refiere a cualquier precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución. Dedúcese de ello que, al no distinguir, la norma abarca reproches de forma y de fondo; pero, además, que ahora se refiere a un precepto cuya aplicación vulnere la Carta Política y no, como antes, que sea contrario a ella. Obviamente, existe diferencia en la redacción de ambos textos fundamentales, cuya explicación objetiva no ha sido todavía lograda pero que, no por ello, exime de hallarle justificación. Hacemos hincapié, por consiguiente, en la necesidad que hoy existe de examinar los hechos del asunto litigioso y apreciarlos desde el ángulo de su mérito constitucional, observación que deja de relieve que la inaplicabilidad dista de ser una acción abstracta:
2. En nexa con el problema recién planteado ha de insistirse en la redacción distintos que aparece en el N° 6 y en el inciso 11º del artículo 93. El autor estima que esa disimilitud es denotativa de los momentos diferentes a que ellos se refieren: uno, el momento de la admisibilidad; y otro, el de la sentencia que decide sobre la inaplicabilidad, pudiendo mediar semanas y meses entre uno y otro. Consiguientemente, en el primero de esos momentos, la sala evalúa si la aplicación del precepto legal tachado puede o no resultar decisiva para la resolución del asunto o gestión pendiente; por el contrario, en el segundo de tales momentos, el pleno decide si la aplicación del mismo precepto resulta contraria al Código Supremo, porque pugna con él en sustancia o en su proceso nomogénico; y
3. El Tribunal aludido en la norma tiene que ser entendido en su acepción amplia, es decir, de todo órgano que ejerza jurisdicción en el asunto o gestión sometido a su decisión, de modo que no se restrinja a un tribunal que, en el proceso debido, imparte justicia según los trámites previstos en códigos u otras disposiciones legales de enjuiciamiento<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Revíse la serie de monografías sobre el nuevo Tribunal Constitucional, publicados en Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): *Reforma Constitucional* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 551 ss. Consultese, además, Emilio Pfeiffer Urquiga: *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005) pp. 334 ss.

<sup>30</sup> Memoria cit., pp. 32 ss.

<sup>31</sup> Un ejemplo reciente se halla en los considerandos 5º y 6º de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 14 de febrero de 2007 (Rol N° 317 - 2006).

<sup>32</sup> Juan Carlos Ferrada Bórquez, Andrés Bortoli Salamanca y Kámel Cazor Aliste: “El Amparo Constitucional Contra los Actos de la Administración del Estado en Iberoamérica. Un Análisis Comparado con el Recurso de Protección Chileno”, X *Revista Ius et Praxis* N° 2 (2004).

Por último, repito que nuestra Magistratura tiene que cuidar las relaciones con los Tribunales Superiores en el tema, ganándose el espacio institucional respectivo. No es fácil lograr este objetivo por una Magistratura relativamente nueva y que ha absorbido tres atribuciones importantes que detenía la Corte Suprema, pero ya destaqué el curso promisorio que, al respecto, se sigue en el último tiempo.

## VIII. ADMISIBILIDAD DE REQUERIMIENTOS

### 1. Nociones Elementales

Recordemos que **admitir** es un verbo transitivo, denotativo de recibir, dar entrada y, más adelante, aceptar algo por quien se halla habilitado para hacerlo<sup>33</sup>. Consiguientemente, el sustantivo **admisión** se refiere al trámite previo en que se decide, pronunciándose acerca de aspectos de forma o motivos de evidencia, si ha o no lugar a seguir sustanciando ciertos recursos, reclamaciones o, como en la especie que me ocupa, requerimientos<sup>34</sup>.

Fluye de lo escrito que la admisibilidad de un requerimiento presenta, al menos, las notas distintivas siguientes:

- Es un trámite esencial para la prosecución de esa acción;
- Puede recaer en aspectos de forma o fondo, no sólo los últimos;
- Se distingue de la declaración de procesabilidad o acceso del libelo a su análisis liminar, trámite anterior a la admisibilidad de aquél, cuyo sentido se halla en los artículos 31, 39 y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal;
- Tiene carácter preliminar, o sea, de umbral con respecto a los aspectos más sustantivos o de mayor complejidad adjetiva del requerimiento, de modo que no implica un estudio exhaustivo pero sí suficiente para emitir el pronunciamiento razonado de rigor;
- La decisión de ella se halla reservada a una sala del Tribunal;
- Está prohibido al pleno intervenir, como tal, para cualquier efecto;
- Esa sala, una vez evacuado su pronunciamiento, no puede alterarlo;
- No es una determinación condicional, provisional o tentativa ni susceptible de ser revocada para, en su lugar, dictar otra de sentido diferente u opuesto, de modo que la cosa juzgada surte el efecto correspondiente;

- Por último, la naturaleza de la admisibilidad y la prontitud con que debe ser decidida han de comparibilizarse con la certeza legítima y la oportunidad respectiva, rasgos que exigen otorgarle la tramitación más expedita posible.  
Prosiguiendo el análisis, útil es advertir que, a la fecha de esta monografía, habían ingresado casi trecientas acciones de esa índole, habiendo sido desestimado el 38% de ellas<sup>35</sup>.

### 2. Requisitos

Las condiciones o requisitos que han de concurrir para decidir el asunto se hallan en el artículo 93 inciso 1.º ya transcrito. De ellas, dos se refieren a la constatación de hechos objetivos y las demás presuponen un examen sustantivo.

Las dos primeras se refieren a la existencia de un asunto o gestión pendiente ante un órgano que ejerza jurisdicción, requisito que el Tribunal ha de comprobar o verificar mediante la exigencia, y subsecuente presentación oportuna, de la certificación competente; y al cumplimiento de los demás requisitos que establezca la ley v. gr., la formalización del requerimiento dentro de los plazos previstos para ello. La tercera y cuarta exigencia consisten en que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de aquel asunto o gestión; y que la impugnación esté fundada razonablemente, argumentándose con nitidez y precisión los motivos del requerimiento, demostrando la lesión infringida a la Constitución por la implementación del precepto legal reprochado.

A propósito del primero de los requisitos descritos, son numerosas las dudas que la sala ha de resolver. Por ejemplo: ¿el asunto o gestión pendiente ha de ser tal al momento de ser ingresado al Tribunal el requerimiento, o al instante de pronunciarse la sala sobre él? ¿y si se declara insusceptible de ser procesado pero vuelve al Tribunal con las observaciones subsanadas dentro del plazo, es en este último instante que el requisito tiene que ser cumplido? ¿y un trámite pendiente que, sin embargo, no alteraría la decisión adoptada, es suficiente para satisfacerlo?

Ciertamente, el examen de los cuatro requisitos resumidos tiene que ser hecho desde la Constitución y no a partir de la legislación que la complementa. Tan obvio supuesto hermenéutico resulta, pese a ello, no rara vez inobservado, planteando requerimientos fundados en la interpretación judicial de las leyes, con la meta de cambiarla.

<sup>33</sup> Real Academia Española: *1 Diccionario de la Lengua Española* (Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1995) p. 44.

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Memoria cit., pp. 34 ss.

### 3. Jurisprudencia

En los párrafos siguientes resumo<sup>36</sup> algunas ilustraciones de los criterios que las salas del Tribunal han seguido al respecto<sup>37</sup>, deteniéndome sólo en los más frecuentemente invocados y acogidos.

#### • Inexistencia de gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial

Debe constar de manera inequívoca la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial de la República. Y ese asunto o gestión ha de ser conducente a la resolución de la controversia en que incide el precepto legal impugnado. Así, por ejemplo, si se tuvo por desistido el recurso en el cual se solicita la inaplicabilidad; o bien, si sólo se acompaña copia de la demanda presentada, pues ello no basta para probar la existencia de la gestión pendiente. La condición analizada tiene que acreditarse al momento de ser ingresado el requerimiento a la secretaría de Tribunal Constitucional y mantenerse al pronunciarse la sala sobre su admisibilidad, una semana o varios días después de aquella recepción.

#### • No se explica cómo la aplicación del precepto puede resultar decisiva en la litis

Es el caso en que un requirente se limita a hacer referencia a un cuerpo legal en forma genérica, “sin precisar en modo alguno si el reproche de inconstitucionalidad se refiere a algunas de sus disposiciones —y cuáles serían ellas— o a su totalidad, de manera global, lo que resulta fundamental al momento de resolver el incidente de inconstitucionalidad”, circunstancia que lleva a que la sala respectiva tenga que declarar inadmisibile el recurso.

En otro fallo se dice que, “en consecuencia, se trata de una acción dirigida (el recurso de inaplicabilidad) en contra de normas legales determinadas, concernidas en una gestión jurisdiccional y que pueden resultar derecho aplicable en ella (...) Lo que se solicita es la declaración de inaplicabilidad del artículo 11 bis del Decreto Supremo N° 211 (...), dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le concede el artículo 32 N° 6 de la Carta Fundamental, esto es, una norma reglamentaria y no un precepto legal como lo exige el artículo 93 inciso 1° N° 6° e inciso 11° de la Constitución”.

También, el Tribunal ha dejado establecido que “la acción de inaplicabilidad es una vía inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas:

ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general, y de la sustanciación en particular, de las causas civiles y criminales, corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento”. Así, el Tribunal señaló que, “en suma, el recurso de autos no cumple los presupuestos procesales para su admisión. En efecto, no plantea concretamente la peticionaria una acción de inaplicabilidad de normas supuestamente inconstitucionales, sino que solicita una declaración de inconstitucionalidad en contra de una resolución judicial, planteando en definitiva asuntos de simple o mera legalidad que no se encuentran entregados al conocimiento y fallo de esta jurisdicción constitucional”. (énfasis en el original).

Se ha dejado claro, asimismo, que pretender, bajo el pretexto de un recurso de inaplicabilidad, que se interprete un precepto legal es una cuestión que escapa de la competencia, del Tribunal declara: “Que, en la presentación en análisis se solicita, como petición principal, la dicitación de una sentencia estimatoria interpretativa para determinar cuál es el verdadero sentido y alcance que debe darse en el juicio seguido entre la Tesorería General de la República y la CORFUCH a las normas que se indican”. Y “Que no se encuentra dentro de la atribución que el artículo 93 inciso 1° N° 6 de la Constitución le confiere a esta Magistratura en ejercicio de la jurisdicción constitucional, aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales. Ello constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado”.

En fin, se han desestimado solicitudes de nulidad que también exceden la competencia del Tribunal en lo que respecta al recurso de inaplicabilidad. En este sentido, se ha sostenido “Que, además, en la parte petitoria de la presentación se pide a esta Magistratura que se declare que todo lo obrado en la causa en que incide el requerimiento queda nulo de nulidad absoluta, debiendo anularse las resoluciones dicitadas en este proceso”. Y “Que, como puede apreciarse, lo anterior resulta del todo ajeno a un requerimiento de inaplicabilidad y excede la competencia que al respecto tiene esta Magistratura en conformidad a lo que dispone el artículo 93 inciso 1° N° 6 de la Carta Fundamental”.

#### • Impugnación no Fundada Razonablemente

El Tribunal ha declarado que “calificar que la impugnación esté fundada razonablemente (es una) condición que contiene —como exigencia básica— la aptitud del precepto legal objetado para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, cualidad que debe ser expuesta razonablemente. La

<sup>36</sup> Síntesis extraída de la Memoria cit., pp. 33 – 35.

<sup>37</sup> Consúltese la monografía de la profesora Marisol Peña Torres, Ministra del Tribunal Constitucional, presentada en las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, en noviembre de 2006, cuyas Actas se hallan en prensa.

forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada lógicamente, constituye fundamento indispensable de la acción ejercitada”.

El Tribunal ha señalado, asimismo, que ello “supone una explicación de la forma como se infringen las normas constitucionales. En efecto, el término *razonablemente*, de acuerdo a su sentido natural y obvio, supone la idea de *conforme a la razón y, adicionalmente, más que meridianamente*. Por su lado, *fundadamente*, importa una actuación realizada con fundamento y este término significa *razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa; a la vez que fundar es apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa*”.

También se ha dicho por nuestra Judicatura que, “para los efectos de declarar la admisibilidad, esta Magistratura debe calificar que la cuestión de constitucionalidad esté fundada razonablemente, condición que implica—como exigencia básica— la aptitud del o de los preceptos legales obiterados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de esta forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada”.

En semejante orden de ideas, “Esta Magistratura ha declarado, reiteradamente, que la exposición de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada y supone, asimismo, una explicación suficiente y una meridia motiva, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión concreta que se somete al Tribunal”.

Consecuente con las premisas resumidas, el Tribunal Constitucional ha pronunciado la inadmisibilidad de ciertos requerimientos de inaplicabilidad que no se encuentran fundados razonablemente, sobre la base de que su Ley Orgánica establece, en el artículo 39 inciso 1º, que “El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas”. Y conforme a lo anterior, el inciso primero del artículo 41 de la misma ley dispone que, “Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación”.

#### • Inprocedencia de la Inaplicabilidad Preventiva y Abstracta

Pronunciándose sobre la admisibilidad, el Tribunal ha ido aclarando la naturaleza de la acción o requerimiento respectivo, concluyendo que no es

susceptible de pronunciamientos preventivos ni abstractos. Así se desprende de la sentencia Rol 733-2007, cuyos considerandos 7º, 8º y 9º son los siguientes:

“Que el abogado (...) indica que se ha hecho parte en el recurso de protección deducido por el abogado (...) ante la Corte de Apelaciones de Valdivia—Rol 983-2006— y que, en tal calidad, ha apelado de la sentencia de primera instancia que rechazó aquella acción, a los efectos de que la Corte Suprema declare “que se revoca la sentencia recurrida y se acoge el recurso de protección principal de autos y, en mi favor particular, que en el futuro no se me nombre como abogado de turno por causas que se ventilen ante el Tribunal de Familia de la ciudad de Osorno”;

Que, asimismo, resulta claro que el actor, obrando de la forma que permite el artículo 20 de la Ley Fundamental, interpuso ante la jurisdicción competente una acción cautelar de naturaleza preventiva en su favor y, también, que la gestión en la que ésta incide se encuentra pendiente de resolución. Sin embargo, debe observarse que ello no lo habilita para solicitar a esta Magistratura una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo carácter preventivo, según se desprende del numeral 6º y del inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución;

Que, por otra parte, en cuanto concierne a la exposición de la forma en que los preceptos legales impugnados violentarían la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto que se ventila hoy ante la Corte Suprema, el requirente entrega argumentaciones que no se avienen con el objeto y la naturaleza concreta de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (...). Las referidas argumentaciones se acercan, más bien, a una declaración de inconstitucionalidad de índole abstracta, prevista en el N° 7º del artículo 93 de la Carta Política;”

#### • Incumplimiento de los Demás Requisitos Legales

El Tribunal, encontrándose pendiente la dicitación de la nueva Ley Orgánica que regulará, entre otros rubros, la tramitación de la acción de inaplicabilidad, sobre la base del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución y del principio de inexcusabilidad, ha entendido que con respecto a los “demás requisitos legales”, que deben concurrir para la admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad, la

remisión debe ser entendida a los requisitos que establece el artículo 39 de la Ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en relación al control facultativo de constitucionalidad asignado a esta Magistratura.

#### Recapitulación

En sentencia fechada el 28 de diciembre de 2006 (Rol N° 693 – 2006), la primera sala del Tribunal resumió varios de los criterios sostenidos por nuestra Magistratura en relación con la admisibilidad de requerimientos, característica de ese fallo que justifica reproducir aquí sus considerandos 6° y 7°:

“6°. Que, conforme a lo expuesto precedentemente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, lo que en este caso se da como consecuencia de la tramitación del juicio criminal individualizado en el considerando primero; b) que la acción de inaplicabilidad sea ejercida por el juez que conoce del asunto o por alguna de las partes del juicio, que en este caso es precisamente el peticionario; c) que se impugne la constitucionalidad de un precepto legal, que en la especie son los artículos 451 a 491, 492 a 509 bis y, en subsidio, los artículos 451 y 499, todos del Código de Procedimiento Penal; d) que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución del asunto; y e) que esté fundada razonablemente la contravención de la Carta Fundamental por la norma legal impugnada:

7°. Que, con respecto a la exigencia indicada en la letra e) del considerando precedente, esta Magistratura ha declarado reiteradamente que la exposición de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada y supone, asimismo, una explicación suficiente y una merdiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión concreta que se somete al Tribunal.”

A las características señaladas cabe añadir, como fue ya advertido, que la inaplicabilidad es inconciliable con pronunciamientos preventivos y abstractos, de mera certeza, como consta en el fallo Rol N° 733, fechado el 21 de marzo de 2007, transcrito en páginas anteriores.

#### 4. Puntualizaciones Adicionales

Retorno al rema de este párrafo reiterando que pronunciarse sobre la procesabilidad y admisibilidad de un requerimiento es una competencia exclusiva de cada sala. Agregó ahora que su distribución entre las dos salas la efectúa el Presidente del Tribunal con sujeción al autoacordado respectivo<sup>38</sup>, es decir, equitativamente entre las dos salas de la Magistratura; y que se conoce y decide en cuenta, modalidad que la ley en trámite reemplaza imponiendo la vista de la causa, con relación y alegatos.

Fue ya advertido que la admisibilidad no puede ser confundida con la procesabilidad de un requerimiento. La comparación de una y otra permite puntualizar que el examen de procesabilidad es anterior al de admisibilidad; y que se apoya en la aplicación del artículo 41 inciso 2° de la Ley Orgánica vigente, vale decir, dar a los interesados el plazo de tres días para subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Se ha obrado así sobre la base de hacer nuestra cierta disposición favorable al control de supremacía, coherente con el acceso razonable de los afectados a la Magistratura encargada de velar por ese principio. En otros términos, animados del designio mencionado hemos efectuado la distinción entre procesabilidad y admisibilidad del requerimiento.

Por último, hemos concluido que, desestimada una acción por vicios de forma, no existe obstáculo jurídico para que sea planteada de nuevo con las correcciones debidas. Correlativamente, por consiguiente, esa facultad es improcedente cuando la resolución recayó en vicios de fondo.

### IX. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El paso de la inaplicabilidad a la inconstitucionalidad es inédito en nuestro Derecho, circunstancia que suscita diversas conjeturas: ¿se hará mediante acción popular o sólo pública? ¿sin cumplir requisito alguno quien la pida? ¿tendrá el Tribunal que satisfacer determinadas exigencias si obra de oficio? ¿serán esas exigencias las mismas o parecidas a las que rigen la admisibilidad en el caso de la inaplicabilidad?<sup>39</sup> ¿qué significa carecer de efecto retroactivo la sentencia estimatoria respectiva? ¿puede encontrarse la respuesta diferenciando la nulidad,

<sup>38</sup> Publicado en el Diario Oficial de enero de 2006 y modificado por el autoacordado difundido en ese Diario el enero de 2007.

<sup>39</sup> Véase Humberto Nogueira Alcalá: “La Ampliación de las Competencias Normativas de Control de Constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la Ampliación de la fuerza Normativa de sus Sentencias de Acuerdo con la Reforma Constitucional de 2005”, X Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2006) pp. 241 ss.

por un lado, de la inconstitucionalidad, de otro? El proyecto aducatorio de la legislación orgánica del Tribunal hoy en trámite resuelve algunas de tales interrogantes<sup>40</sup>, pero no todas<sup>41</sup>.

Para avanzar en el análisis se torna imperativo transcribir el texto del artículo 93 inciso 1º N° 7 e inciso 12º del mismo artículo de la Constitución:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...)

7º: Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

(...)

En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para acuar de oficio.

La reflexión sobre las interrogantes planteadas despierta inquietudes adicionales: ¿sería sensato establecer filtros, en especial para la acción pública? Si la respuesta es afirmativa ¿pueden razonablemente repetirse los requisitos previstos para la declaración de admisibilidad, tratándose ahora de la inconstitucionalidad de preceptos legales o, por el contrario, la inconstitucionalidad involucra cuestiones abstractas y que inciden en la subsistencia general de un precepto legal, asunto que atañe al sistema normativo? ¿cuánto repercute la seguridad jurídica en las respuestas a tales interrogantes? En problemas más circunscritos ¿cuándo debe el Tribunal considerar preparado el pronunciamiento de rigor? ¿es una cuestión cuantitativa, quiero decir, relativa a la reiteración de requerimientos y sentencias que versan acerca del mismo

precepto o, alternativamente, resulta razonable realzar el aspecto cualitativo, representativo de la gravedad de la vulneración de ese precepto al Código Político, independientemente del número de acciones deducidas? Asumiendo que la inaplicabilidad es el presupuesto de la inconstitucionalidad, ¿cuáles son las diferencias esenciales entre una y otra, más allá de las disimilitudes obvias pertinentes a los efectos que llevan consigo? Por último ¿es sostenible la inhabilidad de Magistrados a raíz de haberse ya pronunciado, v. gr., por desestimar la inaplicabilidad correspondiente? ¿y cuál es, práctica o concretamente, el alcance de la prohibición de efecto retroactivo para nuestras sentencias?<sup>42</sup>

Imperativo es destacar determinadas características de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad, v. gr., que ella es de pronunciamiento eventual; que cabe dicitarla cuando las hipótesis interpretativas que fluyen del precepto legal objetado se hallan, razonable y completamente, decididas en los fallos pronunciados con anterioridad; en fin, que siempre ha de ser respetada la cosa juzgada formal y materialmente entendida, de manera que los trámites y resoluciones ejecutoriados ya en el asunto o gestión pendiente de rigor, no sean alterados por un pronunciamiento ulterior.

Útil es observar que el asunto fue ya decidido, por vez primera<sup>43</sup>. Trátese de un acontecimiento en el Derecho chileno, pues desde la notificación de ese fallo el precepto legal tachado quedó derogado. Como rango y sustancia normativa, la ley se reubica así en la jerarquía preceptiva, subordinada a los valores, principios y normas de la Carta Política<sup>44</sup>. Inserto a continuación los considerandos 6º, 7º, 8º, 23º y 25º inciso 6º de la decisión, dictada de oficio, por nuestra Magistratura:

“Que, tal como consta en los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005, materializada a través de la Ley N° 20.050, el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley. A juicio de esta Magistratura, la situación *sub*

<sup>42</sup> Jesús M. Casal H.: “La Cosa Juzgada en los Procesos Constitucionales”, en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución. Garantismo y Control. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos* (Buenos Aires, EDIAR, 2003) pp. 863 ss.; y Juan Colombo Campbell: “Las Sentencias Constitucionales: Tipología y Efectos”, en Humberto Noguera Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina. Presente y Prospectiva* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 263 ss.

<sup>43</sup> Sentencia pronunciada el 26 de marzo de 2007 (Rol N° 681), publicada en el Diario Oficial el día 29 del mismo mes y año.

<sup>44</sup> Andrea Griepi: *Concepciones de la Democracia en el Panamienno Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 31 ss.

<sup>40</sup> Consultese, v. gr., los artículos 32 letra C, 33 letra A y 33 letra B del proyecto citado en *supra*, nota 6 de esta monografía.

<sup>41</sup> Ilustro este repago mencionando lo dispuesto en los artículos 47 letra P y 47 letra Q del proyecto señalado en la nota anterior.

*lie* afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica que, tal y como ha sido precisado en su jurisprudencia, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho cuya custodia la Carta encomienda a este órgano de control constitucional.

Que, según este Tribunal ha recordado, la jurisdicción, entendida en la forma explicada en el considerando décimo sexto, constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado. Tal conclusión se desprende inequívocamente del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental (...). En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución indica (...). Cabe advertir que este Tribunal ha precisado que dentro del concepto de causas civiles se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que, como las reclamaciones tributarias, se susciten y sean resueltas por autoridades que estén ejerciendo jurisdicción afectando los derechos de las personas. (Sentencia de 22 de noviembre de 1993, Rol No 176, considerando 6º).

Que, desde el punto de vista explicado, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5 de la Constitución al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador; en el artículo 115 del mismo Código, y que se traduce en el ejercicio de la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias que deduzcan los contribuyentes. Ello importa, indudablemente, un conflicto de intereses de relevancia jurídica y que sólo puede ser resuelto por los tribunales establecidos por la ley y por los jueces designados por ella.

(...)

Que, en el mismo sentido, el aludido artículo 116 del Código Tributario, al posibilitar una delegación de facultades jurisdiccionales abiertamente inconstitucional, transgrede asimismo el artículo 6 de la Carta Fundamental, que ordena en forma perentoria, en su inciso primero, que (...). La consagración del principio de supremacía de la Constitución en la norma transcrita encuentra su adecuado complemento en la norma contenida en el inciso segundo del mismo artículo, que expresando el principio de vinculación directa de la Carta Fundamental señala (...).

(...)

Que, por otra parte, la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente.

El referido principio se desprende, en primer término, del artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución (...).

## X. PROCESO DE INAPLICABILIDAD

Conviene recapitular la tramitación respectiva, para lo cual es sumo adecuado distinguir los tres tópicos siguientes: fase inicial, suspensión del procedimiento y tramitación de la inaplicabilidad.

### 1. Fase Inicial

Ingresado un requerimiento, llamado así en la Constitución y no acción ni recurso, tiene que ser puesto en conocimiento del Presidente del Tribunal con los antecedentes de rigor para que proceda, con sujeción al autoacordado correspondiente, a distribuirlo en una de las dos salas. En cada una de éstas se procede al examen de los presupuestos procesales, v. gr., mandato judicial legalmente conferido, presentación correcta del escrito, invocación de los preceptos constitucionales y legales atinentes e ingreso de él en el plazo debido. Esta revisión puede derivar en el rechazo del requerimiento, según el cúmulo y entidad de los reparos constatados. Entonces, es devuelto para que el requirente, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la comunicación, subsane los defectos o complete los antecedentes omitidos<sup>45</sup>.

Por el contrario, si la sala reputa, desde ya, cumplidos aquellos presupuestos, devuelve los autos al Presidente, para que confiera traslado a los órganos constitucionales interesados. Estos disponen de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal los antecedentes y observaciones que estimen necesarios. Nuestra Magistratura puede acceder o no a la ampliación de ese término, atendida las circunstancias.

Realce merece la labor del Presidente del Tribunal para lograr la coordinación y uniformidad en las decisiones de admisibilidad por las salas. En definitiva y prácticamente, sin embargo, el asunto ha sido analizado por el

<sup>45</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

pleno, pero para dar sólo su opinión, porque está conciente que se trata de una competencia exclusiva de cada sala.

Asunto relevante es determinar la naturaleza jurídica de la resolución sobre admisibilidad. Contesto afirmando que hemos culminado, sin vacilaciones, que se trata de una sentencia interlocutoria, pero insusceptible de recurso alguno<sup>46</sup>. Tales decisiones son fundadas y absorben parte importante del tiempo que la sala dedica a cumplir su labor.

## 2. Suspensión del Procedimiento

Frecuentemente, el requerimiento incluye, en un otrosí, la solicitud de suspensión del procedimiento. Cabe detenerse a examinar el momento en que se pide y los criterios adoptados por las salas para decidirla. Además ¿incumbe a la sala hacerlo o, por el contrario, a la Corte de Apelaciones respectiva en las acciones constitucionales de carácter tutelar de los derechos fundamentales; ¿qué repercusión tiene en el requerimiento de inaplicabilidad una suspensión ya dada por esas Cortes?

Personalmente, no dudo que la suspensión aludida tiene que ser decidida por las Cortes conociendo del asunto que les está sometido; pero agregó que, admitido el requerimiento respectivo, resolver la petición es competencia de cada sala del Tribunal, puesto que a éstas les corresponde pronunciarse sobre todo lo vinculado con la procesabilidad y admisibilidad del libelo.

## 3. Tramitación

Evacuados los traslados respectivos, o sin ellos una vez vencido el plazo ya indicado, el Presidente dispone que la causa sea puesta en conocimiento del pleno. Este fija el día y hora de la vista correspondiente, incluyéndola en un calendario que es confeccionado mensualmente.

A propósito de la vista de la causa ¿cabén rectificaciones de hecho de unos alegantes con respecto a lo dicho por los otros? Excepcionalmente han sido aceptadas, teniendo presente que la inaplicabilidad no es ya una acción abstracta. Adicionalmente, la interacción de los Ministros con los abogados alegantes ha suscitado comentarios aprobatorios, porque denota la interiorización de los Magistrados y alerta a los letrados a prepararse y argumentar claramente.

Dependiendo de la complejidad del asunto, el acuerdo que lo resuelve se adopta en una o varias sesiones destinadas al efecto. Allí se decide también cuál

será el Ministro ponente o redactor, incluyendo al Presidente, quien no está eximido de hacerlo.

Firmada la sentencia se notifica a las partes e interesados, procediéndose a su difusión por la página web del Tribunal. Esta es, afortunadamente, cada día más visitada.

## 4. Jurisprudencia

La doctrina que fluye en el tema se aparta, en parte, del pensamiento tradicional, revelando la disposición resuelta del Tribunal a pronunciarse sobre vicios de forma o de fondo, sin quedarse en cuestiones abstractas ni exegéticas. De la **Memoria 2006** ya citada, extraigo una selección de fallos, reproduciéndolos sólo en sus considerandos medulares.

• **Sentencia Rol N° 464, fechada el 31 de enero de 2006.**

En ella, el Tribunal declaró:

“Que, como puede apreciarse, de una primera lectura de las normas reproducidas en los acápites precedentes, deriva una aparente pugna entre lo preceptuado en el artículo 68 de la Constitución, de una parte, y lo prescrito por el artículo 127, de la otra, ya que dichas normas establecen quórum diferentes e inconciliables. (...) En cambio, tal contradicción no se observa, en cuanto a que el artículo 127 inciso tercero hace aplicables a los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley y es indudable que el artículo 68 regula un asunto atinente a dicha materia;

Ante esta **supuesta oposición** entre dos normas de la Constitución, la cual, por su esencia, regula en forma clara la coexistencia política y la convivencia pacífica de las personas y grupos, un imperativo de hermenéutica constitucional impone al intérprete, **optimizar** la preceptiva y esforzarse en conciliar las normas en juego. (...).

Que, los criterios de interpretación para lograr tal propósito son varios, de los cuales merecen ser mencionados los siguientes: la “interpretación axiológica” que exige que la Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; (...) el “finalista o teleológico” que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance; (...) y en fin, entre otros muchos, “el de la unidad de la Constitución”;

Que por su directa atinencia con el caso en estudio, la regla que resulta mas apropiada emplear en esta ocasión es la de la “unidad de la Constitución”. Dicho criterio de hermenéutica constitucional ha sido expresado por este Tribunal, desde el 24 de septiembre de 1985 hasta hoy reiteradamente, en los siguientes términos: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de

<sup>46</sup> Artículo 158 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil.

manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”;

“Que corolario de lo expuesto en los considerandos anteriores, es que el artículo 68 de la Constitución se aplica a las reformas constitucionales; pero que, interpretando tal norma acorde con lo prescrito en el artículo 127 inciso segundo de la misma, el quórum que rige para ese precepto —el artículo 68—, en el caso *sub-lite*, es el de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, tanto en la Cámara revisora como en la de origen, para la respectiva aprobación del proyecto de reforma constitucional. De esta manera, la aparente contradicción se desvanece y la Constitución cobra aplicación armónica en toda su majestad”.

• **Sentencia Rol N° 465, fechada el 31 de enero de 2006.**

**En ella el Tribunal declaró:**

“Que, de lo considerado precedentemente se desprende, con nitidez, que al consagrar el deber del Estado de promover la educación parvularia, el Poder Constituyente Derivado tuvo clara conciencia de tratarse de un nivel educativo cuyo desarrollo comprende diversas etapas, fases o niveles, dejando expresa constancia de ello y omitiendo efectuar, en el Texto Fundamental, referencias a ellas, por estimar que no era propio de la Constitución hacerlo, dejando entregado, por eso, a normas de menor jerarquía la determinación de esta materia técnica.

Que la norma reglamentaria cuestionada en este capítulo, al definir los diversos niveles que comprende la educación parvularia, no establece un requisito adicional para el reconocimiento oficial de los establecimientos que imparten esa enseñanza, lo cual le estaría vedado por mandato del párrafo final del N° 11 del artículo 19 de la Ley Fundamental, sino que se limita a desarrollar y pormenorizar, en su detalle técnico, los niveles ya previstos por el Poder Constituyente y por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, no como requisito de reconocimiento oficial sino en cuanto una particularidad propia de la educación parvularia.

Que esta Jurisprudencia no viene sino a reiterar lo que señalara en sentencia de 26 de junio de 2001, en autos rol N° 325, en cuyo considerando 38° se expresó: “38°. *Que, como se advierte, estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. (...).*”

Que tratándose del desarrollo del ejercicio de los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico, si bien la intervención de la potestad reglamentaria subordinada de ejecución no está proscriba, su procedencia exige la concurrencia de ciertas condiciones, como se explicara en el considerando 40° de la sentencia de 26

de junio de 2001, Rol N° 325.

Que al reglamentar el requisito contemplado en la letra c) del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el Presidente de la República ha ejercido legítimamente su potestad reglamentaria subordinada de ejecución, limitándose a dar cumplimiento al mandato legal establecido en el inciso final de la citada disposición, no correspondiendo a esta Magistratura examinar la legalidad del acto administrativo mediante el cual cumplió el referido mandato, ni pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de la forma en que lo hizo.

Que las normas reglamentarias que regulan el otorgamiento del reconocimiento oficial de los establecimientos de enseñanza parvularia, básica y media, incluyendo la disposición obviada, sin perjuicio de cumplir con sus finalidades propias, contribuyen a afirmar un principio constitucional fundamental, cual es la igualdad ante la ley asegurada en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Política, pues, al reducir el margen de discrecionalidad e impedir que gocen de este reconocimiento quienes no cumplen con los requisitos legales o no se ajusten a un mismo y objetivo procedimiento, están dificultando que se concedan privilegios injustos o se impongan arbitrariedades”.

• **Sentencia Rol 480, fechada el 27 de julio.**

**En ella, el Tribunal declaró:**

“Que, en la especie, la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 en relación al 19 N° 26 y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental. Para llegar a esta conclusión basta aceptar la premisa de que las normas que establecen deberes y vinculan sanciones a su incumplimiento, como las descritas en las letras a) y b) del considerando tercero que antecede, limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita. En efecto, todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada. En la especie, quien desarrolle una actividad de generación, transporte o distribución eléctrica deberá hacerlo de manera “interconectada” y “coordinada”, según lo regula el artículo 81 de la “Ley Eléctrica”, bajo amenaza de las sanciones establecidas en el artículo 16 y 16 A, a aplicarse por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 15, ambos de la Ley N° 18.410. De este razonamiento resulta ineludible concluir que los artículos impugnados como inconstitucionales regulan, para el caso, el ejercicio de una actividad económica lícita.

Que, como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria no se encuentra entonces excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede

regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. Como lo afirma la doctrina especializada. "... por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades dudadas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales." (Cea Egaña, José Luis, los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena: *Rev. de Derecho de la Universidad de Valdivia*, dic. 1998, Vol. 9, No. 1, pp. 65-104).

Que, de igual forma, de los considerandos anteriores debe seguirse que la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida por la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionatoria de la Administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autonomía, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones.

Que este Tribunal Constitucional considera que, para la gestión pendiente, esta descripción del núcleo esencial del deber a través del verbo rector "coordinarse", explicitado a través de finalidades públicas lícitas que ayudan a entender su sentido y alcance y cuyo incumplimiento ha sido considerado como agravado en conformidad a los efectos que describe el artículo 15 de la Ley N° 18.410, resulta suficiente y, en consecuencia, no hará reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al precepto del artículo 81 del D.F.L. 1 de 1982".

• **Sentencia Rol N° 521, fechada el 1 de agosto de 2006.**

**En ella el Tribunal declaró:**

Que, al disponer el proyecto de ley en examen que tratándose de la autorización previa de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago para que la Unidad de Análisis Financiero requiera antecedentes amparados por el secreto o reserva, o que provengan de personas no contempladas en el artículo 3° de la Ley N° 19.913, "El ministro resolverá de inmediato", se configura una situación que se opone a la dedicación y reflexión indispensables que un asunto de naturaleza tan delicada y compleja, como es autorizar una excepción a la reserva o al secreto de determinados antecedentes, amerita por parte del órgano que ha de cumplir el control heterónimo

fundamental para asegurar el debido resguardo de los derechos involucrados. Lo anterior, porque, tal como la misma norma analizada precisa, "Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos". De ello se deriva, precisamente, que el Ministro de Corte de Apelaciones que ha de otorgar la autorización previa para el examen de los antecedentes a que alude la primera parte del inciso segundo de la letra b) que se agrega al artículo 2° de la Ley N° 19.913, debe realizar un examen acabado y minucioso de los antecedentes que se relacionan con una operación sospechosa. Lo anterior con el objetivo de verificar que se cumplen los supuestos que justifican hacer una excepción al secreto o la reserva. Dichos supuestos no pueden ser otros que los que se desprenden del artículo 1° de la Ley N° 19.913, esto es, la necesidad de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el actual artículo 19 de ese mismo cuerpo legal".

• **Sentencia Rol N° 478, fechada el 8 de agosto de 2006.**

**En ella, el Tribunal declaró:**

Que la finalidad de la autorización jurisdiccional para enjuiciar a un parlamentario se cumple de la misma forma en toda clase de delitos, y no puede ser restringida a una categoría de ellos porque la ley procesal confiera a su persecución una regulación diversa. Tampoco la historia del establecimiento de la norma permite excluir a los delitos de acción privada, en cuanto el punto no fue deliberado y la discusión giró sólo sobre la terminología usada inicialmente en el mensaje, referida a la formación de causa, que primó sobre la surgida en el debate, que aludía a la formalización de la instrucción o investigación. Por ende, debe entenderse a la acusación en un sentido amplio, como toda imputación de carácter penal -la que deriva del ejercicio de cualquier acción penal- y al acusado, como todo imputado. El desahucio concierne, entonces, a toda clase de delitos, independientemente de los rituales y de la modalidad de ejercicio de la acción.

Que el artículo 93 número 6 de la Constitución confía al Tribunal Constitucional la atribución de resolver acerca de "la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución". El precepto revela que la magistratura constitucional no está compelta a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad "comparecen tres elementos de cortejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si "en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado

*pueda generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella...". Por eso, "puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional"* (Lautaro Ríos Álvarez, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", N° 1, páginas 77 y 78).

Que de conformidad a lo expuesto, en estricta aplicación del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios, debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto.

Que carece de relevancia que las partes puedan aportar sus probanzas en el juicio criminal mismo, porque éste es un conflicto jurídico posterior al proceso de desafuero, que puede provocar efectos tan trascendentes como la suspensión del cargo del parlamentario y que amerita, *per se*, un procedimiento e investigación racionales y justos. Asimismo, si bien en los delitos de acción privada la investigación está ligada fundamentalmente a la actividad de las partes, su existencia no deja por ello de ser una condición insoslayable para que el proceso se desenvuelva adecuadamente. Las circunstancias anotadas adquieren mayor relevancia en este caso, considerando que se juzga un delito -como el de injurias- que exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo cuyo examen trasciende ordinariamente un control de tipicidad simplemente formal".

• **Sentencia Rol N° 472, fechada el 30 de agosto de 2006.**

**En ella, el Tribunal declaró:**

Que del texto del artículo 93 N° 6 como del inciso undécimo de esa misma norma se desprende, inequívocamente, que la exigencia para que proceda un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se refiere a que exista "un precepto legal" cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, de lo cual se infiere que debe tratarse de un precepto legal que se encuentre vigente, con independencia de si dicha vigencia se produjo antes o después que la de la Carta Fundamental. Esta interpretación resulta ser la única que se concilia con el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6°, inciso primero de nuestro Código Político".

Que, según puede observarse de la lectura del precepto transcrito, la Carta Fundamental no ha establecido diferencias en relación con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente que "pueda resultar decisiva

en la resolución del asunto".

Que de los preceptos transcritos se aprecia que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, en el territorio que les corresponde, ejercen funciones de carácter jurisdiccional entendida la jurisdicción, al decir de este Tribunal, como "el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir." (Sentencia Rol N° 346, de 8 de abril de 2002, considerando 43°) (...).

Que en la especie, la potestad que el artículo 116 del Código Tributario permite ejercer a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos es la de "conocer y fallar reclamaciones y denuncias" actuando "por orden" de tales autoridades. Como nadie puede delegar facultades que no posee, debe entenderse que lo que se delega, en este caso, son las facultades conferidas a los propios Directores Regionales, por el artículo 115 precedente, en orden a conocer, en primera o única instancia, según proceda, de las reclamaciones y denuncias deducidas por los contribuyentes por infracción a las disposiciones tributarias. En consecuencia, la delegación realizada por el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos en el funcionario de esa repartición, don (...), mediante Resolución Exenta N° 135 de 1998, se refiere a facultades jurisdiccionales, en los términos establecidos en el considerando décimo quinto de esta sentencia, descartándose la hipótesis de una delegación de atribuciones administrativas, en la medida que lo delegado son las facultades de "conocer y fallar" reclamaciones tributarias. Debe observarse que esta terminología reproduce aquella utilizada por el artículo 76 inciso primero de la Constitución, que consagra, precisamente, los momentos de la jurisdicción que se confía en forma privativa a los tribunales de justicia. Consecuentemente, quien posee jurisdicción para conocer y fallar, como juez especial de carácter tributario, las reclamaciones de esa naturaleza es la persona del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos. Otros funcionarios del Servicio que hoy se desempeñan como jueces y, como tales, ejercen funciones jurisdiccionales lo hacen en base a la delegación que les efectúa el aludido Director Regional, al amparo del artículo 116 del Código Tributario, que está precisamente objetado en el requerimiento que se analiza. Así, debe descartarse lo argumentado en estrados por el Servicio de Impuestos Internos en el sentido de que la referida norma legal crea un tribunal con anterioridad faltando sólo que el Director Regional designe a la persona que desempeñará tal función. Debe recordarse, en este sentido, que lo propio de la jurisdicción es la función en que consiste y no el órgano que la ejerce. Así, otros funcionarios del Servicio de Impuestos Internos no tienen tal carácter por no ejercer jurisdicción ni pueden ser de los llamados "jueces", sino hasta que se produce efectivamente la delegación, por parte del Director Regional, que es el órgano

legalmente facultado para ejercerla.

Que en esta línea de razonamiento, si la facultad de conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias confiada a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos por el Código Tributario, no puede ser constitucionalmente delegada, la dicitación de la Resolución Exenta N° 135 de 1998, mediante la cual se autorizó al funcionario de ese Servicio, don (...), para conocer y fallar reclamaciones tributarias, en carácter de juez, como la planteada por el requirente, vulnera lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental en relación con el artículo 76 inciso primero, de ella. “Cabe advertir que este Tribunal ha precisado que “*dentro del concepto de “causas civiles” a que se refiere la disposición preinserta, se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que se pueden suscitar, y que deben resolver autoridades que si bien no están insertas dentro de los tribunales que regula el Código Orgánico de Tribunales, están ejerciendo jurisdicción y resolviendo cuestiones que afectan los derechos de las personas”*. (Sentencia de 22 de Noviembre de 1993, Rol N° 176, considerando 6°)”.

Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental.”

• **Sentencia Rol N° 468, fechada el 9 de noviembre de 2007.**

**En ella el Tribunal declaró:**

Que el texto definitivo del artículo 19 N° 3 inciso final, de la Constitución, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la expresión “completamente”, ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión “expresamente” frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal. En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquella. Esta misma Magistratura señaló, en sentencia Rol N° 24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente: “Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se base en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra

norma emanada de una instancia disjunta de la legislativa”. La Corte Suprema, en fallo Rol N° 4790-2002, de fecha 16 de julio de 2002, declaró: “Que la exigencia establecida por el constituyente en el inciso final del artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, pareciera que pretende excluir constitucionalmente las denominadas, en doctrina, leyes penales en blanco, en que la determinación de las conductas punibles queda, en ocasiones, entregada a los organismos o autoridades administrativas, encontrándose relacionadas con la potestad reglamentaria. Sin embargo, el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución lleva a la conclusión que lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de la tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición absoluta a la existencia de las leyes penales en blanco.”

Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19 N° 3 inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aún cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajustan a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad.

Que, no obstante las opuestas interpretaciones presentes en el debate jurisdiccional expuesto, es indudable que una calificación nítida para el precepto bajo examen fluye de dos principales argumentos doctrinarios. Por una parte, se admite que la expresión “deje de cumplir sus deberes militares” es equivalente a describir el “núcleo central de la prohibición”, para utilizar el concepto jurisprudencial constitucional español, tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerán sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento. Por otra parte, la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio cuerpo legal (Código de Justicia Militar al disponer el inciso primero de su artículo 431: “El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.” Fundado en esta norma, se encuentra vigente el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N° 1.445, de fecha 14 de diciembre de 1951, con modificaciones,

cuyo Capítulo I, integrado por 28 artículos, se denomina “De los Deberes Militares”. Con todo, esta remisión legal al Reglamento se cuestiona tanto por el rango de esta norma como por la debilidad de cognoscibilidad o de conocimiento claro acerca de la conducta punible, tomando en cuenta que no consta la publicación en el Diario Oficial del mencionado Decreto Supremo 1.445, seguida a su dicitación.

Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas”.

• **Sentencia Rol N° 546, fechada el 17 de noviembre de 2006.**

**En ella el Tribunal declaró:**

“Que de lo razonado en el motivo precedente se desprenden, además, otras consecuencias inevitables del alcance que el Poder Constituyente ha atribuido, con la reforma de 2005, a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal. En efecto, en primer término, debe precisarse que la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando en ejercicio de la facultad que a este Tribunal confiere el N° 6 del artículo 93 de la Carta Fundamental, en relación con su inciso undécimo, se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea *per se* inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciera, contrario a la Constitución.

Lo indicado explica que el Poder Constituyente haya distinguido con claridad entre esta acción constitucional y la consagrada en el N° 7 del artículo 93, que procede únicamente si el precepto declarado inaplicable en uno o más casos concretos adolece, también, de una contradicción completa y universal con la Constitución, que justifique su expulsión del ordenamiento jurídico, materia que encomienda sopesar y resolver a esta Magistratura, con quórum calificado, de oficio o a petición de cualquier persona.

Corolario de todo ello es que en casos como estos, de sentencias recaídas en

procesos sobre inaplicabilidad pronunciadas por esta Magistratura, no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto, ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales *per se*, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional.

Que las consideraciones expresadas en los motivos precedentes son especialmente pertinentes tratándose de la denominada regla “*salve et repere*”, esto es, pague primero una parte o toda la obligación impuesta, aplicada por la autoridad fiscalizadora, para posteriormente acceder a la jurisdicción, que es lo que en sustancia impugna la acción deducida en estos autos, pues si bien es cierto que, en una primera impresión, el establecimiento de una exigencia que puede interpretarse como barrera de acceso a la justicia, no aparece como razonable ni ajustada a la seguridad que ofrece la Carta Fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas y al debido proceso legal, como, asimismo, que la tendencia legislativa ha sido, precisamente, extirpar todo obstáculo al libre ejercicio de las acciones judiciales, no lo es menos que, atendida la diversidad de situaciones que se presentan en la vida moderna y a la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en sí misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este Tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución, sea por quebrantar los derechos de acceso a la justicia y, consecuentemente, la garantía de un juicio justo, sea por impedir o entorpecer, más allá de lo razonable o en forma discriminatoria o arbitraria, otro derecho fundamental.

Que la Constitución autoriza, en ciertos casos, que el legislador regule, complemente o limite el ejercicio de los derechos fundamentales, motivo por el cual esta Magistratura se ha preocupado de precisar el límite que la Carta Fundamental tolera, tratándose de la regulación o limitación de un derecho fundamental.

De la propia jurisprudencia constitucional se extrae que se “impide su libre ejercicio” cuando el legislador entorpece un derecho “más de lo razonable” o lo hace en forma “imprudente”. El Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo “en forma prudente y dentro de las limitaciones razonables.” (considerando 28°, Rol N° 280).

Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben

establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47°).

El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejercitarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular (...).

Que de lo razonado en todos los motivos precedentes y jurisprudencia citada debe concluirse que, en el caso de autos, la aplicación de lo establecido en el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980, en cuanto impone como condición para reclamar de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros al requirente, la consignación previa de 25% de la multa, no resulta contraria a la Constitución, y así se declarará.

La exigencia de consignar un porcentaje de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros para reclamar de ella ante un órgano jurisdiccional no puede, en este caso, estimarse atentatoria de la garantía constitucional del acceso a la justicia, consagrada en el numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y en el artículo 76 de la misma, por cuanto ella resulta perfectamente conciliable con la regulación de un procedimiento racional y justo para su logro. En efecto, tal requisito no puede calificarse como una limitación irracional o arbitraria al ejercicio del derecho del requirente a recurrir ante la justicia ordinaria para que revise el acto impugnado, toda vez que el mismo tiene una justificación clara en el propósito de evitar que la determinación sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros sea dilataada sistemáticamente en su ejecución por el expediente de recurrirla ante el tribunal competente, aun sin basamento plausible. Por lo demás, en el caso de prosperar la reclamación del afectado ante el órgano jurisdiccional, el monto de lo consignado se le restituirá con la correspondiente actualización monetaria.

Para arribar a esta convicción se han ponderado las normas involucradas, teniendo en especial consideración los criterios teleológicos, sistemáticos y jurisprudenciales de interpretación utilizados invariablemente por el Tribunal Constitucional, concluyendo que la aplicación del precepto legal cuestionado no resulta, en este caso, contraria al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, asegurados por el N° 3 del artículo 19, pues, como se desprende del mérito de este proceso, el precepto impugnado no ha impedido al requirente el libre ejercicio de su derecho a reclamar ante el juez competente de la multa, ni le ha impuesto condiciones que le resultarían intolerables, arbitrarias, imprudentes o irrazonables.”

• **Sentencia Rol N° 541, fechada el 26 de diciembre de 2006.**

En ella, el Tribunal declaró:

“Que, no obstante los términos literales en que está concebida la norma objetera, ella no contempla propiamente una indemnización compensatoria -en cuanto no se vincula exactamente a la reparación del perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento-, sino que consagra una pena civil.

Que el requerimiento critica la norma desde el punto de vista que “no se ajusta a los cánones establecidos en la legislación que configura el estatuto de la propiedad, pudiendo llegar a constituir un enriquecimiento injusto, desde que no responde a la existencia de un daño.

El enriquecimiento sin causa no se encuentra contemplado como una institución singular en el Código Civil; pero hay figuras que se inspiran en él, tales como las prestaciones mutuas, la accesión, la nulidad de actos de un menor. Con todo, doctrinariamente y como regla implícita en la legislación, constituye un requisito indispensable de la acción in rem verso la carencia de causa, esto es, de un antecedente jurídico que justifique el beneficio y perjuicio que correlativamente se producen.

En este caso, el texto legal expreso que ampara el acrecimiento patrimonial del perjudicado es causa del mismo y, por ende, descarta el injusto.

Que, en la especie, claramente no concurren los presupuestos de una expropiación dispuesta en la forma prescrita por la Constitución, ni menos concebida como un apoderamiento meramente fáctico de bienes privados por parte de la Administración.

Al contrario, existe un contrato en cuya virtud una de las partes se obliga con la otra a pagar por el uso de un bien, sometiéndose en caso de incumplimiento al pago de las multas previstas en la ley incorporada a la convención. La sanción es impuesta por sentencia dentro de un proceso judicial desarrollado según el procedimiento previsto por la ley.

En definitiva, opera la garantía general del patrimonio del deudor a sus obligaciones -usualmente conocida como derecho de prenda general del acreedor-, consultada en el artículo 2.465 del Código Civil, que sujeta el patrimonio del deudor, con ciertas excepciones, al cumplimiento íntegro, fiel y oportuno de sus obligaciones.

Que, en la especie la disminución patrimonial del obligado deriva de una sentencia dictada en un proceso cuyo procedimiento regula la ley, no compromete una universalidad de bienes y el traspaso de éstos se produce desde un dominio privado a otro.

Forzoso es concluir, entonces, que la sanción civil derivada del precepto en examen no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública.

Que el fin lícito de la limitación establecida en el precepto observado, consiste en asegurar el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura. Así se desprende del mensaje de la Ley N° 19.460, en cuanto consigna que “muchas de estas tarifas y peajes a usuarios pueden carecer de un valor unitario que justifique su cobro judicial, pero si llegase a masificarse la práctica del no pago de las tarifas todo el sistema de concesiones, con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura, se pondría en serias dificultades.

El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento—sustento real de la crítica a la norma— no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad lícita perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura.

De lo razonado aparece, pues, que los derechos constitucionales pertinentes no han sido impedidos en su ejercicio ni entrabados en grado intolerable”.

## XI. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Louis Joseph Favoreu escribió que, una sentencia de esta jerarquía, engendra consecuencias similares a un centenar de fallos de casación, desencadenando algo semejante a un sismo en el ordenamiento jurídico<sup>47</sup>. Basta asumir esa circunstancia para coincidir en que la prudencia tiene que singularizar a los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales.

Comienzo el análisis reproduciendo el artículo 94 de la Constitución:

“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2,

4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.”

### 1. ¿Imperio?

Cabe detenerse, primeramente, en el sentido y justificación del artículo transcrito.

Por de pronto, obsérvese que el Tribunal carece de imperio, circunstancia que no empece a que, sus resoluciones en general, y las sentencias definitivas especialmente, deben cumplirse por los destinatarios de ellas, aunque no coincidan con las consideraciones ni la resolución que las decide. Felizmente, así ha sucedido sin excepción y confiamos que esta práctica se entronizará con la cualidad de tradición estrictamente respetada. El proyecto de ley en trámite tendría, sin embargo, que avanzar en la dirección aludida, reconociendo expresamente el efecto, vinculante e ineludible para todos, de nuestros pronunciamientos.

Sin embargo, la falta de imperio no significa, como su dicho, que el cumplimiento de las determinaciones del Tribunal quede entregado a la voluntad de los afectados por ellas. Antes bien, el sistema en el Estado Constitucional de Derecho ha de contemplar los órganos, las acciones y los procedimientos de control que aseguren el acatamiento oportuno, completo y efectivo de las decisiones de nuestra Magistratura. El punto aludido es uno de los más delicados de la Justicia Constitucional y del Derecho Procesal correspondiente, porque presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal y hacerlas obedecer si fuere necesario. Es, en otros términos, una cuestión de cultura elevada o madura, convida en un ambiente de estabilidad institucional.

Apartarse de una orden del Tribunal, eludirla, suspenderla, modificarla o transgredirla tiene que ser, por consiguiente, motivo de investigación y sanción por los órganos políticos y jurisdiccionales competentes, v. gr., a través de la acusación política, la nulidad de Derecho Público y la representación en el trámite de toma de razón para los actos administrativos<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Los Tribunales Constitucionales (Barcelona, Ed. Ariel, 1992), pp. 34 ss.

<sup>48</sup> Véase Juan Colombo Campbell: “Las Sentencias Constitucionales: Tipología y Efectos”, en Humberto Nogueira Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional (...)*” cit., pp. 263 ss.; y Domingo García Belaunde: “Eficacia de las Sentencias Constitucionales”, en la misma fuente ya citada en esta nota, pp. 367 ss.

Precisando ese tópico para aclararlo más, creo que es necesario distinguir en él los dos aspectos que resumo a continuación. Uno es el imperio, entendido como potestad, atribución o facultad del Tribunal para impartir órdenes directas a la fuerza pública con el objeto de asegurar el cumplimiento de sus decisiones; y otro es el efecto vinculante que, para todos los órganos estatales y los particulares, siempre deben tener las sentencias de nuestra Magistratura, respecto de las cuales, al tenor del artículo 94 inciso 1º de la Carta Política, no procede recurso alguno para contrariarlas, impugnarlas o condicionar lo resuelto en ellas.<sup>49</sup>

En punto al primero de aquellos aspectos, sin excluir la procedencia del imperio, creo que, en la realidad y por las razones ya expuestas en este capítulo, él es difícilmente aplicable a la implementación de nuestros fallos. Distinta es mi conclusión a propósito del segundo de tales aspectos<sup>50</sup>, porque nunca uno de dichos fallos puede quedar condicionado o supeditado en sus efectos al margen o en pugna con lo decidido en él por el Tribunal. Por consiguiente, nuestra nueva Ley Orgánica ha de así reconocerlo expresamente, puntualizando que incumplirlo, objetarlo, evadirlo, desconocerlo o contradecirlo, cualquiera sean las circunstancias aducidas, quebranta la Constitución y las leyes, configurándose la nulidad de rigor, susceptible de ser pronunciada en procedimiento sumario y no en otro de lara tramitación, franqueándose la acción popular y la actuación de oficio.

## 2. Características

Nuestras sentencias han mantenido la estructura y línea de razonamiento que las caracterizó desde la primera época del Tribunal. No son demasiado extensas, tampoco abundan en ellas las transcripciones de jurisprudencia ni las citas doctrinarias. Con estilo sobrio, prosa nítida y escueta, procurando ir directamente a las cuestiones controvertidas y razonando lo más persuasivamente posible acerca de ellas, tales sentencias se distinguen de las comunes en el Derecho chileno. Su difusión ha crecido notoriamente en las revistas jurídicas, los medios de comunicación las extraen y el Presidente o el secretario del Tribunal suelen explicarlas cuando involucran raciocinios técnicos difíciles.

Son frecuentes las sentencias con modalidad interpretativa o intermedia, justificada por el principio de la deferencia razonada<sup>51</sup>.

El efecto reflejo o de irradiación de nuestras sentencias y su incidencia en la transformación del Derecho chileno es también un tópico que va abriéndose

paso. Hubo un intento para incorporar, en el proyecto que reforma la Ley Orgánica del Tribunal, el precedente a nuestro ordenamiento, pero las razones para desestimarlo fueron contundentes<sup>52</sup>.

Las secuelas de nuestras sentencias son un tema de gran relevancia. Su complementación por el proyecto de Ley Orgánica en trámite es escueta. No resulta exagerado vaticinar polémicas en torno de la cosa juzgada que emana de ellas<sup>53</sup>. Tampoco será pacífico el tema de la irretroactividad, incluso para el Tribunal que se halla conciente de ese dilema<sup>54</sup>.

Lo cierto es que la irretroactividad impuesta en el artículo 94 inciso 3º de la Constitución implica, por de pronto e indiscutiblemente, que la cosa juzgada debe ser siempre respetada, de modo que nuestras sentencias no pueden afectarla nunca. Puntualizado ese supuesto esencial, cabe efectuar una distinción para los fines de profundizar el análisis. Me refiero a que es útil diferenciar las secuelas de tales fallos en el orden interno del Tribunal, por una parte, de las consecuencias que ellos tienen, o pueden generar, en las causas que se tramitan por los tribunales ordinarios o especiales, alcanzando a la casación en la Corte Suprema, de otra.

En el primero de tales aspectos resulta sencillo categorizar los autos ingresados al Tribunal, partiendo de la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el Diario Oficial<sup>55</sup>, desde la cual surte todos sus efectos y queda sometida a la prohibición señalada. Así, las causas que habían sido ingresadas a la Secretaría del Tribunal hasta el 28 de marzo de 2007, inclusive, pueden ser subdivididas en las series siguientes:

- Ingresadas pero ni siquiera proveídas por el Presidente de nuestra Magistratura;
- Ingresadas pero ya asignadas a una de las dos salas;
- Asignadas sin que se haya dado cuenta e iniciado el estudio de la procesabilidad o admisibilidad pertinentes;
- Asignadas y con acuerdo de la sala ya adoptado en punto a pronunciar su falta de presupuestos procesales o su admisibilidad;
- Admitidas, sea a raíz de haberse subsanado los defectos respectivos, o bien, atendido a que la sala la reputó tal desde ya;

<sup>49</sup> Consúltese las fuentes citadas en *supra*, nota 29.

<sup>50</sup> Lautaro Ríos Álvarez: "La Jurisdicción Constitucional en Chile. Su Institución entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional", *IV Revista Ius et Praxis* No 1 (1998).

<sup>51</sup> Felipe Caballero Brun: "Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que Declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal", *XIX Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* No 32 (2006).

<sup>52</sup> 29 de marzo de 2007.

<sup>48</sup> Véase el editorial de "El Mercurio" de Santiago, dedicado al tema, el 16 de abril de 2007.

<sup>49</sup> César Landa Arroyo: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (Lima, Ed. Palestra, 2007) pp. 242 ss.

<sup>50</sup> Francisco Zúñiga Urbina: "La Sentencia del Tribunal Constitucional en Humberto Nogueira", *op. cit.*, pp. 293 ss.

- Admitidas y cuya sentencia interlocutoria fue dictada pero no alcanzó a ser notificada;
- Admitidas y falladas, con la decisión notificada;
- Admitidas y puestas en conocimiento del pleno, sin vista de la causa;
- Causas cuya vista se realizó pero sin haberse llegado aún a acuerdo;
- Las mismas, pero que llegaron a ser notificadas; y
- Finalmente, tales fallos, vistos y decididos por el pleno, cuya decisión estimativa alcanzó a ser notificada.

Distinta, como se comprende, es la repercusión que la sentencia derogatoria de un precepto legal tiene en las causas en trámite ante los tribunales ordinarios y especiales. Desprender las implicancias que, para esas causas, tiene dicha sentencia es, sin duda, competencia de dichos tribunales, siendo obligación de ellos respetar también la cosa juzgada<sup>56</sup>.

### 3. Interrogantes Adicionales

Cerrando este párrafo, renuevo una observación. Sin imperio ni información adecuada ¿cómo lograr que las sentencias sean siempre obedecidas? ¿Puede el Tribunal, real o efectivamente, controlar el acatamiento de sus sentencias?

Recuérdese que carecemos de imperio pero, a la vez, que el incumplimiento de nuestras sentencias, cualquiera sea la argumentación esgrimida, conlleva el juicio crítico de la opinión ciudadana y la activación de los controles jurisdiccionales y políticos que resguardan la vigencia del principio de supremacía. Hasta la fecha, el desenvolvimiento del proceso ha sido impecable, porque nunca un pronunciamiento de nuestra Magistratura ha sido deshonrado por sus destinatarios.

## XII. DILEMAS FINALES

El Tribunal mantiene su competencia para ejercer el control de supremacía preventivo o *ex ante*, con respecto a los proyectos de ley que interpreten alguna disposición de la Carta Fundamental, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.

Integrado el control aludido con el *ex post* ya examinado, fluye que el Tribunal se halla habilitado para evaluar tales preceptos preventivamente y con designios de rectificación. Esta situación plantea nuevos e interesantes problemas, de los cuales enumero los siguientes: desestimada la declaración de inconstitucionalidad de una norma del proyecto de ley o de acuerdo de un tratado ¿puede el Tribunal después declararla inaplicable y, eventualmente, inconstitucional? o por el contrario ¿habría una especie de cosa juzgada que impediría hacerlo? la índole abstracta del control preventivo ¿sería obstáculo para el control concreto y casuístico *inter partes*? ¿lo sería para el control *erga omnes* que vuelve a ser abstracto? Esas y otras interrogantes, suscitadas por la vida práctica del Derecho, comienzan a ser planteadas. Esperamos, ciertamente, dilucidarlas dentro de la Constitución y con sujeción al espíritu que fluye de su texto y contexto.

## EPILOGO

He planteado más dudas e interrogantes que soluciones, a raíz de tratarse de un Tribunal nuevo o refundado, con un régimen jurídico también novedoso. En el proyecto de reforma de nuestra Ley Orgánica se diseñan respuestas, algunas susceptibles de ser evaluadas en su mérito objetivo, pero otras que no hallan solución en él.

Sensato resulta, por ende, continuar investigando el asunto, ámbito fértil para tesis de licenciados, seminarios o talleres, por ejemplo. No se olvide que la Justicia Constitucional en Chile es joven y que la evolución del Derecho Procesal Constitucional es más reciente todavía.

Observemos el panorama comparado pero no para incurrir en repeticiones, sino que con la intención de evaluar sus secuelas, incorporando a nuestro ordenamiento sólo aquellas demostradamente positivas y que sean coherentes con la trayectoria del constitucionalismo y la tradición democrática chilena.

<sup>56</sup> Téngase presente el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes para los efectos del archivo de los autos respectivos.

## XII. LA INNOVACION CONSTITUCIONAL MÁS IMPORTANTE\*

Hoy, la tesis que guía esta exposición puedo resumirla manifestando que, como muchas veces ocurre en la vida, los cambios al Tribunal hechos por la reforma de 2005, han ido abriendo el camino a las transformaciones más notables que ha experimentado nuestro Derecho, entendido en sentido positivo y metapositivo, en el último siglo, aproximadamente, de convivencia.

### I. DESAFÍOS DE UN TRIBUNAL NUEVO

1. El Tribunal fue creado en enero de 1971; restaurado en marzo de 1981; y refundado en agosto de 2005.
2. Hoy tenemos una Constitución casi desconocida en su capítulo VIII, lo cual genera vacilaciones y controversias, tanto para los Ministros del Tribunal como para Magistrados en general, las partes en gestiones judiciales y la doctrina nacional.
3. Tras ocho meses de debate parlamentario, la reforma de la Legislación Orgánica de la Institución se halla todavía en su segundo trámite en el Senado y sujeta a numerosos cambios. Consiguientemente, cabe esperar, además del tercer trámite, el informe de la Comisión Mixta, la votación de esa proposición, la formulación de vetos y la revisión preventiva de las normas orgánicas constitucionales por el Tribunal. Lo único definitivo, por ende, es el ordenamiento constitucional mismo, ni siquiera el bloque de constitucionalidad, razón por la cual me remitiré a aquél, aludiendo sólo en términos generales a la legislación complementaria vigente o a la que se halla en proceso de modificación.
4. De la premisa recién expuesta fluye, entonces, que hoy no resulta posible afirmar:
  - A. Si tendremos abogados integrantes, Ministros Suplentes o nada semejante, hipótesis esta última que podría significar la paralización del Tribunal atendido los quórum elevados que establece la Carta Fundamental: ocho miembros para funcionar en pleno y cuatro si se trata de una sala (artículo 92 inciso 5º); y más aún, la mayoría de los miembros en ejercicio y los cuatro quintos de esos miembros deben coincidir para decidir, respectivamente, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad (artículo 93 inciso 1º N° 6 y N° 7);

- La reforma de 2005 es, en mi concepto, la de mayor trascendencia jurídica de los diecisiete cambios hechos a la Carta Fundamental de 1980. Pienso así porque esa enmienda halla, en el nuevo Capítulo VIII dedicado al Tribunal Constitucional, la modificación de mayor envergadura que ha sido introducido en el sistema normativo chileno, al menos desde la vigencia del Código Político de 1980.
- Explicando mi tesis pido tener presente las ideas que enuncio a continuación para sostenerla:
1. Ese cambio no era, en el primer trámite parlamentario, la innovación más original ni de proyecciones. Más exactamente, sólo se quería reconocer que, el prestigio del Tribunal, correlativo a la crítica que suscitaba la jurisprudencia de la Corte Suprema, justificaban traspasar al primero varias de las competencias que le había conferido, desde 1925, el ordenamiento constitucional chileno. En concreto, me refiero a la inaplicabilidad de los preceptos legales y a la resolución de ciertas contiendas de competencia; y Pero, desde el segundo trámite en adelante el proyecto de reforma evidenció que el Tribunal se iba convirtiendo en el centro de la enmienda. Por ejemplo, se alteró completamente el régimen aplicable a los nombramientos de Ministros, se quiso incorporar el amparo extraordinario para que nuestra Magistratura revisara las sentencias de la Corte Suprema recaídas en recursos de protección y *habeas corpus* y se incorporó el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de las leyes, con efectos generales o *erga omnes*, derogándolas cuando quebrantaran la Carta Fundamental en su fondo o en el proceso nomogenético que ella contempla para generar, válidamente, los preceptos jurídicos.
  - 2.

\* Exposición hecha en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Santo Tomás, en Santiago, el jueves 12 de octubre de 2006.

- B. Si serán o no alzadas las trabas levantadas en el proyecto del Senado o por las últimas indicaciones del Poder Ejecutivo a la reforma de la Ley Orgánica, para que el Tribunal ejerza sus competencias. Por ejemplo: que la decisión de admisibilidad se realice previa vista de la causa; que el Tribunal no pueda fundar su decisión en preceptos constitucionales distintos de los invocados por las partes requerientes de inaplicabilidad (nuevo artículo 44); o que tenga que anunciar a los órganos constitucionales interesados que el Tribunal considera la posibilidad de pronunciar la inaplicabilidad fundándose en normas distintas de las aducidas en el requerimiento, o que se ha planteado en sus deliberaciones la eventualidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley (artículo 44);
- C. Si llegara a ser disposición legal aquella regla del proyecto que declara improcedente la inaplicabilidad de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 47 letra B); y
- D. En fin, si subsistirán las disposiciones que afectan otras manifestaciones de la autonomía de la Institución, al punto que se erigen en involución en comparación con la ley vigente. Ilustro esta aseveración mencionando la reducción de la competencia del Tribunal para dictar autoacordados en el orden procesal, de remuneraciones y de funcionamiento.
5. Hallándose en trámite la reforma y justificando ella las dudas e inquietudes enunciadas, por vía ilustrativa, en el número anterior ¿por qué el Tribunal acordó ejercer sus atribuciones en tales circunstancias? ¿no era más sencillo haberse abstenido de hacerlo? Pero ¿estaba acaso en posición jurídicamente legítima para no actuar hasta que la nueva ley entre en vigencia? ¿cabrá, por consiguiente, distinguir entre las atribuciones, postergando el ejercicio sólo de aquellas claramente insusceptibles de ser desempeñadas?
- La respuesta yace en que nunca el Tribunal dudó que su obligación era servir la competencia que le fue conferida por el Código Político y ejercerla con sujeción a ella y a la legislación orgánica pertinente. Las razones invocadas para actuar así han sido variadas y convergentes, mereciendo citarse las siguientes:
- Primera, que el principio de inexcusabilidad, previsto en el artículo 76 de la Constitución, es de aplicación amplia a todos los órganos jurisdiccionales, no hallándose, por ende, eximida de honrarlo nuestra Magistratura;
- Segunda, que la defensa y promoción de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella es un imperativo de observancia ineludible en todo momento y circunstancia; y

6. Tercera que la Carta Fundamental y la supremacía que la singulariza son fuentes directas, inmediatas y máximas del ordenamiento jurídico, cualidades únicas que no se hallan suspendidas por la ausencia de la legislación complementaria. Antes y por el contrario, bien podría argumentarse la inconstitucionalidad por omisión en que ha incurrido el legislador, más no la interrupción de la imperatividad actual del Código Político.
7. Es también un desafío el que proviene de la composición diferente, con sólo dos Ministros antiguos, siendo los ocho nuevos de edad, temperamento y mentalidad bastante distintos. Se percibe ya la secuela de este fenómeno en las prevenciones y discrepancias de las últimas sentencias dictadas este año. Lo admirable, sin embargo, es comprobar que la unanimidad tipifica nuestra jurisprudencia y no las disidencias. Idénticamente problemático es disponer de un presupuesto y planta de funcionarios adecuados al volumen de trabajo y a las necesidades propias de la Magistratura restaurada en 1981. Es decir, seguimos con siete funcionarios de planta, trabajando en dos locales distantes y absorbiendo cinco o seis veces más trabajo, al menos, que un año atrás. Piénsese que, en la última década, el Tribunal dictó en promedio, cuarenta fallos anualmente; en cambio, hoy la sentencia definitiva recaída en una inaplicabilidad presupone, necesariamente, dos sentencias interlocutorias: una, de admisibilidad; y la otra, de suspensión del procedimiento en el asunto o gestión en que incide el requerimiento. Las resoluciones interlocutorias pueden incluso llegar a tres, cuatro o más antes que el fallo se halle ejecutoriado, puesto que cabe rechazar el requerimiento, pero dando a los accionantes la posibilidad de corregirlo dentro del tercer día; o no hacer lugar a la suspensión aludida, sin perjuicio de acogertla más adelante ponderando las circunstancias. En síntesis, con una sentencia definitiva culmina un proceso de dos o hasta pronunciamientos previos. A esa labor se añaden los quince restantes competencias del Tribunal, varias de las cuales están siendo ejercidas.
8. No puede silenciarse, por último, la esperanza y la confianza en el Tribunal, motivada por el prestigio ganado, merced a su concepción moderna, ágil, finalista y otras cualidades de su jurisprudencia, las que contrastan con la evaluación dominante del Poder Judicial. Hoy se estudia la Justicia Constitucional como nunca antes en Chile y se confía que la doctrina de sus fallos marque el rumbo en la renovación del Derecho en nuestro país. Pero ¿no corremos riesgos de retroceder en esa jurisprudencia, devolviendo al Tribunal una preocupación preponderante por cuestiones orgánicas más que dogmáticas, entendidas éstas últimas en su sentido humanista?

Y el gran cambio del constitucionalismo contemporáneo ¿no se halla en el humanismo que lo singulariza, en el Estado al servicio de la persona, individualmente y asociada?

## II. INNOVACIONES PRINCIPALES

Me detendré sólo en la competencia prevista en el artículo 93 de la Constitución. Consecuentemente, menciono los tópicos siguientes:

9. Control preventivo de las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias orgánicas constitucionales (Nº 1);
  10. Mérito constitucional de los autoacordados (Nº 2), habiendo quedado eximidos de tal control preventivo los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, los instructivos emanados del Fiscal Nacional y los acuerdos generales del Banco Central;
  11. Pronunciamiento de la inaplicabilidad *inter partes* o en casos concretos y con efectos relativos (Nº 6);
  12. Subsecuente y eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, abstractamente y *erga omnes* o con efectos generales (Nº 7);
  13. Resolución de las contendas de competencia que no correspondan al Senado (Nº 12);
  14. Decisión de la inhabilidad invocada por un Parlamentario y pronunciamiento acerca de su renuncia al cargo (Nº 15); y
  15. Control *ex post* de la potestad reglamentaria, refundiendo en un número los numerales 5 y 12 del texto constitucional anterior (Nº 16).
- Sin duda, el cambio mayor por su importancia y complejidad se halla en el control *ex post* de los preceptos legales, motivo por el cual concentraré en él los comentarios siguientes de esta exposición.

## III. DILEMAS FINALES

El Tribunal mantiene su competencia para ejercer el control de supremacía preventivo o *ex ante*, con respecto a los proyectos de ley que interpreten alguna disposición de la Carta Fundamental, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, siempre que el requerimiento sea entrablado antes de su promulgación.

Integrado el control preventivo aludido con el *ex post* ya examinado, fluye que el Tribunal se halla habilitado para controlar los preceptos respectivos tanto *ex ante* como con posterioridad a su entrada en vigor. Esta situación plantea nuevos e interesantes problemas, de los cuales enuncio los siguientes:

Desestimada la declaración de inconstitucionalidad de una norma del proyecto de ley o del proyecto de acuerdo sobre un tratado internacional ¿puede el Tribunal después declararlo inaplicable y, eventualmente, inconstitucional?

O por el contrario ¿habría operado ya una especie de cosa juzgada que impediría hacerlo?

La índole abstracta del control preventivo ¿sería obstáculo para el control concreto y casuístico *inter partes*? ¿lo sería, acaso, para el control *erga omnes*?

El ministro que se pronuncia en sala a favor de una admisibilidad ¿no queda inhabilitado para decidir después, en el Pleno, en pro del rechazo de la inaplicabilidad correspondiente?

Los problemas pueden multiplicarse. La riqueza de la vida diaria yace en la casuística infinita que nos van planteando los hechos, a menudo con clara connotación jurídica.

- 
- XIII. Cambio, Reforma y Continuidad en la Constitución de 1980
- XIV. El Nuevo Concepto de Constitución y el Rol del Tribunal Constitucional en su Desarrollo
- XV. Consolidación de la Jurisdicción de la Libertad en América
- XVI. Imagen del Juez y de la Justicia Constitucional en América Latina
- XVII. Siete Tesis sobre la Justicia Constitucional en Iberoamérica
- XVIII. Objetivos y Funcionamiento del Tribunal Constitucional
- XIX. Derecho Procesal y Servicio a la Justicia Constitucional
- XX. Lecciones de una Experiencia: La Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad
- XXI. Tres Esquemas sobre Justicia Constitucional
- XXII. Un Año de Labor del Tribunal Constitucional
- XXIII. Teoría y Práctica en la Justicia Constitucional

### XIII. CAMBIO, REFORMA Y CONTINUIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980\*

#### I. IMPULSO DE LA VIDA

El tópico debe ser insertado en el marco de este seminario, dedicado al análisis de los conflictos de derechos constitucionales en su situación actual.

Efectivamente, la temática que me corresponde tratar se vincula, en términos amplios, con los cambios de la Carta Fundamental, especialmente en ligamen con la situación chilena. De esos cambios son parte las reformas a la Constitución y otras modalidades de alteración, modificación o transformación de ella. Pues bien, ante los conflictos o colisiones en el ejercicio de derechos esenciales hemos comprobado cómo ha ido cambiando la jurisprudencia, a veces con apoyo en determinados tratados internacionales.

Cambiar es un verbo con sentido amplio o genérico. En él, quedan absorbidas diversas modalidades que, situadas entre extremos, llevan el continuo desde la revolución a la contrarrevolución, desde el quiebre a la continuidad, desde el fortalecimiento al debilitamiento de la Constitución.

En 1971, K. C. Wheare, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, publicó un libro sobre teoría constitucional<sup>1</sup>. Para mí, el capítulo más interesante de esa obra y que mantiene pleno interés, es el que responde a la pregunta siguiente: ¿cómo cambian las Constituciones? Las reflexiones de Wheare siguen siendo útiles, porque a pesar de la importancia del tema, la doctrina casi lo ignora por completo. Jellinek es una excepción en su investigación acerca de la mutación como modalidad o tipo específico de cambio de una Carta Fundamental<sup>2</sup>.

Acercándome al problema cuya aclaración me ocupa debo puntualizar que, en América Latina, predomina ampliamente la idea del reformismo constitucional. Efectivamente, es usual que la asunción de la Presidencia por un nuevo Primer Mandatario sea acompañada de anuncios de reformas, vastas y profundas, incluyendo la convocatoria de Asambleas Constituyentes donde éstas se hallan previstas en el ordenamiento fundamental respectivo, también, apartándose de él.

#### II. DISCERNIR SIGNOS DEL TIEMPO

Ese síndrome reformista es, ciertamente, sólo formal, en el sentido que se conforma con el reemplazo de los textos constitucionales o, cuando más, con la agregación de nuevos acápitales al libro constitucional existente. Con idéntica certeza cabe sostener que tal síndrome suele culminar en modificaciones de corta duración y, peor todavía, que no calan en la cultura nacional respectiva porque han sido impuestas, desde arriba, a la población correspondiente.

A propósito de lo recién dicho, agrego otra precisión: los cambios de magnitud sólo llegan a institucionalizarse al cabo de muchos años, cuando la población, en un proceso de introspección colectiva, los ha evaluado, apreciándolos como valiosos y haciéndolos suyos. En nuestra América, incluido Chile, tan elemental supuesto, capítal en la democracia, parece que sigue siendo ignorado.

Para que el análisis sea completo tengo que detenerme en otro ángulo del asunto. Así es, porque si una situación crítica se ha prolongado por demasiado tiempo, sin hallar salida mediante la reforma constitucional respectiva, entonces se corre el riesgo que los hechos se insurreccionen contra el Derecho. En ese cuadro crítico, casi siempre la historia demuestra que la revolución de los hechos culmina derribando al Derecho. No es difícil hallar en nuestra historia republicana ilustraciones de lo dicho; tampoco cuesta mucho encontrar ejemplos en el tiempo que vivimos.

Indudablemente, la Constitución tiene que cambiar para que se adecúe a las demandas, intereses e ideales de la sociedad política regida por ella. Cuando esa adaptación no ocurre, entonces sobreviene, otra vez, la revolución de los hechos contra el Derecho.

El problema consiste, por consiguiente, en saber cómo cambian las Constituciones. Respondo diciendo que ya me referí a la reforma como una especie de cambio. Añado ahora que, de ellas, la Carta Fundamental de 1980

\* Esquema de la exposición inaugural del Seminario sobre la Reforma Constitucional de 2005, hecha en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile el 27 de julio de 2006.

<sup>1</sup> Las Constituciones Modernas (Barcelona, Ed. Labor, 1971) pp. 73 ss.

<sup>2</sup> Reforma y Mutación de la Constitución (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991).

registra 17 enmiendas, la última de las cuales llegó a 242 modificaciones puntuales<sup>3</sup>.

Pero el cambio puede ocurrir a través de otras modalidades, de aquellas que recuerdan el consejo de Maquiavelo a Lorenzo de Medicis, o sea, que no reemplace el texto de la Constitución porque al amparo del texto antiguo se habían construido las fortunas, sosiegos e intereses del 50% que será afectado, mientras que el 50% restante tenía nada más que la esperanza de conseguirlas en lucha con los que iban a cambiar su suerte<sup>4</sup>.

### III. CONTINUIDAD Y ADAPTACION DEL PROCESO FUNDACIONAL

El consejo de Maquiavelo puede ser seguido cuando se piensa en los otros dos tópicos que forman parte de mi tema. Me refiero a la mutación y a la continuidad constitucional.

La mutación es el cambio de sentido de una o más cláusulas de la Constitución a raíz de haber sido alterado el contexto de ella, sin modificar nada de su literalidad. La mutación toma largo tiempo; generalmente es obra de la jurisprudencia encargada de interpretar la Carta Fundamental; tiene amplias posibilidades de arrastrarse porque ha sido preparada lentamente; y garantiza la continuidad de la Constitución respectiva.

Naturalmente, son positivas todas las características de la mutación que he mencionado. Pero advierto que, en los países con cultura jurídica predominantemente formal o positivista, esa modificación del espíritu sin alterar la letra de la Constitución puede ser considerada ilegítima o, al menos, insuficiente por quienes defienden el reformismo. La mutación, en otras palabras, es susceptible también de resultar negativa o perjudicial.

En la historia de Chile, la mutación operó respecto de la Constitución de 1833, nada menos que a propósito del régimen presidencial. En la Carta Fundamental de 1925 ocurrió algo semejante, en relación con los poderes de emergencia para enfrentar casos críticos; y con las consejerías parlamentarias en empresas estatales y públicas. En el Código Político de 1980 también hemos experimentado mutaciones, como lo resumiré en seguida.

En la Constitución vigente, la mutación ha sucedido, por ejemplo, en los casos siguientes:

1. La introducción de prácticas masivas, susceptibles de ser calificadas como abortivas;
2. El avance y retroceso que mantiene abierto el debate sobre la aplicación o no del proceso justo en todas las etapas de los actos administrativos sancionadores o punitivos, comenzando por la fase, interna y preparatoria, que se practica en el servicio o superintendencia respectiva;
3. La configuración del estado o calidad de inocencia, que ha pasado de ser tal a otro, más categórico, cual es, el de principio general de la inocencia del inculpado como finalidad en sí misma;
4. La invocación del derecho a la vida cuando no es posible sostener el derecho a la protección de la salud por personas carentes de acceso asegurado a las acciones respectivas;
5. La elasticidad con que ha sido entendido el estatuto constitucional de los partidos políticos, al punto que son mínimas, o ya no existen, las barreras que, en 1980, fueron levantadas al efecto;
6. Supresión práctica del requisito de residencia en la región o distrito de los parlamentarios para ser elegidos;
7. La desigualdad de los independientes ante los candidatos de los partidos en la presentación de candidaturas y la participación en los procesos electorales y plebiscitarios;
8. La exclusión de la Corte Marcial o la Corte Naval como tribunal de alzada competente para decidir sobre los desafueros de parlamentarios; y
9. El acuerdo político para fijar, modificar o retirar la urgencia a la tramitación legislativa.

### IV. CURSO DE LOS ACONTECIMIENTOS

La lista de ejemplos puede aumentar considerablemente. Basta, sin embargo, con lo dicho para ilustrar la tesis expuesta: la Constitución de 1980 va siendo objeto de mutaciones, favorables algunas de ellas y lo contrario las restantes.

En definitiva, los cambios, sean reformas o mutaciones, han influido continuidad a la Carta Fundamental en vigor. Yo creo que eso ha ampliado el acceso de la población al goce de los derechos fundamentales. Se ha ido convirtiendo, como quiso H. Heller, en una Constitución viva porque es vivida diariamente por esa población que va sintiéndola suya<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> A la fecha de publicación de este Cuaderno este número se elevó a dieciocho, pues la ley N° 20.162, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2007, reformó el artículo 19 N° 10 inciso 4° de la Carta Política, agregándole también la disposición transitoria vigésimo primera.

<sup>4</sup> El Príncipe (Buenos Aires, Ed. Maruymar, 1974) pp. 40 - 41.

<sup>5</sup> Teoría del Estado (México, D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968) pp. 267 ss.

Termino realzando el mérito de la jurisprudencia en el asunto descrito. Ella, en especial la jurisprudencia desarrollada por la Justicia Constitucional, puede hacer evolucionar el Código Político, permitiendo que mantenga los valores y principios matrices que lo singularizan, sin perjuicio de suavizar hasta corregir a veces, sus mayores defectos. Sin sobresaltos, por consiguiente; la jurisprudencia constitucional se halla en condición de armonizar la Carta Fundamental con la época que vivimos.

Recuerdo, acercándome al fin de estas palabras, una máxima leída muchas veces: la casuística real del Derecho es infinitamente más dinámica, compleja y rica que las fórmulas diseñadas por quienes dictan normas jurídicas; por eso, el método más seguro y legítimo de acercar esa casuística a la justicia es mediante la jurisprudencia aludida.

Una Constitución que llega a ser viva, en los términos explicados, se convierte en institución. Y de esta cualidad deriva la continuidad, tan importante para el desarrollo humano en un ambiente de seguridad jurídica.

#### XIV. EL NUEVO CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU DESARROLLO\*

##### I. CAMBIO EN FAVOR DEL GARANTISMO

La reforma de 2005 es, en mi concepto, la de mayor trascendencia jurídica de las dieciocho modificaciones hechas a la Carta Fundamental de 1980. Agrego que sus implicancias políticas e institucionales son también de singular relevancia, aunque no se percibe aún tal rasgo con la claridad requerida. Pienso así porque esa enmienda halla, en el nuevo Capítulo VIII dedicado al Tribunal Constitucional, el cambio más profundo y promisorio que para la democracia realmente garantiza de la dignidad humana y del Código Supremo que la asegura, ha sido introducido en él durante sus veinticinco años de vigencia.

Explicando mi tesis pido tener presente las ideas que enuncio a continuación para sostenerla.

El cambio de 2005 que he realizado no era, en el primer trámite parlamentario, la innovación más original ni de proyecciones. Sólo se quería reconocer que, el prestigio del Tribunal, correlativo a la crítica que suscitaba la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>1</sup>, justificaban traspasar al primero varias de las competencias que a esa Corte había conferido, desde 1925, el ordenamiento constitucional chileno. En concreto, me refiero a la inaplicabilidad de los preceptos legales y a la resolución de ciertas contiendas de competencia.

Pero, desde el segundo trámite en adelante, el proyecto de reforma evidenció que el Tribunal se iba convirtiendo en el centro de toda esa amplísima enmienda, o sea, en la base y la cima de los 242 cambios introducidos por ella

\* Exposición hecha en la inauguración del Seminario sobre Desafíos de la Reforma Constitucional de 2005, en la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile en Santiago el 23 de octubre de 2006.

<sup>1</sup> Consúltese Fernando Saenger Gironi y Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980 - 2005* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), especialmente pp. 81 ss.

a la Carta Fundamental<sup>2</sup>. Por ejemplo, fue alterado completamente el régimen aplicable a los nombramientos de Ministros, haciendo necesario aumentar su número de siete a diez; se quiso incorporar el amparo extraordinario para que nuestra Magistratura revisara las sentencias de la Corte Suprema recalcadas en recursos de protección y *habeas corpus*<sup>3</sup>; y fue incorporado el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de las leyes, con efectos generales o *erga omnes*, derogándolas cuando quebrantaren el Código Político en su fondo o en el proceso nomogénico que ella contempla para generar, válidamente, los preceptos jurídicos, cualquiera sea su naturaleza y jerarquía.

Hoy, la tesis que guía esta exposición puedo resumirla manifestando que, como muchas veces ocurre en la vida, los cambios al Tribunal hechos por la reforma de 2005 han ido abriendo el camino a las transformaciones más notables que va experimentado nuestro Derecho en el último siglo. Esas transformaciones recién han comenzado y llegarán, seguramente, más allá de lo que se visualizó con la reforma. Surgirán dilemas, obstáculos y resistencias, ante las cuales la calma, el rigor y la independencia del Tribunal serán sus cualidades señeras. Una actitud generalizada de los órganos constitucionales y de la ciudadanía, consecuente con esa línea hermenéutica del Tribunal, redundará en el arraigamiento de la Constitución en nuestra cultura y en la culminación exitosa del cambio emprendido. Por eso creo que la diferencia será, sin duda, para el beneficio del Derecho chileno, entendido en sentido positivo pero, más aún, como expresión articulada de valores y principios normativos.

<sup>2</sup> Revítese, en general, Sergio Romero Pizarro y Marcelo Muñoz Morales (editores): *Reformas Constitucionales 2005. Historia y Tramitación* (Valparaíso, Im. El Mercurio, 2006).

<sup>3</sup> La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó, en el segundo trámite del proyecto, la incorporación del numeral 5 siguiente al entonces artículo 82 inciso 1º de la Carta Fundamental: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Resolver los recursos de amparo extraordinario por lesión antijurídica de derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 de la Constitución, una vez agotadas las acciones y recursos ordinarios, acciones y en los casos y formas que la ley establezca."

Ese texto, iniciado por moción de los diputados Bustos y Ceroni, fue rechazado por la Comisión en su segundo informe y por la Cámara Baja.

Revítese, acerca de lo enunciado en esta nota, las fuentes oficiales siguientes: Boletines N°s 2526 - 07 y 2534 - 07 de la Cámara de Diputados; segundo informe de la Comisión referida, fechado el 18 de mayo de 2005; y el oficio N° 5656, fechado el 22 de junio de 2005, mediante el cual la presidencia de la Cámara de Diputados comunicó a su homóloga del Senado el texto aprobado en segundo trámite constitucional.

## II. IMAGEN DE LA TRANSFORMACIÓN EN CURSO

Varias características tiene el proceso de cambios que se inicia. He aquí algunas de ellas:

- Se desenvuelve en calma o pacíficamente, de manera controlada y reflexiva, con la madurez que singulariza las innovaciones jurídicas legítimas;
- Tiene en la jurisprudencia del Tribunal a su más importante exponente. Sin embargo, siendo la Justicia Constitucional en Chile ejercida por varios órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>, cabe destacar el papel que a todos los jueces corresponde servir en el Estrado Constitucional de nuestra época;
- Se está desencadenando un interés considerable por el Derecho Constitucional, teóricamente investigado y explicado con intensidad en la práctica profesional. Tras décadas de indagaciones doctrinarias, focalizadas en el Derecho Comparado por las circunstancias que Chile vivía, hoy se advierte preocupación por la implementación de los valores, principios y normas constitucionales, sobre la base de reconocer que, en la realidad académica, profesional y de la política, no se llega lejos careciendo de formación en el Derecho realzado;
- Ya ha producido varias rectificaciones al régimen positivo, sobre todo en las leyes, purgándolas de vicios de inconstitucionalidad que pasarán, pronto, de la inaplicabilidad casuística a la derogación con efectos *erga omnes*. Por ejemplo, es lo ocurrido con el reproche del artículo 116 del Código Tributario y con el artículo 433 del Código Procesal Penal;
- Por último, algunos criterios tradicionales de la hermenéutica jurídica serán sustituidos, ocupando su lugar la razonabilidad, en la argumentación persuasiva, la ponderación de intereses en aparente conflicto, la teleología y no la exégesis de los preceptos, en fin, la axiología que impone el Derecho a la dominación política, o sea, al poder<sup>5</sup>.

## III. CAUSAS DEL CAMBIO

Si las enunciadas son algunas de las innovaciones promisorias que exhibe ya el Derecho, en general, y el Derecho Constitucional especialmente ¿cuáles

<sup>4</sup> Véase del autor su libro *El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena* (Santiago, Ed. LOM, 2006) pp. 14 ss.; y Juan Colombo Campbell: *El Debido Proceso Constitucional* (Santiago, Ed. LOM, 2006) pp. 123 ss.

<sup>5</sup> Consúltese, en la abundante literatura existente al respecto, la obra clásica de Ch. Reichman: *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation* (Indiana, Notre Dame U. Press, 1967).

son las causas de tan interesante proceso? Respondo manifestando que han ocurrido acontecimientos internos y externos al ordenamiento jurídico, cuyas consecuencias todavía muchos juristas no han captado ni caracterizado como fuentes del nuevo orden normativo que está naciendo. Me detendré sólo en dos de esos sucesos.

### 1. Sumisión de la Ley a la Constitución

Fortalecer el control de supremacía de los preceptos legales es la innovación de mayor envergadura.

El análisis debe ser situado en ligamen con la nueva situación que la ley, como categoría de norma jurídica positiva, tiene en el Estado de Derecho contemporáneo. En efecto, a raíz de la relativización del concepto de soberanía por el respeto que debe a la dignidad de la persona y a los derechos esenciales inherentes a esa cualidad del ser humano, resulta que la ley dejó el sitial privilegiado que tuvo por siglos, descendiendo para quedar subordinada tanto a la Carta Fundamental como a los tratados internacionales relativos a los derechos aludidos.

1. La experiencia, trágica en punto a los sufrimientos de toda índole padecidos en los más diversos países en el siglo XX desembocó, afortunadamente, en un consenso, amplio y profundo, consistente en limitar al legislador por Constituciones garantistas, expresivas de un Derecho mejor<sup>6</sup>. Herbert Krüger lo resumió con una frase que ha llegado a ser famosa<sup>7</sup>: "Antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley; hoy, las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales."
2. Imperativo es recordar que la alteración explicada se halla motivada por derechos rara vez comentados.  
Me refiero, desde luego a que, por siglos, la ley apareció como la disposición típica del ordenamiento positivo, de modo que nada había sobre ni bajo ella. Fue la contribución admirable del constitucionalismo norteamericano, a partir del caso *Marbury v. Madison* en 1803, la que conflujo en una idea nueva de la Carta Fundamental, superior a la ley y preeminente en su vigencia efectiva<sup>8</sup>. Y, en segundo lugar, que subyacente a la ley o por debajo de ella se fue tornando tan ostensible como indiscutible que todo no podía ser legislado. Quedó así de

manifiesto la necesidad de reglamentar los preceptos legales y, en el emergente Derecho Administrativo, la exigencia de distinguir la potestad reglamentaria de los demás actos administrativos<sup>9</sup>.

Secuela de esa alteración del *ethos* en el orden jerárquico de los preceptos jurídicos fue la introducción de los controles requeridos para infundirle eficacia, contemplándose los órganos, las acciones y los procedimientos de rigor. Quedó, de tal manera, articulada la Justicia Constitucional en los Códigos Políticos, con característica difusa al principio y crecientemente concentrada después. El resultado en la actualidad es el predominio de regímenes mixtos, esto es, integrados por instituciones diferentes que participan, cada cual dentro de su competencia, en vigilar al legislador para que acate la supremacía. El principio de "separación de poderes", con los frenos y contrapesos respectivos, se ha reafirmado, abarcando los aspectos preventivos y *ex post*, procesales y sustantivos del control de los textos legislativos<sup>10</sup>.

3. En Chile, el proceso alcanzó rasgos notables con la reforma de 2005, porque el Tribunal retuvo su competencia exclusiva para velar, *ex ante*, por el respeto de la supremacía de los proyectos de ley pertinente<sup>11</sup>, pero incrementado con el control *ex post*. En este, ahora el Tribunal es la Magistratura que, con caracteres exclusivos y excluyentes de todo otro órgano, ejerce el control tanto *inter partes* o de inaplicabilidad del precepto legal en el asunto o gestión concreta que motiva el requerimiento, como *erga omnes* o de inconstitucionalidad, abstracto y equivalente a la derogación de la ley con alcance general.  
Puede hablarse de un sistema de control, cuyo principio se halla en la ampliación de los sujetos activos legitimados para requerir el pronunciamiento de nuestra Magistratura, es decir, las partes y los jueces que conocen de los asuntos respectivos; continúa con el pronunciamiento, por cada Sala, de la admisibilidad de tal requerimiento; prosigue con la eventual declaración de suspensión del procedimiento, esto es, la paralización de la gestión en curso por la orden de no innovar que dicta la Sala encargada del asunto; y queda así, por último, en situación de ser conocida y decidida la cuestión en el Tribunal Pleno. En relación con este último punto, recuérdese que

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Fuerte* (Madrid, Ed. Trotta, 1999) pp. 15 ss.

<sup>7</sup> Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1987) p. 41.

<sup>8</sup> Walter Murphy: *Constitutional Interpretation* (Princeton U. Press, 1985) pp. 600 ss.

<sup>9</sup> Eduardo García de Echeverría y Tomás Ramón Fernández: *1 Derecho Administrativo* (Madrid Ed. Civitas, 1997) pp. 200 ss.

<sup>10</sup> Véase del autor, en este número de los *Cuadernos*, el ensayo sobre "Proyecciones de la Separación de Poderes en el Estado Contemporáneo".

<sup>11</sup> Artículo 93 inciso 1º N° 1 y 3, en armonía con los incisos 2º y 4º del mismo artículo.

el Código Político ha puntualizado el quórum requerido: la mayoría de los Ministros en ejercicio para pronunciar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado<sup>12</sup>.

Eventualmente y después, como ya se dijo, el control de supremacía puede culminar con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de aquel precepto. El impulso para hacerlo proviene de la acción pública o del mismo Tribunal obrando de oficio<sup>13</sup>. Por una u otra iniciativa, la norma legal termina siendo eliminada del ordenamiento jurídico. El quórum para acordarlo se eleva, en tal hipótesis, a cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal<sup>14</sup>.

#### IV. INCIDENCIA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El proceso recién explicado puede ser calificado de índole interna o intrínseca del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debo referirme ahora a una fuente externa a ese ordenamiento, tanto o más importante que la antes expuesta. Me aproximo al tema diciendo que vivimos la época en que surgió y se va consolidando un concepto o idea nueva de Constitución con todas las implicancias pertinentes.

Ese concepto o idea nueva puede ser caracterizado, sumariamente, destacando los rasgos siguientes:

- Supremacía formal y sustantiva de la Carta Fundamental, con énfasis a propósito de la ley pero, cada día más, también en nexo con la potestad reglamentaria y todos los actos administrativos, cualquiera sea su denominación y régimen de control más específico;
- Reconocimiento que la Constitución es la fuente primaria del sistema normativo, cuya imperatividad goza de los caracteres de inmediata y directa, sancionándose las omisiones en que incurrir el legislador, pero sin que tal crítica perturbe la aplicación, sin más trámite, de sus disposiciones;
- Articulación de valores, principios y normas con un *ethos* o espíritu humanista, es decir, que asume la dignidad de la persona en cuanto criterio matriz, del cual fluyen los derechos y deberes inherentes a esa cualidad única del sujeto aludido;

<sup>12</sup> Artículo 93 inciso 1º No 6 en relación con el inciso 11º del mismo artículo

<sup>13</sup> Artículo 93 inciso 12º.

<sup>14</sup> Artículo 93 inciso 1º No 7.

- Imperativo de tutelar y promover aquel humanismo por todos los órganos estatales, debiendo el ordenamiento contemplar las garantías, sobre todo judiciales, que permitan el acceso fácil a ella para infundirle eficacia sociológica;
- Entronización de la Justicia Constitucional como Magistratura dedicada a la defensa del Código Político en todo momento y circunstancia, cualquiera sea el que intente transgredirla o la haya quebrantado;
- Radicación en el Tribunal o Corte Constitucional o en la Sala Constitucional de la Corte Suprema en los países en que no existen aquellas Magistraturas, de la responsabilidad suprema de custodiar el respeto y desenvolvimiento de aquel Código, cualidad de la cual fluye el imperativo de obedecer siempre lo resuelto por dichos custodios del Código;
- Aplicación de una hermenéutica axiológica y finalista, resolviendo antinomias, ambigüedades, colisiones y conflictos político-constitucionales con sujeción a la Ley Suprema, para protegerla y con subordinación a ella;
- Apertura de la Carta Fundamental a la vida de la comunidad en que se halla inserta, acogiendo las demandas de la población y devolviéndolas con sentencias a favor del orden y seguridad, de la justicia y paz, del progreso y bienestar, desestimándose una pureza jurídica tan formal e irreal como conducente a abusos y manipulaciones del Derecho por las prácticas políticas;

En fin, irradiación de la doctrina que emana de esa jurisprudencia a toda la comunidad, con preponderancia de la integrada por los operadores jurídicos, siendo obligación de sus destinatarios, sin excepción, estudiarla, difundirla, respetarla y hacerla cumplir de buena fe y omitiendo reticencias.

Por supuesto, la nueva idea de Constitución que he bosquejado representa la secuela de un largo y difícil proceso cultural, del cual resulta imposible vaticinar el carácter de irreversible. Pero, siendo esa nueva idea un testimonio elocuente de progreso para la regulación justa de la convivencia, todos se hallan convocados a conocerla, difundirla, practicarla y hacer que sea acarada sin reservas.

#### V. HORIZONTE

Atrás va quedando el formalismo de la Constitución escrita, tanto como su aislamiento de la realidad de los procesos presentes y de la evolución histórica. Al fin, se ha comprendido que la pureza formal del Derecho desembocó en la sumisión completa tanto de él como de los legisladores, funcionarios y jueces

a las contingencias del Poder ideológicamente ejercido. Marginada está quedando, por consiguiente, esa visión científica pura, típica de las disciplinas exactas, imposible de extrapolar al Derecho, henchido de libertad en el orden, de igualdad sin discriminación, de certeza legítima, de diversidad en el marco de consensos básicos, de circunstancias infinitamente variables que impiden encapsular, sin más, en los preceptos, escritos y *a priori*, la dinámica riquísima de la vida en la sociedad democrática y pluralista.

El bosquejo que hecho de la nueva idea de Constitución según el Neoconstitucionalismo, incluye roles inéditos para el Código Político. Cito, porque condensa con brillo ese postulado, lo escrito por Peter Häberle<sup>15</sup>:

“Constitución es “invitación y barrera” (R. Smend), norma y tarea (U. Scheuner), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables y, por fin, cultura. No es mero “estatuto de organización” o “instrumento de gobierno”, sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho constitucional. Tampoco olvidemos que existe tanto Estado como la Constitución establece. (...) La Constitución deja de ser un instrumento sólo jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *viva* y esencialmente, expresión y transmisión de cultura, marco de reproducción y reproducción cultural, recepción y memoria de tradiciones, experiencias, vivencias y sabidurías.”

No se controversie la sumisión del ordenamiento jurídico completo al *telos* constitucional, rasgo que tampoco puede ser homologado con el panconstitucionalismo pero impide admitir la sustracción o exención de una o más disciplinas de los valores, principios y normas del Código Político. A raíz de lo recién expuesto, inserto una última deducción ilustrativa: la irradiación al Derecho Privado de los postulados jurisprudenciales de la Justicia Constitucional, de modo que la autonomía de la voluntad no puede ser más invocada para eludir cuanto es inherente al nuevo constitucionalismo, *v. gr.*, en punto a la renuncia anticipada del ejercicio de los derechos esenciales, o su entorramiento ilícito<sup>16</sup>. De tan relevante enunciado colijo otra conclusión que obliga a proyectar, en el sentido de dirigir, extendiéndolo, el principio a la Sociedad Civil: la creciente autonomía de esa Sociedad con respecto al Estado,

clave en la democracia participativa y solidaria que anhelamos, torna ineludible fortalecer la subsidiariedad y la solidaridad respetando los límites que separan a una del otro<sup>17</sup>.

Insisto en que la potencialidad del cambio constitucional de 2005 que he bosquejado recién comienza a ser descubierta. Una evidencia de lo dicho es que han ingresado setenta recursos de inaplicabilidad al Tribunal en sólo nueve meses. Útil es tener presente que esa cifra era la enrolada en seis años por la Secretaría de la Corte Suprema<sup>18</sup>.

Con recursos limitadísimos, contrastantes con la buena voluntad, dedicación y rigor de los diez Ministros del Tribunal para doblegarlos, hemos logrado dictar las sentencias definitivas en las inaplicabilidades, en promedio, dentro de los tres meses siguientes a ser admitidas a tramitación. Una vez más, compárese tal plazo con los dos o más años que requería alcanzar el mismo resultado en la Corte Suprema.

Nos acercamos, sin embargo, al ejercicio de la potestad más delicada y trascendental: el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de uno o más preceptos legales, siendo concebible que un cuerpo normativo completo pueda ser tachado de ese vicio. La experiencia recogida, aunque breve, ya es valiosísima a los fines de decidir, con la objetividad y prudencia requeridos, si los preceptos declarados inaplicables, reiteradamente en casos muy semejantes aunque nunca idénticos, deben ser expulsados del sistema jurídico chileno.

Cumpliendo sus funciones, como lo hace, con determinación, imparcialidad y acuciosidad, el Tribunal va contribuyendo a la consolidación de grandes conquistas para el beneficio del Estado Constitucional en Chile. Al menos, permítrase me mencionar los aportes siguientes:

- Purificación del sistema jurídico al eliminar disposiciones legales que vulneran la Constitución, opción abierta pues lo que cabe es revisar múltiples disposiciones de códigos y leyes que, probablemente, pugnan con el *telos* de la Carta Política;
- Entronización de nuevos estándares de interpretación, superando los métodos tradicionales y que eran tributarios de la soberanía de la ley con la casación en la cúspide<sup>19</sup>;

<sup>15</sup> Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar (Lima, Ed. Palstra, 2004) p. 177.

<sup>16</sup> Revítese María Venegas Grau: Derechos Fundamentales y Derecho Privado (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004) pp. 205 ss.; y Pedro de Vega: “La Eficacia frente a Particulares de los Derechos Fundamentales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): III Derecho Procesal Constitucional (México DF., Ed. Porrúa, 2006) pp. 2315 s.

<sup>17</sup> Raymond Chappuis: La Solidarité (Paris, PUF, 1999) pp. 3 ss.

<sup>18</sup> Véase la cuenta anual del Presidente de la Corte Suprema, en sus anexos estadísticos, publicada en el Diario Oficial en el mes de marzo de cada año.

<sup>19</sup> Consúltese Francisco Zúñiga Urbina: “Control de Constitucionalidad y Casación”, en X Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006) pp. 375 ss.

- Aliento al despliegue del Derecho por los jueces, animándolos a realizar la jurisprudencia ciñéndose al humanismo del Código Político y comprendiendo en ese criterio matriz la legislación que le está subordinada. Sin caer en el activismo judicial, denunciado por quienes sueñan con mantener a los magistrados en la inmovilidad que les fijó Montesquieu, tampoco rehusemos asumir resueltamente los roles que demanda el nuevo constitucionalismo; y
- Por último, una deducción que nos alcanza de lleno: conciencia que ya llegó el tiempo de incorporar a los planes y programas de todas las Escuelas de Derecho la asignatura de Justicia Constitucional, convencidos que, al proceso civil y penal, lo ha seguido pero para seguirlos, el proceso constitucional, con actores, tribunales y procedimientos en gran parte descritos y que han de ser entendidos con la autonomía correspondiente.<sup>20</sup>

Estoy seguro que, de seminarios como el que aquí se inaugura, fluirá la convicción en punto a continuar avanzando en la dirección que les he dejado sugerida esta mañana. Al cabo de una generación, ojalá menos, habremos consolidado y desarrollado la nueva idea de Constitución que hoy vislumbramos. Si así lo hacemos, imperará en Chile un Derecho más justo y una democracia más real y plena.

## XV. CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD EN AMÉRICA\*

**J**unto a las más altas autoridades del país, nos reunimos para iniciar tres jornadas de trabajo destinadas a fortalecer la Justicia Constitucional en Iberoamérica.

Un año atrás, durante la Conferencia de Sevilla, solicité que el Tribunal Constitucional de Chile fuera el organizador del magno encuentro que ahora inauguramos. Prometí que lo haríamos en este Palacio, futura sede de la Institución que presido, y culminando los actos conmemorativos del 35º aniversario de su fundación y 25º aniversario de su restablecimiento. La unanimidad de los entonces congregados accedió a mi petición. En esta hora, de recuerdo y esperanzas, mirándonos nuevamente reunidos, podemos decir que, felizmente, hemos cumplido el objetivo que nos trazamos en Sevilla.

La misión de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales es importante y difícil. Del éxito de nuestro esfuerzo y perseverancia dependen los valores más relevantes para la democracia y el imperio del Derecho en los veintitres países aquí representados. Nuestro desafío es también complejo, porque los obstáculos que enfrentamos, muchos heredados y que no hemos podido corregir, tienden a arraigarse o, al menos, erigirse en problemas insalvables.

Sabemos que la Justicia Constitucional es nueva y no ha logrado todavía arraigarse plenamente en la cultura jurídico-política de la mayoría de nuestros países. Necesitamos conocer los obstáculos que nos impiden avanzar en esa dirección, cualquiera sea su naturaleza. Requerimos comparar experiencias, constatar semejanzas y diferencias, en fin, coordinar esfuerzos e integrar recursos en la consecución de iniciativas comunes. He ahí el primero de los propósitos de esta Conferencia.

<sup>20</sup> Revise Héctor Fix Zamudio: *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano* (México DF., Ed. Porrúa, 2005) pp. 67 ss.

\* Discurso inaugural de la Vª Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, pronunciado en el Palacio Arzúta de Santiago el miércoles 25 de octubre de 2006.

Pero estamos aquí para preocuparnos, además y especialmente, del Juez Constitucional, es decir, de la persona humana sobre la cual recae la responsabilidad de defender la Carta Fundamental ante toda autoridad, grupo o ciudadano y cualquiera sean las circunstancias, de crisis o no, que atravesemos. Ese Magistrado tiene que ser, por consiguiente, ejemplar en su temple y prudencia, en su firmeza y entereza, en su ciencia, rigor y ecuanimidad. Para servir al espíritu de la Constitución y sometiéndose siempre a ella, el Juez Constitucional ha de convertirse en un modelo en su vida, en su labor y en sus sentencias. En el enunciado descrito se halla la segunda finalidad de nuestra Va Conferencia.

Esta reunión tiene que ser el foro en que reconoczamos nuestras limitaciones y potencialidades; en que consensuemos políticas concretas de ayuda, cooperación e integración de recursos y esfuerzos en la práctica de investigaciones sobre los dilemas que enfrentamos, las estrategias para vencerlos y la consolidación de nuestras Magistraturas en los niveles alcanzados. No podemos retroceder y tampoco doblegarnos. Propugnemos la solidaridad entre nuestros Tribunales y Cortes, apartando rivalidades, perdonando omisiones y errores, buscando, en definitiva, la realidad última que nos singulariza e identifica como seres humanos al servicio del Derecho en Democracia. Todo eso y más implica consolidar Conferencias como ésta, dotándolas de estatuto y autoridades permanentes, habilitándolas para trazar políticas, acordar y promover iniciativas, defender el rol de nuestras Magistraturas y relacionarnos con el mundo, varios de cuyos exponentes, como observadores, se encuentran aquí con nosotros. En el explicado yace el tercer designio de este Encuentro.

La Justicia Constitucional ha cambiado en el mundo y en Iberoamérica<sup>1</sup>. Rebasando su rasgo de legislador negativo, sin perderlo por entero, se ha ido convirtiendo en sistema jurisdiccional cabalmente entendido, accesible a todos quienes reclaman la protección de la dignidad humana y la tutela de los derechos esenciales que fluyen de ella. Sirviendo la misión de amparar tales atributos inalienables, en la noble vertiente nacida en México en 1841<sup>2</sup>, la Justicia Constitucional se erige en la actualidad en garante no sólo del sujeto ante el Estado, sino que también de frente a sus semejantes en el ámbito de los

particulares<sup>3</sup>. Más todavía, si bien subsidiariamente, la Justicia Constitucional se ejerce más allá de las fronteras geográficas a través del amparo transnacional. Profundizar en los tópicos aludidos y extenderlos, v. gr., a la realización de los derechos sociales es el cuarto designio de la Conferencia que iniciamos.

Felizmente, ya nos encontramos reunidos, tantos y buenos amigos. Entre nosotros se ha ido construyendo una comunidad que se proyecta a la labor magisterial que servimos. En este ambiente de confianza y transparencia impulsamos el diálogo con franqueza, animados de la buena voluntad que todos compartimos. Con ese idealario en la mente, comprometámonos a que la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, como la llamó el inolvidable maestro Mauro Capelletti<sup>4</sup>, se consolide pronto en todos los pueblos y territorios de Iberoamérica.

<sup>1</sup> Véase, en general, Ronald St. John Macdonald y Douglas M. Johnston (editores): *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community* (Amsterdam, Ed. Martinus Nijhoff, 2005).

<sup>2</sup> Revívese en general, Eduardo Cifuentes Muñoz: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares* (México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998); y María Venegas Grau: *Derechos Fundamentales y Derecho Privado* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004).

<sup>3</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "Breves notas sobre el Amparo Latinoamericano", en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer-Mac-Gregor (coordinadores): *El Derecho de Amparo en el Mundo* (México DF., Ed. Porrúa, 2006) p. 11; Héctor Fix-Zamudio: "Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): *1. Derecho Procesal Constitucional* (México DF., Ed. Porrúa, 2006) pp. 287-288.

<sup>4</sup> "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en Louis Joseph Favoreu (editor): *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) pp. 614 ss.

## XVI. IMAGEN DEL JUEZ Y DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA\*

### INTRODUCCION

En esta ponencia general se resume un punto de vista en el tema central de la V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Ha sido redactada con el propósito de incentivar el análisis del tema de la convocatoria, esto es, el Juez Constitucional en los veintidós países que participan en tal Encuentro.

Siempre es difícil presentar una visión panorámica acerca de un asunto complejo, delicado, con influencia histórica ostensible y en el que se requiere cautela para formular apreciaciones generales, identificables sólo con ciertos rasgos comunes dentro de la diversidad que caracteriza la evolución, estado de desarrollo, trayectoria institucional y otras variables influyentes en la época que vive cada uno de esos países. Aunque se reconoce tan gravitante serie de circunstancias, esta ponencia central ha sido escrita animado de una convicción, cual es, que la intervención de los Magistrados de los diversos Estados y Organismos participantes permitirá precisar ideas, desarrollar conceptos, incluir tópicos omitidos, corregir afirmaciones y, en definitiva, lograr un conocimiento más completo y real del Juez Constitucional y de las instituciones de las cuales es miembro.

La ponencia está fundada en la buena fe y guiada por la transparencia, pidiendo a sus destinatarios que sea comprendida y evaluada con esa intención y el espíritu constructivo recién realizado.

El análisis se halla dividido en dos tópicos inescindibles: el primero versa sobre la Justicia Constitucional en cuanto organización en proceso de institucionalización; el segundo se refiere al Juez Constitucional como fuente y finalidad primordial de aquella Justicia. La tesis del autor estriba en que el Juez es determinante del éxito, rutinización o fracaso de esa Justicia, rasgo que

tendría que focalizar en él la preocupación por consolidar esa función clave para la democracia contemporánea.

En la elaboración del documento se tuvo presente la respuesta recibida al cuestionario que, acerca del Juez Constitucional en Iberoamérica, fue distribuida cuatro meses atrás. Sin embargo, el análisis comparado de tales respuestas es el objeto de un informe separado de esta ponencia, aunque pueden ser leídos como complementarios y cabe asumir que tal sucederá en los debates de la Conferencia.

En aquel cuestionario se encuentra información importante, aunque también se advierte, ocasionalmente, la ausencia de pronunciamiento sobre otras interrogantes cruciales; v. gr., las tres últimas y que permiten captar, desde un ángulo sociológico y no sólo dogmático, la situación en que se desenvuelve la Justicia Constitucional en nuestros países.

El tema de esta ponencia es amplio y complejo, mal examinado más que novedoso, cuya trascendencia resulta indudable. Fácilmente se entiende que, siendo una imagen global del asunto, cabe limitarse a exponer un punto de vista, conciente que puede suscitar adhesiones y disidencias. Además, fuerza es realzar el aspecto evaluativo del documento, concebido con espíritu crítico pero, sobre todo, animado de esperanza en nuestra capacidad de forjar una conciencia democrática más justa, pacífica y perdurable mediante la vigencia de la Constitución legítima. Sobre esa base concreta se espera que el desarrollo y desenlace de la V Conferencia llegue a conclusiones acertadas, tanto para fortalecer la Justicia Constitucional en el Estado de Derecho como, especialmente, de preocuparse del Juez en cuanto principio, finalidad y medio decisivo de actuación de las instituciones encargadas de la defensa de la Carta Fundamental en todo tiempo y circunstancia.

### I. TRES SUPUESTOS ACLARADOS

Para orientar el análisis del tema útil es formular tres supuestos o puntualizaciones preliminares.

Primero: tórnase necesario recordar que América Latina abarca diecinueve países, desde México en el norte, hasta Argentina y Chile en el extremo austral. Son muchas naciones que comparten los procesos de colonización y de independencia; el idioma, salvo Brasil, la religión y numerosos rasgos culturales. Además, existe cierta semejanza en el nivel de desarrollo político y socioeconómico de sus pueblos. Por último, más de quinientos millones de habitantes viven en ella, de los cuales, alrededor del cuarenta por ciento se halla sumido en la pobreza.

\* Ponencia General de la V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, celebrada en Santiago desde el 25 al 27 de octubre de 2006.

De cara a tan importante conjunto de convergencias, más lamentable deviene comprobar que nuestra América exhibe divergencias. No faltan los caudillos que tienden a realzar los antagonismos entre los países y la confrontación o el conflicto entre ellos; carecemos de estrategias compartidas para el desarrollo humano, habiendo ensayado, en las décadas de 1960 a 1980, todos los modelos imaginables<sup>1</sup>. En fin, los esfuerzos de integración pueden ser evaluados más crítica que positivamente. Síguese de tal premisa que, entre nosotros, son peccaritos los supuestos configurativos de culturas homogéneas. Piénsese en el crecimiento con igualdad de oportunidades; la erradicación de la pobreza y la distribución equitativa del ingreso nacional; la implementación de políticas de inclusión y no de marginación de sectores vastos de la población; en fin, la prevención y readaptación de los delincuentes para fomentar la seguridad colectiva, sin perjuicio de materializar sanciones que sean racionales y efectivas<sup>2</sup>.

Segundo: las instituciones políticas de América Latina son débiles, es decir, no se hallan arraigadas en la cultura de la población<sup>3</sup>; probablemente, porque tampoco llegan a todos los grupos y clases de las sociedades nacionales respectivas. Son, más bien, organizaciones distantes, crecientemente vistas por la gente como burocráticas y ajenas<sup>4</sup>.

De tal fenómeno surgen graves secuelas, tan conocidas que no requieren siquiera ser enunciadas aquí. En su lugar, pertinente es preguntarse: ¿por qué carecemos de instituciones sólidas y perdurables para estructurar, regular y promover la participación, la solidaridad y el control de los procesos políticos? ¿qué razones permiten comprender la ingobernabilidad, como criterio general, de América Latina? Las respuestas son numerosas y destacan variables distintas. En términos sencillos ineludible se vuelve señalar, al menos, tres factores<sup>5</sup>.

Por de pronto, la ideologización de la convivencia política, polarizada en términos de reformismo y contrareformismo, de revolución y contrarrevolución, de indigenismo y europeización, de vía jurídica y camino insurreccional para los cambios, de liberalismo individualista y de marxismo colectivista, en fin, de militarismo caudillesco y de liderazgo civil y populista<sup>6</sup>. Todos admiten que un instrumento para doblegar tan deplorable distanciamiento es la educación, impartida sobre la base de un cuerpo de valores compartido pero, por desgracia, se sabe también que en ese proceso trascendental se incurre en abismantes conflictos, llegándose a la anomia en aras del protagonismo individualista<sup>7</sup>.

Aunque no revierte carácter global en la región, tampoco puede ser ignorada la división y antagonismo que existe entre ciertos países de América Latina. Tales conflictos han sido liderados por clases políticas no rara vez mediocres o corrompidas. Además, los regímenes políticos han sido, a menudo, manipulados por movimientos o partidos oligárquicos, racios a la implantación de fórmulas típicas de la democracia semidirecta y a la descentralización gubernativa. Esas organizaciones políticas se articulan con sindicatos, cámaras empresariales y gremios culminando en el manejo completo de la Sociedad Civil<sup>8</sup>. Esta, útil es realzarlo, carece de autonomía suficiente, de modo que es tanto o más débil que las instituciones políticas<sup>9</sup>.

Por último y en tercer lugar, recuérdese que el fenómeno jurídico es siempre complejo, pues en él se integran, bien o mal, la historia, la normativa vigente y los valores que infunden orientación a la acción humana, individual y colectiva. Lamentablemente, el fenómeno jurídico en América Latina tampoco se halla institucionalizado, esto es, internalizado como rasgo característico de la cultura nacional, con grado suficiente para afirmar que la mayoría de la población, urbana y rural, conoce, acepta y se rige por los principios y preceptos del ordenamiento positivo en vigor<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, François Chevallier: *América Latina. De la Independencia a Nuestros Días* (Barcelona, Ed. Labor, 1979) pp. 371 ss.; Jacques Lambert: *América Latina* (Barcelona, Ed. Ariel, 1970) pp. 433 ss.; Leopoldo Zea: *El Pensamiento Latinoamericano* (Madrid, Ed. Ariel, 1976) pp. 409 ss.; y Raúl Urzúa y Felipe Agüero (editores): *Fracturas en la Gobernabilidad Democrática* (Santiago, Imprenta Andrés, 1998). De interés resulta también Dieter Nohlen: *El Institucionalismo Contextualizado. La Relevancia del Contexto en el Análisis y Diseño Institucionales* (México DF, Ed. Porrúa, 2006) pp. 54 ss.

<sup>2</sup> Ernst Wolfgang Bockenförde: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid, Ed. Trotta, 2000) pp. 98 ss.

<sup>3</sup> Consultáse Georges Burdeau: *Tratado de Ciencia Política V, III* (México DF, UNAM, 1984) pp. 168 ss.; y del mismo autor: *su Método de la Ciencia Política* (Buenos Aires, Ed. Descala, 1964) pp. 187 – 199. Una visión más actual del tópico puede ser consultada en Gustavo Zagrebelsky: *Essere delle Istituzione* (Napoles, Editoriales Scientifica, 2005).

<sup>4</sup> Revívese la obra clásica sobre institucionalización, escrita por Samuel P. Huntington: *El Orden Político en las Sociedades en Cambio* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1973). Cf. las tesis de Huntington, por ejemplo, con James G. March y Johan P. Olsen: *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics* (London, The Free Press, 1989) pp. 21 ss.

<sup>5</sup> En la Ciencia Política contemporánea ha vuelto la preocupación por el enfoque institucional, evidencia de lo cual son, entre muchas, las obras siguientes: Robert E. Goodin y Hans Dieter Klingemann (editores): *A new Handbook of Political Science* (Oxford, Oxford University Press, 1998) pp. 133 ss. La traducción al español de esta obra se encuentra bajo el título *Nuevo Manual de Ciencia Política* (Madrid, Ediciones Isemo, 2001); y Rafael del Águila (editor): *Manual de Ciencia Política* (Madrid, Ed. Trotta, 2000) pp. 177 ss.

<sup>6</sup> Un panorama en el tema se halla en Wilhelm Hofmeister (editor): *Reformas Políticas en América Latina* (Río de Janeiro, Fundaço Konrad Adenauer, 2004).

<sup>7</sup> Véase Antonio María Hernández, Daniel Zavotto y Manuel Mora y Araujo: *Argentina, una Sociedad Anónima. Encuentro de Cultura Constitucional* (México DF, UNAM, 2005).

<sup>8</sup> José Luis Ca Egaña: "Presente y Futuro del Estado Social de Derecho", VII *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (2005) pp. 205 ss.

<sup>9</sup> Consultáse INUD: *Desarrollo Humano en Chile 2000. Más Sociedad para Gobernar el Futuro* (Santiago, Imp. Pyrina Gráfica, 2000) pp. 136 y ss.; Luis Carlos Bresser Pereira y Nuria Cunill Grau (editores): *Lo Público no Estatal en la Reforma del Estado* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 1998) pp. 25 ss.; y, en general, Graciela Soriano de García Pelayo y Humberto Nájim (editores): *Lo Público y lo Privado. Redefinición de los Ambitos del Estado y de la Sociedad* (Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, dos tomos, 1996); y Héctor Fix – Ferró, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Pardo (editores): *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización* (México DF, UNAM, 2003).

Nuevamente, la interrogante que nos preocupa es la misma: ¿por qué ocurre eso después de casi dos siglos de independencia nacional? Y en nexo con lo escrito se presenta otro dilema acuciante: ¿puede, sensatamente, descargarse la responsabilidad en otro o, antes bien, ella debe ser hallada en nosotros?

La respuesta no es única pero eso tampoco impide plantear hipótesis verosímiles, v. gr., la superposición, sin integración armónica, de las culturas jurídicas europeas sobre las costumbres indígenas; la dominación de visiones estatistas del Derecho, sobre todo la imagen de la ley en términos racionalistas, formales; impuesta desde arriba, carente de garantías eficaces<sup>11</sup> y de valores humanistas; y la copia o imitación de las instituciones; la doctrina y la jurisprudencia europea y norteamericana, sin sentido crítico adecuado o conformándose con la lectura de ellas<sup>12</sup>.

A pesar del largo tiempo transcurrido subsiste, en suma, cierto desprecio por lo vernáculo, calificado de atrasado o premoderno, tanto como admiración de paradigmas extranjeros. Sin embargo ¿no hay en este rasgo una contradicción, consistente en alabar y seguir lo foráneo, pero repudiarlo por invasivo, alienante, opresor o imperialista?

## II. UN CONSTITUCIONALISMO "CONSECUENTE"

Puede deducirse de lo dicho que el constitucionalismo de América Latina refleja las dificultades de las fracturas culturales descritas<sup>13</sup>. En este sentido, es factible afirmar que nuestro constitucionalismo es "consecuente" con esas culturas, es decir, que carece de arraigo suficiente en la población; ha sido impuesto por quienes han controlado el Estado; tiene carácter dogmático; posee rasgos propios del constitucionalismo administrativizado, porque se lo entiende, interpreta y aplica desde el Estrado y para volver a

él<sup>14</sup>; en fin, carece de garantías suficientes para adquirir grados de eficacia que lo hagan respetado y respetable por la gente, a raíz de ser vivido en la comunidad<sup>15</sup>. La denunciada falta o insuficiente institucionalización de las organizaciones y procesos de convivencia democrática en América Latina se repite a propósito del constitucionalismo<sup>16</sup>. No es extraño que sea así, porque el Derecho Constitucional es parte del Derecho y de la cultura jurídica en general, con sus cualidades, insuficiencias y vicios<sup>17</sup>.

Una consecuencia puede desprenderse de lo dicho. Me refiero a que la inestabilidad de las instituciones políticas y socio-económicas se replica en el síndrome del reformismo constitucional latinoamericano, al extremo que rara vez la elección de un Presidente de la República no va acompañada del anuncio que emendará el Código Político, como si la república requiriera volver a sus orígenes<sup>18</sup>. Es una mentalidad ilusa, algo cínica, conñada en que basta dictar normas jurídicas para erradicar envilecimientos, corregir las costumbres, forjar individuos virtuosos o lograr el desarrollo humano sostenido<sup>19</sup>.

Naturalmente, los reproches resumidos se trasladan a sectores importantes de la doctrina y la abogacía, a los jueces y, en general, a los operadores jurídicos, incluidos los parlamentarios y los funcionarios administrativos. Efectivamente, la interpretación de la Constitución se hace, generalmente, con sujeción a los criterios de la hermenéutica racionalista clásica, desvinculada de la historia externa a las normas positivas y despreocupada de la gravitación que deben tener en ella los valores políticos y jurídicos<sup>20</sup>. A pesar de los enormes sufrimientos padecidos por líderes y la población como secuela de represiones, dictaduras y autoritarismos, parece que en nuestra América no han sido aprendidas las lecciones que

<sup>10</sup> Véase una aproximación doctrinaria al tema en Alessandro Pizzorusso: *Justicia, Constitución y Pluralismo* (Lima, Ed. Palabra, 2005) pp. 23 ss. Ciertamente, el texto fundacional en el tópico es el de Maurice Hauriou acerca de la teoría de la institución, refundidos en (1925) *Principios de Derecho Público y Constitucional* (Granada, Ed. Comares, 2003) pp. 171 ss.

<sup>11</sup> Revisese Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta, 2005); y Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores): *Garantías* (Madrid, Ed. Trotta, 2005). Pertinente es también leer Andreas Boeckh: "La Modernidad Importada: Experiencias Históricas con Importaciones de Conceptos de Desarrollo en América Latina", en XIV *Diálogo Científico. Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía* (Tübinga, 2005) N° 1 - 2 pp. 37 ss.

<sup>12</sup> Consultese Jean Carbonnier: *Derecho Flexible* (Madrid, Ed. Tecnos, 1974) pp. 115 ss.

<sup>13</sup> Raúl Utría Frademann: "Son Gobernables Nuestras Democracias?", en Raúl Utría y Felipe Agüero (editores): *Fracturas en la Gobernabilidad Democrática*, cit., pp. 139 ss.

<sup>14</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *I Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1995) pp. 99 ss. Véase, además, de García de Enterría su libro dedicado a *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 95 ss.

<sup>15</sup> Revisese José Ramón Cossío Díaz: "Constitucionalismo Iberoamericano y Migración de Criterios", en Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décimo Aniversario de la Restructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México DF, Ed. Colón, 2005) y Domingo García Belandier: *El Constitucionalismo Peruano en la Presente Centuria* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990), pp. 313 ss.; Alan R. Brewer-Carías: *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 2001) pp. 61 ss.; y José Luis Cea Esgaña: "Etat, Société Civile et Démocratie Constitutionnelle en Amérique Latine", VI *Politeia* (Bordeaux, Université Montesquieu, 2004) pp. 385 ss.

<sup>16</sup> Véase César Landa: "La Vigencia de la Constitución en América Latina" y Domingo García Belandier: "Procesos Constitucionales Contemporáneos (Lima, Fondo Editorial de la P. Universidad Católica del Perú, 1996) pp. 13 ss. Maurizio Fioravanti: *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 127 ss.; y Gustavo Zagrebelsky: *Historia y Constitución* (Madrid, Ed. Trotta, 2005).

<sup>17</sup> Consultese María Victoria García-Añance: *Reforma y Permanencia Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 61 ss.

<sup>18</sup> Carbonnier, cit., pp. 122 ss.

<sup>19</sup> Cristóbal Oreaga Sánchez: *Análisis del Derecho Justo* (México DF, UNAM, 2005) pp. 7 ss.

demuestran el imperativo de entender el constitucionalismo con sujeción al humanismo, infundiéndole cualidades teleológicas y garantistas<sup>21</sup>.

El Bloque Constitucional<sup>22</sup> es el último punto a mencionar en el esquema descrito. La referencia se justifica pues no hemos integrado los procesos de constitucionalización del Derecho Internacional, por un lado, y de internacionalización del Derecho Constitucional, de otro, aunque invocamos los tratados internacionales de derechos humanos, pero sin otorgarles la eficacia que requieren para pasar de los libros a la regulación real de las conductas de la población y las actuaciones políticas<sup>23</sup>.

Nos debatimos en torno de dos tesis extremas: una, que jamás puede la soberanía ser concebida en términos de aceptar la jurisdicción interna de tribunales inter o supranacionales; y la otra, que esas magistraturas extranjeras son siempre superiores a las cortes nacionales, lo cual agudiza el rechazo de quienes defienden la primera de las tesis resumidas<sup>24</sup>.

### III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En todo el mundo democrático, la Justicia Constitucional no despuntó con rasgos consensuales y sencillos<sup>25</sup>. Por el contrario, desde su fundación en el Caso *Marbury v. Madison* en 1803, quedó de manifiesto que era necesario obrar con astucia o sagacidad para eludir los conflictos con los poderes políticos<sup>26</sup>.

- <sup>21</sup> Elías Díez: "Estado de Derecho y Derechos Humanos", en Jerónimo Betegón et al. (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) pp. 17 ss.; Ricardo Haro: "Reflexiones sobre el Humanismo y la Democracia en Jacques Maritain", en Asociación Argentina de Derecho Constitucional: XXI Debates de Actualidad N° 196 (2005 - 2006) pp. 50 ss.; y Werner Kagi: *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado* (Madrid, Ed. Dykinson, 2005) pp. 173 ss. Revisee también Olsen A. Ghirardi (director): *El Siglo XXI y el Razamiento Forense* (Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000).
- <sup>22</sup> Francisco Rubio Llorente: *La Forma del Poder. Estudios Constitucionales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) pp. 122 ss.
- <sup>23</sup> Véase Andrés D'Alessio: "El Acajamiento del Derecho y el Desarrollo de América Latina", en SELA 2000: *Estado de Derecho y Democracia. Un Debate Acerca del Rule of Law* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002) pp. 34 ss. El autor de esta ponencia general declara que vuelve siempre a reflexionar en el tema leyendo Bertrand de Jouvenal: *El Principado* (Barcelona, Ed. La Ciudad, 1975).
- <sup>24</sup> Humberto Nogueira Alcalá: "Las Constituciones Latinoamericanas, los Tratados Internacionales y los Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2000) pp. 163 ss. Revisee también Jorge Carpizo: *Algunas Reflexiones Constitucionales* (México DF, UNAM, 2004) pp. 141 ss.
- <sup>25</sup> Peter Häberle: "La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional", V *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2001) pp. 169 ss.
- <sup>26</sup> Juan José González Rivas: *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001) pp. 11 ss.; y Walter F. Murphy et al.: *American Constitutional Interpretation* (Mineola, Foundation Press, 1988) pp. 23 ss.

El fenómeno no fue diferente en Europa a partir de 1920, prueba de lo cual son las evidencias española de 1931-1933 e italiana de 1947. En América Latina vale también lo dicho<sup>27</sup>, pues los contratiempos han sido análogamente graves, oscilando entre la clausura de los Tribunales, la deposición de sus miembros, o la imposición de medidas que dejan sin independencia e imparcialidad a los Magistrados<sup>28</sup>.

En definitiva, la introducción de la Justicia Constitucional al sistema político ha sido difícil, porque el legislador no la ha aceptado fácilmente, imbuido del concepto rousseauiano de soberanía que expresa la voluntad general infalible<sup>29</sup>. Igualmente demostrada está la renuencia del Poder Ejecutivo a ser controlado en los actos de gobierno y administrativos más importantes, acostumbrado a que los órganos de control omiten, por lo común, fiscalizarlo o lo hacen con criterios formales<sup>30</sup>. Por último, el Poder judicial no ha sido amigable con aquella Justicia, probablemente porque ésta se plantea con estándares jurídicos renovados convergentes en la supremacía del Código Político y de su intérprete definitivo<sup>31</sup>.

Ciértese este enunciado aseverando que la Justicia Constitucional no estuvo siempre a disposición de la población para resolver problemas que afectan la dignidad y el ejercicio legítimo de los derechos esenciales. Por largo tiempo fue un mecanismo destinado a dilucidar los conflictos entre los órganos

- <sup>27</sup> Ilustro esta proposición aludiendo el caso de Chile, cuyo Tribunal Constitucional fue disuelto mediante el Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial el 10 de noviembre de 1973. Sobre la primera época del Tribunal Constitucional de Chile puede ser consultado el libro de Enrique Silva Cimma: *El Tribunal Constitucional de Chile (1971 - 1973)* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1977).
- <sup>28</sup> Norbert Lösing: *La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 2002) pp. 341 ss. Consultese también Humberto Nogueira Alcalá (coordinador): *Jurisdicción Constitucional en Chile y en América Latina. Presente y Prospectiva* (Santiago, Ed. Lexis-Nexis, 2005). Especialmente, el artículo de Miguel Ángel Fernández González: "Bases de los Tribunales Constitucionales en el Constitucionalismo Humanista", pp. 7 ss., de esa obra colectiva es pertinente al tópico arriba mencionado.
- <sup>29</sup> Id. Véase también Aurelio Menéndez Méndez y Antonio Pau Pedrón (directores): *La Proliferación Legislativa. Un Desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, Ed. Thomson - Civitas, 2004) pp. 589 ss.
- <sup>30</sup> Id. Véase, además, el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* correspondiente a los años 1997 y 1998. Sobre la fiscalización política del Gobierno puede ser consultado el libro de Günterberg Martínez Oyarza: *La Fiscalización Parlamentaria en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1978). Con respecto al control del contencioso administrativo, basta afirmar que los tribunales especiales competentes para conocer y resolver en esa materia fueron creados en la Constitución de 1925 y que, hasta la fecha, no ha sido posible dictar la ley que regule, con carácter sistemático y general, su funcionamiento. A propósito de este tema resulta conveniente consultar Carlos Carmona Sanzander: "El Contencioso Administrativo entre 1990 y 2003", de Juan Carlos Ferrada Bórquez (editor): *La Justicia Administrativa* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 183 ss. Revisee también Pablo Derznitzky Peredo: "La Defensa del Administrado en el Derecho Constitucional y Administrativo", II *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999) pp. 57 ss.
- <sup>31</sup> Véase Tomás Ramón Fernández: *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional* (Lima, Ed. Palestra, 2006) pp. 243 ss.

constitucionales, especialmente las crisis desatadas entre el Presidente y el Parlamento. Esa anomalía se ha ido corrigiendo, pero ahora con perjuicio de la eficiencia y eficacia de las Cortes y Tribunales recargados por miles de causas sin relevancia constitucional. Mediante el amparo, en la realidad, algunos tienden a demorar las decisiones en gestiones y juicios. Afortunadamente, se ha impuesto, paso a paso, el control de admisibilidad de los arbitros deducidos, rechazándolos cuando carecen de relevancia<sup>32</sup>.

El resultado del proceso resumido es que la Justicia Constitucional en América Latina se halla en proceso de institucionalización, atendido que es nueva, requiere afirmar su espacio propio dentro del sistema democrático, prestigiarse por la calidad y visión de su jurisprudencia y ganar el reconocimiento tanto de los órganos estatales como de la población. Imperativo se torna esperar, por consiguiente, y continuar avanzando tanto en las reformas que perfeccionen el sistema como en la legitimación política y social a que se ha aludido<sup>33</sup>. En el Juez Constitucional recae, en tal orden de ideas, una misión y responsabilidad capital. Sigue de lo dicho que resulta escasa la creatividad en torno de la Justicia

Constitucional en América Latina. Efectivamente, la doctrina se inclina por la réplica de experiencias europeas, o de innovaciones ocurridas en determinados países latinoamericanos, pero trasplantadas acríticamente. Y la preocupación de los Magistrados Constitucionales por la investigación de su realidad, animados de espíritu tan crítico como constructivo, distra de ser alentadora.

#### IV. DERECHO NUEVO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

El defecto capital del constitucionalismo latinoamericano ha sido el formalismo, su rasgo sólo virtual, la proclamación de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales en textos que se convierten en declamaciones retóricas<sup>34</sup>. Por eso, en la medida que la Constitución se haga viva porque es interpretada, aplicada y ejecutada para que sea vivida

<sup>32</sup> Véase Héctor Fix Zamudio: "Aproximación al Derecho Procesal Constitucional", III Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999) pp. 89 ss.; y Domingo García Belaúnde: "De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional", en el mismo Anuario, pp. 121 ss. También de Domingo García Belaúnde cabe consultar Derecho Procesal Constitucional (Bogotá, Ed. Temis, 2001).

<sup>33</sup> Las Facultades de Derecho deben servir un rol importante en este sentido, por ejemplo, creando la cátedra de Justicia Constitucional, con incidencia en el Derecho Constitucional Procesal, y produciendo investigaciones en el tema. Véase Pablo Pérez Tremps: Escritos sobre Justicia Constitucional (México DF, Ed. Porrúa, 2005) pp. 45 ss.

<sup>34</sup> Consultáse Krystian Complak: "Por una Comprensión Adecuada de la Dignidad Humana", XIX Revista Dikation (Cundnamarca, Universidad de La Sabana), No 14 (2005) pp. 19 ss.

por toda la población<sup>35</sup>, entonces la irrealdad de las Constituciones irá siendo remplazada por un constitucionalismo efectivo<sup>36</sup>.

En el fondo, presentamos el alumbramiento de un concepto nuevo de Código Político, tipificado por el tránsito desde la visión autoreferente del Estado a otra cuya cima es el humanismo, nacional e internacionalmente promovido y protegido<sup>37</sup>. Así, la Carta Política va siendo sentida como propia, comienza a erigirse en motivo de encuentros y cooperación, se descubre en ella su sentido de proyecto para la realización de acciones compartidas, cala en la mente colectiva como símbolo de unidad, en definitiva, va convirtiéndose en una institución jurídico-política de la más alta jerarquía, apreciada y defendida por la población<sup>38</sup>.

Situado en esa perspectiva, se asigna la mayor trascendencia al acceso fácil de los sujetos legitimados a la Justicia Constitucional: reconocimiento a las partes de una gestión y a los jueces, respectivamente, del derecho y la facultad para deducir la acción de inaplicabilidad ante la Justicia Constitucional. Esta ya no puede seguir siendo encargada de resolver los conflictos entre los órganos de jerarquía constitucional y nada más<sup>39</sup>.

Obviamente, un concepto nuevo de Constitución, forjado en la cultura constitucional del humanismo tiene que concretarse en una hermenéutica que deje de entender la defensa de la Carta Fundamental como un cotoje literal de preceptos legales o reglamentarios, por un lado, con aquellos que integran el rango supremo del orden jurídico, de otro<sup>40</sup>.

El punto que deseo realzar yace en que un Código Político que abre a las partes en litigio la posibilidad de profundizar el cambio aludido posibilita que la Justicia Constitucional se convierta, definitiva y categóricamente, en la defensora y promotora de la dignidad humana y de los derechos intrínsecos a esa calidad que legitiman al Derecho contemporáneo<sup>41</sup>. Cabe esperar que los jueces, en general, lleguen a sentirse compelidos por un predicamento análogo<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Herman Heller: *Teoría del Estado* (1934) (México DF, Fondo de Cultura Económica, 1968) pp. 267-268.

<sup>36</sup> Alan R. Brewer-Carías: *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, cit., pp. 61 ss.; y Antonia María Hernández: "Reflexiones sobre la Situación Actual y Perspectivas de los Sistemas Políticos y Constitucionales en América Latina", VII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2003) pp. 310 ss.

<sup>37</sup> María Cristina Serrano: "La Defensa de la Constitución y las Exigencias del Bien Común", en Víctor Bazán (coordinador): *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, cit., pp. 249 ss.; y Carlos Santiago Nino: *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Barcelona, Gedisa, 1997) pp. 258 ss.

<sup>38</sup> Francois Or: *El Tiempo del Derecho* (México DF, Siglo XXI Editores, 2005) pp. 284 ss.

<sup>39</sup> Revisese Peter Häberle: *Constitución como Cultura* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002) pp. 153 ss.; y Giovanni Biagini: "La Idea de Constitución: ¿nueva Orientación en la Época de la Globalización?", VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003) pp. 43 ss.

<sup>40</sup> Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, UNAM - P Universidad Católica del Perú, 2003) pp. 3 ss.

<sup>41</sup> Emmanuel Levinas: *Humanismo del Otro Hombre* (México, DF, Siglo XXI Editores, 2005) pp. 84 ss.

## V. INNOVACION PRINCIPAL

La historia del constitucionalismo es larga y ha demostrado que las dificultades para institucionalizarlo, en su visión humanista, son difíciles de superar. Sin embargo, se ha progresado en el cumplimiento de ese objetivo, en el mundo y en América Latina.

Entre los avances más importantes del último siglo se hallan las elecciones populares limpiamente celebradas, el incremento de la descentralización política y social, la incorporación de nuevos órganos constitucionales al sistema gubernativo, el acceso masivo a ciertos derechos de la segunda generación y, en menor medida, el reconocimiento de ámbitos más amplios de autonomía a la Sociedad Civil frente al Estado. Pero, seguramente, la Justicia Constitucional es la innovación más relevante, porque perfecciona el régimen democrático al complementar la regla de la mayoría con el respeto de la dignidad de la persona y los derechos esenciales que fluyen de ella<sup>43</sup>. Justo y enaltecedor es decirlo: en nuestra América hay Tribunales y Cortes que han defendido la dignidad humana atropellada por dictaduras, o que lograron remover obstáculos para retornar a la democracia<sup>44</sup>.

Evidentemente, no es fácil continuar ascendiendo en la dirección descrita, es decir, transitar del Estado de Derecho al Estado Constitucional y Social de Derecho<sup>45</sup>, porque significa subordinar el Poder al Derecho justo, la soberanía a las normas jurídicas, la razón de Estado a la razón de Persona. Pero el impulso renovador y legitimante prosigue. En ese esfuerzo sobresale la Justicia Constitucional, llamada a institucionalizar la democracia vivida según el Código Político humanista.

Esa Justicia en América Latina necesita ser fortalecida, autolegitimarse y ser percibida con cualidad de indispensable por la población. Lograrlo es un proceso prolongado y delicado. Para ello, aumentar la conciencia popular y de los líderes políticos acerca del imperativo de consolidar tal Justicia resulta fundamental; más decisivo todavía se torna, sin embargo, meditar sobre cuestiones olvidadas, descuidadas o equivocadas. De éstas, a ninguna se reconoce aquí más importancia que a las cualidades que ha de reunir el Juez Constitucional, cumplir los supuestos que es menester materializar para lograrlo

y, por último, ir suscribiendo la cultura jurídica exegética y legalista por la otra ya esbozada, del constitucionalismo humanista<sup>46</sup>.

## VI. EL PROTAGONISTA OLVIDADO

Al hilo de lo recién escrito, procede detenerse en la imagen del Juez Constitucional, su formación y preparación, su independencia, su labor y responsabilidad, en fin, en los valores jurídicos que el ordenamiento le impone observar en el ejercicio de su ministerio<sup>47</sup>.

El Juez Constitucional es el comienzo y el fin de la Justicia Constitucional. De él nacen las ideas, los proyectos, los consensos y disensos acerca del sentido y alcance de la defensa del Código Político y de su primacía tanto en parangón con el sistema legal como con el ordenamiento internacional. El Juez Constitucional determina, con su conducta, el vigor de las organizaciones que integra, dándoles o no la independencia, imparcialidad y coherencia que comprueban la cualidad de instituciones<sup>48</sup>. Por eso, compréndese que preocuparse del Juez Constitucional, asignándole preponderancia sobre los demás elementos de la Justicia Constitucional, equivale a priorizar las personas por encima de las estructuras, la creatividad y razonabilidad antes que la sumisión rígida a normas formales<sup>49</sup>.

Pues bien, de los numerosos y relevantes asuntos que, en la V Conferencia Iberoamericana, se refieren al Juez Constitucional, ninguno llega tan cerca ni cala tan hondo, como aquella imagen, de lo que debe ser la preocupación esencial de nuestra labor en estos días de intercambio de experiencias, constatación de convergencias y búsqueda de horizontes comunes. Pero, a la vez, resulta evidente la necesidad de reconocer un contrapunto entre tales propósitos, por un lado, y lo que uno mismo, como Magistrado ha sido, o cree ser capaz de llegar a ser, de otro. Esta ponencia general parte de tal supuesto y posee, en síntesis, carácter testimonial.

<sup>46</sup> Francisco Eguiguren Pradell: "Los Tribunales Constitucionales en la Región Andina", IV Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (2000) pp. 43 ss.

<sup>47</sup> Evelyn Haas: "La Posición de los Magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su Significado para la Vida Jurídica y la Sociedad", X Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2 (Montevideo, Imp. Mastegraf, 2004) pp. 101 ss.

<sup>48</sup> Constanze Grewe: "Le Status du Conseil Constitutionnel à la Lumière des Enseignements du Droit Comparé", VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) pp. 189 ss.

<sup>49</sup> Reinier Groer: "El Desarrollo Dinámico de la Perspectiva Constitucional por el Juez Constitucional en Alemania", Anuario cit., en la nota precedente, pp. 139 ss.

<sup>42</sup> Bockenförde, cit., pp. 181 ss.

<sup>43</sup> Giuseppe de Vergottini: *Le Transizioni Costituzionali* (Bologna, Ed. Il Mulino, 1998) pp. 11 ss. y pp. 157 ss.; y Pietro Giuseppe Grassi: *El Problema del Constitucionalismo Después del Estado Moderno* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005) pp. 67 ss.

<sup>44</sup> Complak, cit., pp. 20 ss.

<sup>45</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 21 ss.

Cabe resumir, por consiguiente, nada más que un punto de vista sobre lo que debe ser el Juez Constitucional en su extracción y preparación, en su independencia, responsabilidad y valores jurídicos al servicio del rol de defensor supremo del *ethos* de la Carta Fundamental legítima.

¿Por qué, cabe preguntarse desde luego, son tan reducidos los estudios sobre el Juez Constitucional como tal, a la vez que tan numerosos los concernientes al origen, naturaleza, estructura y funciones de los Tribunales o Cortes que aquellos integran? ¿no se capta, acaso, que la medida de tales organizaciones son sus miembros, con las convergencias y divergencias que existen en su seno, la entereza para cautelar la autonomía de las instituciones y que es, simétrica podría decirse, a la independencia de sus integrantes?<sup>50</sup>

Las interrogantes planteadas exigen respuesta adecuada, pues la literatura especializada es abundante en la descripción, explicación, comparación y evaluación, usualmente en el nivel exegético, de los textos constitucionales y legales referentes a la evolución histórica, el régimen de elección, mantención y remoción de los jueces constitucionales, su estatuto funcional, la competencia cuyo ejercicio les ha sido confiado, el procedimiento con sujeción al cual la desempeñan, en fin, los efectos de las sentencias pronunciadas por los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales.

Tales estudios son, sin duda, útiles y necesarios porque permiten conocer mejor el orden normativo positivo pertinente. Pero ellos resultan, sin vacilación, sólo parciales, insuficientes y, a menudo, inductivos a conclusiones equivocadas. Probablemente, esos estudios merecen, entre los reparos más severos, dos que pueden ser formulados en los términos siguientes: primero, asumiendo que los principios y disposiciones de la legislación no siempre son aplicados en la realidad, lo cual es una anomalía, tórnase indispensable conocer las causas de ese fenómeno y esforzarse por resolverlas, aunque sea paulatinamente; y segundo, peor aún, esos principios y preceptos devienen alterados, no rara vez, por interpretaciones torcidas o acomodadas, de las cuales derivan la omisión y la desviación en el control de supremacía, a la vez que la erosión del prestigio de organizaciones requeridas de institucionalizarse.

Conocer mejor al Juez Constitucional y rodearlo de un estatuto adecuado es una misión larga, compleja y difícil. Implica, desde luego, inducir el reemplazo de elementos esenciales de culturas jurídicas principalmente formalistas, desafío que comienza con la formación de abogados y juristas en las Facultades o Escuelas de Derecho y continúa en los estudios avanzados y en la práctica

profesional. En cada uno de esos ámbitos tendría, por consiguiente, que imperar la conciencia de analizarlo en su expresión positiva y, a continuación e ineludiblemente, en su realización empírica, constatarando las causas de omisiones, ineficacias, elusiones, resistencias y rechazos al régimen normativo vigente. El proceso, empero, tiene que proyectarse a lo largo de toda la vida magisterial del Juez Constitucional e incluso después de finalizarla<sup>51</sup>.

En analogo orden de ideas, debe propugnarse el respeto del Juez Constitucional y de la institución a la cual pertenece. Tal respeto ha de comenzar considerando la autonomía vigorosa de la Justicia Constitucional por todos los órganos políticos, pero tiene que ser, con idéntico o mayor energía aún, cautelada por los propios Jueces Constitucionales.

El propósito de nuestro esfuerzo, en síntesis, en reuniones sistemáticamente efectuadas como la V Conferencia, no puede ser sino conocer para corregir lo defectuoso y fortalecer el rol que el Juez Constitucional tiene en la Sociedad Civil y el Estado, ante la comunidad jurídica y entre sus pares, en su país y en el orden internacional. Precupa, desde tal ángulo, aumentar su legitimidad e, incluso, tornarla decisiva en el servicio de la democracia vivida de acuerdo con la Constitución. No sin razón se afirma, uniformemente, que la Justicia Constitucional es una de las innovaciones más importantes de la teoría jurídico-política contemporánea<sup>52</sup>.

## VII. IMAGEN IDEAL

Todo Juez Constitucional debe crear en la democracia, en el constitucionalismo y en cuanto una y otro implican, sustantiva y procesalmente, es decir, como modo de convivencia civilizado y método pacífico para resolver los conflictos políticos. Consecuentemente, resulta inconcebible un juez constitucional no comprometido con los valores que infunden sentido a la democracia constitucional<sup>53</sup>. Análogamente evidente se vuelve, por consiguiente,

<sup>51</sup> Haberte cit., pp. 62 ss.

<sup>52</sup> Mauro Cappellanti: "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en Louis Joseph Favoreu et al.: *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) pp. 618 ss.

<sup>53</sup> Jorge Millas Jiménez en su *Filosofía del Derecho* (Santiago, Ed. Universitaria, 1961) p. 239 sostiene que "El valor es la idea del ser que "debe ser", la posibilidad que exige acatamiento a una conciencia valorante. Se trata siempre de un arquetipo de realidad posible. El bien, por su parte, es el ente singular-cosa, persona, situación u objeto ideal que, referido a un valor, vale porque lo realiza." Revisese Klaus Stern: "Los Valores Culturales en el Derecho Constitucional Alemán", VIII *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004) pp. 557 ss.

<sup>54</sup> Véase, en general, Domingo García Belaúnde y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (coordinadores): *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional* (Lima, Justitia Editores, 2006).

que ese Juez tiene que ser siempre un defensor y promotor resuelto del *telos* constitucional, comprobando su reciedumbre, especialmente, en las encrucijadas provocadas por dificultades y conflictos con los demás órganos políticos<sup>54</sup>.

La tesis expuesta se cimenta en valores. Entonces, ¿cuál es el sistema axiológico que singulariza a tal especie de democracia y con el que debe identificarse aquel Magistrado?

Entre muchísimos susceptibles de ser examinados, sólo se hará alusión a los siguientes por reputarlos valores superiores o preeminentes para la configuración del perfil ideal mencionado<sup>55</sup>:

1. Conciencia en el sentido que la legitimidad de la sociedad política, nacional e internacionalmente entendida, se funda en el reconocimiento y promoción de la dignidad de la persona y de los derechos y garantías que emanan de esa cualidad intrínseca del ser humano, secuela de lo cual es que los gobiernos y las instituciones públicas han sido creadas y se mantienen para servir tan significativo postulado;
2. Convicción en punto a que la justicia es la sustancia y objetivo capital del ordenamiento jurídico positivo, premisa de la cual fluye la necesidad de buscar hasta hallar fórmulas prácticas que permitan consumir tal valor, argumentando sobre esa base en las decisiones respectivas;
3. Discernimiento en punto a que la Justicia Constitucional tiene su origen, finalidad y justificación capital en la resolución de conflictos o controversias políticas mediante el Derecho, superlativamente el articulado en el logue de constitucionalidad<sup>56</sup>. En defensa de la Constitución, con sujeción a ella y sin excederla en su espíritu y letra, ese es el lema<sup>57</sup>.
4. Predisposición a la deferencia razonada<sup>58</sup> como actitud ante el ejercicio de sus atribuciones por los demás poderes públicos, pero a la vez certidumbre en cuanto al control que es menester ejercer sobre ellas para defender el Código Político y que fue realzado, entereza para exigir respeto de la autonomía y demás rasgos definitorios de la Justicia Constitucional;

5. Compromiso con la búsqueda del entendimiento, el desarrollo y la paz por medio del Derecho, persuadido que su manifestación suprema se halla en la Constitución articulada con valores, principios y normas, todos susceptibles de ser implementados porque son preceptos jurídicos<sup>59</sup> y
6. Adhesión a cuanto implica la tolerancia y el pluralismo, dentro del marco de referencia prefigurado por las cinco series de valores antes mencionados.

## VIII. ARQUETIPO REALIZABLE

Imperativo se vuelve explicar, suscitadamente, por qué el conjunto de los valores reseñados deben ser reconocidos y promovidos como superiores y preeminentes por el Juez Constitucional en sus sentencias<sup>60</sup>.

Primeramente, pues ha de existir, o ser creada y fomentada, la conciencia del Juez Constitucional en el sentido que él no es un magistrado más y que tampoco puede ser equiparado al ministro de un Tribunal Supremo<sup>61</sup>. Ser Juez Constitucional, siguiendo lo que escribió Louis Joseph Favoreu<sup>62</sup>, significa comprender y aceptar que uno tiene que decidir los asuntos de su incumbencia primero y finalmente con la Carta Fundamental, y desde ella. Por ende, los códigos, leyes y reglamentaciones serán siempre utilizables, pero con carácter complementario, subsidiariamente, y en la medida que respeten el fondo y la forma de la Constitución<sup>63</sup>. Sensible resulta, por consiguiente, comprobar en la práctica la tendencia a comprender e interpretar la Carta Política a partir de regímenes normativos que le están subordinados, los cuales además son antiguos y obsoletos. ¿No es cierto, acaso, consecuencia de la formación, o de formación, de quien llega a ser Juez Constitucional?

Ser Juez Constitucional significa llegar a la Magistratura respectiva por algún régimen legítimo de selección y nombramiento, abarcando los métodos que tienen tinte político, en un elevado o noble sentido de esta palabra. quiero decir, el gobierno del Estado y de las relaciones entre ellos. Por ende, aunque

<sup>54</sup> Véase César Landa: *Justicia Constitucional y Political Questions*, IV Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) pp. 173 ss.

<sup>55</sup> Consultárese Francisco Javier Díaz Revorio: *Valores Superiores e Interpretación Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997) pp. 91 ss.

<sup>56</sup> Gustavo Zagrebelsky: *Principi e Voi. La Corte Costituzionale e la Política* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005) pp. 3-4 y 29 ss.

<sup>57</sup> Franek Modrzejewski: *Principios Generales de Derecho Público* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005) pp. 146 ss. Particio Zapata Larraín: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994). Existe una segunda edición de esta obra publicada por la Universidad Andrés Bello en 2002, pp. 6 ss.

<sup>59</sup> Véase Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* cit., pp. 150-151.

<sup>60</sup> Véase Manuel García Rellayo: "El 'Stareus' del Tribunal Constitucional", I *Revista Española de Derecho Constitucional* No 1 (1981) pp. 10 ss.

<sup>61</sup> Christian Starck: "Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios", XVIII *Revista Española de Derecho Constitucional* No 53 (1998) pp. 11 ss.

<sup>62</sup> Los Tribunales Constitucionales", en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (Coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Dikynson, 1997) pp. 103 y 106 ss.

<sup>63</sup> En análogo sentido revítese Dominique Rousseau: *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 25 ss.

son numerosos los ordenamientos de esa especie que han sido estudiados y ninguno se ha demostrado perfecto<sup>64</sup>, lo cierto es que:

1. El nombramiento del Juez Constitucional hace discutible la pertinencia de los concursos, incluso aquellos en que prima el mérito, o con mayor vigor aún, el acceso a esa Judicatura nada más que mediante el avance automáticamente hecho por antigüedad en un escalafón de la carrera judicial; y
2. Para que sea legítimo, la clave de un régimen de nombramiento escrita en que conduzca al Juez Constitucional, ya en el desempeño del cargo, a honrar el "deber de ingratitud" con quienes lo designaron<sup>65</sup>.

Ser Juez Constitucional implica, en tercer lugar, comprender o concebir la Constitución como el ordenamiento supremo del Estado de Derecho; integrado por valores, principios y normas, secuencia que denota orden jerárquico, amplitud decreciente y lo inverso en cuanto a flexibilidad para adaptarse a la evolución social. Presupone reconocer que, en esa triple secuencia, la Constitución tiene fuerza normativa propia y no suspendida ni subordinada a lo que precepte la ley; supremacía cuya imperatividad se irrada, como un efecto reflejo, sobre todo el sistema jurídico, provocando dos fenómenos típicos de nuestro tiempo: la **Constitucionalización del Derecho**<sup>66</sup> y la **inconstitucionalidad por omisión del legislador**<sup>67</sup>.

Ser Juez Constitucional presupone prepararse, con vocación y dedicación, al ejercicio de una Magistratura diferenciada; serviría con independencia tanto en relación con la Judicatura ordinaria como especial; convencido que el recto desempeño de ella implica el empleo diestro de técnicas jurídicas exclusivas, entre las cuales sobresale la hermenéutica efectuada con reglas propias, sin perjuicio de poder acudir siempre a los cánones tradicionales de la interpretación jurídica. Esa hermenéutica, útil es agregarlo, debe efectuarse con base en los valores y para la concreción real de ellos, de manera que tiene que ser imaginativa y creativa, adaptativa y finalista, considerando siempre la evolución de la sociedad y el espíritu de la época<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Véase Francisco Fernández: "El Tribunal Constitucional. Estudio Orgánico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* No 15 (1988) pp. 385 ss.

<sup>65</sup> Expresión usada por Louis Joseph Favoreu, cit., p. 108.

<sup>66</sup> En la literatura chilena este fenómeno ha sido examinado por Ramón Domínguez Aguilu en "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil en Chile", *Renunciante a reconocer tal fenómeno es, por el contrario, Alejandro Guzmán Brito en El Derecho Privado Constitucional en Chile* (Valparaíso, Ed. Universidad Católica de Valparaíso, 2001) pp. 32 ss.

<sup>67</sup> Véase, en general, José Julio Fernández Rodríguez: *La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General, Derecho Comparado y el Caso Español* (Madrid, Ed. Civitas, 1998); y Marcos Gómez Puente: *La Inactividad del Legislador. Una Realidad Susceptible de Control* (Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1997).

<sup>68</sup> Rousseau, cit., p. 22. Consúltese, además, Néstor Pedro Sguías: "Del Juez Legal al Juez Constitucional", *IV Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) p. 344.

Ser Juez Constitucional significa, buscar hasta hallar, mediante la Constitución y sin salirse de ella, la solución de problemas políticos planteados en términos jurídicos, interpretándola siempre de buena fe; sintiéndose un servidor y guardián leal de ella; indagando cuanto puede desprenderse de sus valores, principios y normas para resolver las controversias; y considerando que la doctrina de sus sentencias se extiende más allá del caso en cuestión, factor que lo obliga a prefigurarse las consecuencias.

Ser Juez Constitucional asume conocer la trayectoria institucional de la propia República, apreciando sus fortalezas y promovirlas, pero también consciente de sus fragilidades para morigerarlas y no agudizarlas.

Ser Juez Constitucional supone poner a prueba, en todas las decisiones que adopta, la resolución y la prudencia, el coraje y la independencia, la ecuanimidad y la ciencia o la técnica, en fin, la innovación y la experiencia. De esas cualidades debe dar siempre testimonio, pero que llega a ser ejemplar en las prevenciones y disidencias.

Ser Juez Constitucional implica siempre una capacidad especial de determinación, la cual, sin embargo, se torna aún más grave en tres momentos cruciales para la democracia constitucional: las transiciones desde el autoritarismo a la democracia; los tiempos de crisis para las instituciones jurídico-políticas; y las épocas de cambios sociales acelerados, los cuales hacen entrar en pugna la estabilidad con la adaptabilidad que debe tener toda Constitución para que llegue a ser perdurable.

Ciertamente, tórnase imperativo aquí efectuar un examen de conciencia para responder si y en qué medida se cumplen, real y no meramente en lo externo las exigencias enunciadas. Conterstar objetiva, honesta y persuasivamente tal pregunta contribuirá, sin duda, a conocer mejor al Juez Constitucional y, por consiguiente, a formarlo, prepararlo, protegerlo y controlarlo adecuadamente.

## IX. ¿CÓMO TRABAJA EL JUEZ CONSTITUCIONAL?

Lo que él fue antes de su designación o nombramiento influye, tal vez con carácter indeleble, en el estilo y método de trabajo que lo caracterizará después en el servicio de la Magistratura. Pues, el Juez Constitucional pudo haber sido abogado de ejercicio profesional libre, asociado o con trabajo solitario; pudo ser profesor universitario, especializado en la docencia e investigación de alguna cátedra de Derecho Público o, tal vez, en otra disciplina jurídica; no es raro que haya sido político, como Ministro de Estado, parlamentario o dirigente

de partidos; obviamente, se encuentran también Jueces Constitucionales provenientes de los Tribunales Superiores colegiados, o como simples magistrados, en fin, en el carácter de fiscales del Ministerio Público; por último, los hay que trabajaron en la Administración del Estado siendo altos funcionarios, diplomáticos o en la dirección de entes fiscalizadores especializados<sup>69</sup>.

En tan amplia gama de posibilidades se encuentran, sin embargo, ciertos factores comunes y que singularizan al Juez Constitucional: trayectoria dilatada y relevante, apreciada por su aporte significativo en la labor ya realizada. Pero más allá de esos rasgos uniformes se descubre la impronta de las diversidades, idénticamente determinante del trabajo del Juez Constitucional. Piénsese, por ejemplo, que no existe la carrera funcionaria en esa Magistratura, de modo que el mérito y la antigüedad en el oficio son, en sí mismos, irrelevantes para acceder a los nombramientos respectivos. ¿Sería, pese a ello, adecuado, conveniente o necesario impulsar la regulación legal de tal trayectoria funcionaria? Reflexiónese, asimismo, en las secuelas que, para la faena colectiva, tiene el haber sido modelado en el esfuerzo individual o de grupo. La inquietud es válida, ya que la curia o el pleno presuponen una actitud abierta, comunicativa y permeable a los juicios ajenos, no sólo respetuosa y tolerante de ellos<sup>70</sup>. Por el contrario, la formación de corrillos, de falta de transparencia, o la entronización de mayorías contra minorías ideológicas en el seno de la Instrucción culmina, casi inevitablemente en veredictos divididos<sup>71</sup>.

Tampoco se constataran similitudes en la organización del trabajo del Juez Constitucional una vez ya nombrado<sup>72</sup>. Este puede, en efecto, hacerlo en sesiones de la Corte o Tribunal en pleno, o bien, congregado en paneles o Salas. Cualquiera sea la modalidad, es clave admitir que, la posibilidad de llegar a los acuerdos indispensables para dictar decisiones o sentencias, depende del temperamento de los Magistrados<sup>73</sup>. La disposición al entendimiento se erige en requisito capital. Pero, aún siendo uno entre pares, al Presidente incumben roles susceptibles de ser ejecutados con éxito sólo merced a la prudencia y a la paciencia, a su ciencia, experiencia y discernimiento, todo lo cual refuerza su aura, ya ganada, de autoridad.

<sup>69</sup> Luis Aguilar de Luque: "La Justicia Constitucional en Iberoamérica", en I Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997) pp. 21 ss.

<sup>70</sup> Zegerbelsky, *Principi e Voti*, cit., pp. 7 ss.

<sup>71</sup> Francisco Canaño Domínguez: "Informe General sobre Criterios, Condiciones y Procedimientos de Admisión en el Acceso a la Justicia Constitucional desde la Perspectiva de su Racionalidad y Finalidad", en Anuario cit., pp. 35 ss.

<sup>72</sup> Alvaro Rodríguez Beseljo: "La Justicia Constitucional en los Sistemas Políticos Contemporáneos", en I Anuario cit., pp. 11 ss.

<sup>73</sup> Zegerbelsky, *Principi e Voti*, cit., pp. 34 ss.

La doctrina<sup>74</sup> realiza la importancia de los votos disidentes y de las preventiones, porque en ellas aparece el germen de la renovación del Derecho. Empero, tal cualidad, como fue dicho, debe ser evaluada en parangón con el vigor legítimo que fluye de veredictos unánimes. Aunque difíciles de alcanzar es positiva esa coincidencia en la interpretación de la Carta Fundamental para dilucidar dilemas políticos. No cabe vacilación para aseverar que la jurisprudencia uniforme repercute en la certeza jurídica y en la invocación que todos hagan de ella<sup>75</sup>.

Por supuesto, el ambiente externo de la Corte o Tribunal es una variable dependiente de los integrantes o miembros. La respetabilidad del Juez Constitucional, en otras palabras, se conquista y acrecienta con renunciamiento a la publicidad, sacrificio de afanes influencia en la opinión pública y consideración por una máxima sencilla: el Presidente es el portavoz de la Instrucción, salvo acuerdo previo en contrario<sup>76</sup>. El Juez Constitucional, en síntesis, ha de convertirse en artífice, más que miembro, de la perdurabilidad remozada que singulariza a la verdadera Instrucción.

#### X. EVALUACION DE LA INDEPENDENCIA

El cumplimiento del cúmulo de requisitos, recién enunciados con ánimo ilustrativo y que configuran una visión del perfil axiológico ideal del Juez Constitucional, presupone satisfacer otra serie de exigencias. Algunas de éstas se refieren a la preparación científica y técnica; otras al sistema de elección y permanencia en los oficios; no pueden olvidarse las consecuencias que encierra el desempeño por períodos prolongados y la posibilidad de ser reelegido en sus destinos; hay también causas de inhabilidad e incompatibilidad, las cuales tienen que ser más severas donde se demanda del Juez dedicación exclusiva o entera. Indispensable es tener también presente un nivel de remuneraciones alto, al punto que permita consagrarse por completo a esa Magistratura, más todavía si se le prohíbe ejercer la profesión, salvo la docencia<sup>77</sup>.

Los requisitos señalados pueden considerarse dirigidos a lograr la mayor independencia posible del Juez Constitucional en el servicio de su misión. En

<sup>74</sup> Rousseau, cit.

<sup>75</sup> Böckerförde, cit.

<sup>76</sup> Id.

<sup>77</sup> *Revíase, en general*, Comisión Internacional de Juristas: *La Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales* (Montevideo, TRADINCO, 2005).

<sup>78</sup> *Op. cit.*, pp. 20-21. Id. Además, Lucio Pegoarato: *La Justicia Constitucional. Una Perspectiva Comparada* (Madrid, Ed. Dykinson, 2004) pp. 125 ss.

la independencia se halla, por ende, el requisito esencial en la consecución del cual sirvió los factores restantes.

El análisis ha de dirigirse ahora desde el perfil axiológico ideal a la evaluación real de la independencia del Juez Constitucional.

Se roza aquí el tema, delicado y apasionante, de los ligámenes que existen —o deben mediar— entre el Juez Constitucional y el Tribunal, Corte o Sala de la cual él es integrante. Queda hecha la referencia nada más que para reiterar lo que ya está de manifiesto, o sea, el principio capital, según el cual las instituciones son la medida de sus miembros.

Quien ha sido Juez Constitucional habrá corroborado, en la práctica, el rasgo de independencia explicado. Más aún, en la visión interna o sociológica que se adquiere, como protagonista del funcionamiento del Tribunal, Corte o Sala Constitucional, se comprueba que los demás Poderes Públicos no siempre respetan la independencia de los Jueces Constitucionales. Estos son sensibles a los acontecimientos de la vida nacional, pero llegado el momento de servir su misión, ¡han dejado de hacerlo, alguna vez, apartándose de su conciencia? ¿por qué y a raíz de cuáles circunstancias lo hicieron?

## XI. RESPONSABILIDAD

En el Estado de Derecho con democracia constitucional ninguna arbitrariedad puede quedar impune: toda acusación para hacer efectiva la responsabilidad de los órganos estatales debe ser fundada, tramitada y resuelta con sujeción a un proceso previo y justo; en fin, a ningún órgano estatal le puede ser desconocida o menoscabada la autonomía con que la Carta Fundamental lo ha dotado para el fiel ejercicio de sus atribuciones.

Obviamente, las tres condiciones expuestas, tan esenciales como elementales, son aplicables por entero al Juez Constitucional y al Tribunal, Corte o Sala del cual él es miembro. La dificultad estriba, entonces, en hallar, trazar e institucionalizar las causales, trámites y órganos competentes para hacer efectiva la responsabilidad del Juez Constitucional sin perjudicar cuanto esas condiciones, sobre todo la última, implican para el valor supremo de la independencia.

Pues bien y efectivamente, siendo el Juez Constitucional el guardián máximo de la Carta Fundamental, misión en cuyo desempeño controla a las más altas autoridades del Estado, preventivamente en ciertos casos y *ex post* en los demás, entonces tal capacidad de vigilancia se torna decisiva, porque no puede ser llevada a la práctica sino con cualidades de independencia e imparcialidad. Más grave todavía es tal control<sup>78</sup> si el Juez Constitucional aplica un Derecho del cual no es

autor y lo hace, a menudo, con una hermenéutica creativa, y no mecánicamente declarativa de las normas positivas sometidas a su tutela.

Sin embargo, es nítido que para cumplir sus objetivos, tiene que regir un régimen jurídico que sustraiga al Juez Constitucional de las influencias y halagos, de las presiones y advertencias o, peor todavía, de las acusaciones, especialmente políticas, que puedan ser deducidas en su contra. Con esas maniobras, digámoslo con franqueza, se trata de removerlo o, al menos, de debilitar la entereza y rectitud con que ha de ejercer su ministerio.

No siempre se entiende tan elemental principio de independencia, correlativo a la responsabilidad, clara pero circunscrita, que recae sobre el Juez Constitucional. Es el caso de las Constituciones que contemplan la facultad de la rama política del Congreso o Parlamento para acusar a los Magistrados del Tribunal o Corte Constitucional; pero ¿es garantía de control suficiente la autorutela del propio Tribunal o Corte Constitucional?

## XII. VALORES JURIDICOS

En este, el cuarto y último de los tópicos incluidos en la presente ponencia, se pregunta por los valores que el ordenamiento jurídico impone para el desempeño del Juez Constitucional. Se agrega otra pregunta, esto es, si esos valores son suficientes.

Ya se ha definido un valor como la cualidad que posee el Derecho cuando es legítimo y que, por lo mismo, lo vuelve estimable, respetable y obedecido. Un valor, se agregó, es un ser que debe ser, precisamente por tratarse de un bien para la persona humana y sus instituciones, tanto jurídicas como políticas y de otra índole<sup>79</sup>.

Las Constituciones contienen valores. Sin ser exhaustivo, cabe aludir a la igualdad y a la libertad, que corresponde a hombres y mujeres de toda edad, razón y circunstancia; a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, recayendo sobre el Estado los deberes de protegerla y fortalecerla; a la servicialidad del Estado y el bien común como objetivo o finalidad de aquél y de la comunidad nacional, en cuya consecución debe avanzarse con pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales; a la democracia como tipo de gobierno republicano legítimo; a la soberanía limitada por el respeto de los atributos inalienables de la persona humana; a la separación de poderes con frenos y contrapesos entre los órganos públicos; a la supremacía de la

<sup>79</sup> Véase Jorge Millas Jiménez, *cit.*, pp. 242 ss.

Constitución, formal y sustantivamente entendida, al pluralismo político; y por último, el desarrollo territorial armónico y equitativo, unido a la solidaridad entre las áreas territoriales respectivas.

Indudablemente, los mencionados son valores jurídicos que rigen al Juez Constitucional en el desempeño de sus funciones. Por supuesto, el recorrido por los demás artículos de cualquiera Carta Fundamental permite adicionar otro elenco de valores análogamente imperativos para ese Juez. Lo relevante de tal comprobación yace en que la Constitución se erige así en la fórmula más legítima para incentivar la unidad nacional en la consecución de tales nobles objetivos. Al Juez y a la Justicia Constitucional incumbe abrir y mantener el avance hacia el horizonte descrito.

### XIII. JUEZ Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El ideal que singulariza a los valores y compele a realizarlos queda, sin excepción, distante de su concreción plena en la práctica. Los valores son, entonces, metas u objetivos, alcanzables aunque no quiméricos, pero insuseptibles de consumarse en términos completos o exhaustivos, porque van renovándose, se presentan con nuevas facetas o demandan tareas adicionales para que sean implementados<sup>80</sup>.

Esta ponencia general se detuvo en la exposición del perfil axiológico ideal del Juez Constitucional. Allí quedó condensado un conjunto de características, de las cuales todas son precisamente valores en el sentido ya definido. La independencia es, no obstante, el máximo de esos criterios arquetípicos.

En esta sección final de la exposición se retorna al tema axiológico. La integración sistemática de tan nutrida agenda de principios, esenciales para la interpretación y aplicación del Código Político, pone de relieve la trascendencia que ella tiene para el Juez Constitucional, en su vida y en la defensa de la Ley Suprema. Al fin y al cabo, la Constitución es un sistema de valores<sup>81</sup>, uno de los cuales, el más importante, es servir a la dignidad de la persona y al cúmulo de derechos y garantías que fluyen de esa noble fuente del humanismo<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Revélese José Javier Sana María Ibeas: *Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Dykinson, 1997) pp. 163 ss.

<sup>81</sup> Véase Antonio Baldaurre: "Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado", en Francisco Pau i Val (Coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Anaxadi, 1997) pp. 183 ss.

<sup>82</sup> Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional* (Lima, Jurista Editores, 2005) pp. 275 ss.

## XVII. SIETE TESIS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NUESTRA AMÉRICA\*

### INTRODUCCIÓN

**Resumiré**, en siete tesis, lo planteado en la ponencia general de esta Conferencia dedicada al Juez y a la Justicia Constitucional en América Latina.

#### PRIMERA TESIS IMPERATIVO DE CONSOLIDAR LAS INSTITUCIONES

Las instituciones políticas de América Latina son débiles; es decir, no se hallan arraigadas en la cultura de la población, probablemente, porque tampoco llegan a todos los grupos y clases de las sociedades nacionales respectivas. Son, más bien, organizaciones distantes, crecientemente vistas por la gente como burocráticas y ajenas.

De tal fenómeno surgen graves secuelas, tan conocidas que no requieren siquiera ser enunciadas aquí. En su lugar, pertinente es preguntarse ¿por qué carecemos de instituciones sólidas y perdurables para estructurar, regular y promover la participación, la solidaridad y el control de los procesos políticos? ¿qué razones permiten comprender la ingobernabilidad, como criterio general, de América Latina? ¿Cómo avanzar, concreta y prácticamente, en la consolidación del Estado Social y Constitucional en nuestros países? ¿cuál es, en ese contexto, la realidad de la Justicia Constitucional entre nosotros?

\* Síntesis de la Ponencia General de la Vª Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, expuesta y debatida en la primera sesión plenaria de dicha Conferencia, celebrada, el miércoles 25 de octubre de 2006.

## SEGUNDA TESIS UN CONSTITUCIONALISMO "CONSECUENTE"

El constitucionalismo de América Latina refleja las dificultades de nuestras fracturas culturales. En este sentido, es factible afirmar que constitucionalismo de estos países es "consecuente" con esas culturas, es decir, que carece de arraigo suficiente en la población; ha sido impuesto por quienes han controlado el Estado; tiene carácter dogmático; posee rasgos propios del constitucionalismo administrativo, porque se lo entiende, interpreta y aplica desde el Estado y para volver a él; en fin, carece de garantías suficientes para adquirir grados de eficacia que lo hagan respetado y respetable por la gente, a raíz de ser vivido en la comunidad.

Una consecuencia puede desprenderse de lo dicho. La inestabilidad de las instituciones políticas y socio-económicas se replica en el síndrome del reformismo constitucional latinoamericano. Es una mentalidad ilusa, algo cínica, confiada en que basta dictar normas jurídicas para erradicar envilecimientos, corregir las costumbres, forjar individuos virtuosos o lograr el desarrollo humano sostenido.

A pesar de los enormes sufrimientos padecidos por líderes y la población como secuela de represiones, dictaduras y autoritarismos, parece que en nuestra América no han sido aprendidas las lecciones que demuestran el imperativo de entender el constitucionalismo con sujeción al humanismo, infundiéndole cualidades teleológicas y garantistas.

## TERCERA TESIS INCIDENCIA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En todo el mundo democrático, la Justicia Constitucional no despuntó con rasgos consensuales y sencillos. Por el contrario, desde su fundación en el Caso *Marbury v. Madison* en 1803, quedó de manifiesto que era necesario obrar con astucia o sagacidad para eludir los conflictos con los poderes políticos.

En América Latina vale también lo dicho, pues los contratiempos han sido análogamente graves, oscilando entre la clausura de los Tribunales, la deposición de sus miembros, o la imposición de medidas que dejan sin independencia e imparcialidad a los Magistrados.

En definitiva, la introducción de la Justicia Constitucional al sistema político ha sido difícil, porque el legislador no la ha aceptado fácilmente, imbuído del concepto rousseauiano de soberanía que expresa la voluntad general infalible y sin control. Igualmente demostrada está la renuencia del Poder

Ejecutivo a ser fiscalizado en los actos de gobierno y administrativos más importantes, acostumbrado a que los órganos de control omiten, por lo común, vigilarlo o lo hacen con criterios formales. Por último, el Poder judicial no ha sido amigable con aquella Justicia, probablemente porque ésta se plantea con estándares jurídicos renovados convergentes en la supremacía del Código Político y de su intérprete definitivo.

Ciérrase este enunciado aseverando que la Justicia Constitucional no estuvo siempre a disposición de la población para resolver problemas que afectan la dignidad y el ejercicio legítimo de los derechos esenciales. Por largo tiempo fue un mecanismo destinado a dilucidar los conflictos entre los órganos constitucionales, especialmente las crisis desatadas entre el Presidente y el Parlamento. Esa anomalía se ha ido corrigiendo, pero ahora con perjuicio de la eficiencia y eficacia de las Cortes y Tribunales recargados por miles de causas sin relevancia constitucional. Mediante el amparo, en la realidad, algunos tienden a demorar las decisiones en gestiones y juicios. Afortunadamente, se ha impuesto, paso a paso, el control de admisibilidad de los arbitrios deducidos, rechazándolos cuando carecen de relevancia.

## CUARTA TESIS LA INNOVACION PRINCIPAL

La historia del constitucionalismo es larga y ha demostrado que las dificultades para institucionalizarlo, en su visión humanista, son difíciles de superar. Sin embargo, se ha progresado en el cumplimiento de ese objetivo.

Entre los avances más importantes del último siglo en América Latina se hallan las elecciones populares limpiamente celebradas, el incremento de la descentralización política y social, la incorporación de nuevos órganos constitucionales al sistema gubernativo, el acceso masivo a ciertos derechos de la segunda generación y, en menor medida, el reconocimiento de ámbitos más amplios de autonomía a la Sociedad Civil frente al Estado. Pero, seguramente, la Justicia Constitucional es la innovación más relevante, porque perfecciona el régimen democrático al complementar la regla de la mayoría con el respeto de la dignidad de la persona y los derechos esenciales que fluyen de ella. Justo y enaltecedor es decirlo: en nuestra América hay Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que han defendido la dignidad humana atropellada por dictaduras, o que lograron remover obstáculos para retornar a la democracia.

Esa Justicia en América Latina necesita ser fortalecida, autolegitimarse y ser percibida con cualidad de indispensable por la población en la seguridad

de la vida diaria. Logrado es un proceso prolongado y delicado. Para ello, aumentar la conciencia popular y de los líderes políticos acerca del imperativo de consolidar tal Justicia resulta fundamental; más decisivo todavía se torna, sin embargo, meditar sobre cuestiones olvidadas, descuidadas o equivocadas. De éstas, a ninguna se reconoce aquí más importancia que a las cualidades que ha de reunir el Juez Constitucional.

#### QUINTA TESIS EL PROTAGONISTA OLVIDADO

El Juez Constitucional es el comienzo y el fin de la Justicia Constitucional. De él nacen las ideas, los proyectos, los consensos y disensos acerca del sentido y alcance de la defensa del Código Político y de su primacía tanto en parangón con el sistema legal como con el ordenamiento internacional. El Juez Constitucional determina, con su conducta, el vigor de las organizaciones que integra, dándoles o no la independencia, imparcialidad y coherencia que comprueban la cualidad de instituciones.

¿Por qué, cabe preguntarse desde luego, son tan reducidos los estudios sobre el Juez Constitucional como tal, a la vez que tan numerosos los concernientes al origen, naturaleza, estructura y funciones de los Tribunales o Cortes que aquellos integran? ¿no se capta, acaso, que la medida de tales organizaciones son sus miembros, con las convergencias y divergencias que existen en su seno, la entereza para cautelar la autonomía de las instituciones y que es simétrica, podría decirse, a la independencia de sus integrantes?

Conocer mejor al Juez Constitucional y rodearlo de un estrato adecuado es una misión larga, compleja y difícil. Implica, desde luego, inducir el reemplazo de elementos esenciales de culturas jurídicas principalmente formalistas.

En análogo orden de ideas, debe propugnarse el respeto por todos del Juez Constitucional y de la institución a la cual pertenece. Tal respeto ha de comenzar considerando la autonomía vigorosa de la Justicia Constitucional por los órganos políticos; pero tiene que ser, con idéntico o mayor energía aún, cautelada por los propios Jueces Constitucionales.

El propósito de nuestro esfuerzo, en síntesis, en reuniones sistemáticamente efectuadas como la Va Conferencia, no puede ser sino conocer para corregir lo defectuoso y fortalecer el rol que el Juez Constitucional tiene en la Sociedad Civil y el Estado, ante la comunidad jurídica y entre sus pares, en su país y en el orden internacional.

#### SEXTA TESIS ARQUETIPO REALIZABLE

¿Por qué el conjunto de los valores reseñados deben ser reconocidos y promovidos como superiores y preeminentes por el Juez Constitucional en sus actuaciones y, más que nada, en las sentencias?

Primeramente, pues ha de existir, o ser creada y fomentada, la conciencia del Juez Constitucional en el sentido que él no es un magistrado más y que tampoco puede ser equiparado al ministro de un Tribunal Supremo. Ser Juez Constitucional, siguiendo lo que escribió Louis Joseph Favoreu, significa comprender y aceptar que uno tiene que decidir los asuntos de su incumbencia primero y finalmente con la Carta Fundamental, y desde ella. Por ende, los códigos, leyes y reglamentaciones serán siempre utilizables, pero con carácter complementario, subsidiariamente, y en la medida que respeten el fondo y la forma de la Constitución.

Ser Juez Constitucional significa acceder a la Magistratura respectiva por algún régimen legítimo de selección y nombramiento, abarcando los métodos que tienen tinte político, en un elevado o noble sentido de esta palabra, quiero decir, el gobierno del Estado y de las relaciones entre ellos.

Ser Juez Constitucional implica, en tercer lugar, comprender o concebir la Constitución como el ordenamiento supremo del Estado de Derecho; integrado por valores, principios y normas, secuencia que denota orden jerárquico, amplitud decreciente y lo inverso en cuanto a flexibilidad para adaptarse a la evolución social. Presupone reconocer que, en esa triple secuencia, la Constitución tiene fuerza normativa propia y no suspendida ni subordinada a lo que preceptúe la ley; supremacía cuya imperatividad se irradia, como un efecto reflejo, sobre todo el sistema jurídico.

Ser Juez Constitucional presupone prepararse, con vocación y dedicación, para el ejercicio de una Magistratura diferenciada: servirla con independencia tanto en relación con la Judicatura ordinaria como especial; convencido que el recto desempeño de ella implica el empleo diestro de técnicas jurídicas exclusivas, entre las cuales sobresale la hermenéutica efectuada con reglas propias, sin perjuicio de poder acudir siempre a los cánones tradicionales de la interpretación jurídica. Esa hermenéutica tiene que ser imaginativa y creativa, adaptativa y finalista, considerando siempre la evolución de la sociedad y el espíritu de la época.

Ser Juez Constitucional significa buscar, hasta hallar, mediante la Constitución y sin salirse de ella, la solución de problemas políticos planteados en términos jurídicos, interpretándola siempre de buena fe; sintiéndose un servidor y guardián leal de ella; indagando cuanto puede desprenderse de sus

valores, principios y normas para resolver las controversias; y considerando que la doctrina de sus sentencias se extiende más allá del caso en cuestión, factor que lo obliga a prefigurarse las consecuencias.

Ser Juez Constitucional asume conocer la trayectoria institucional de la propia República, apreciando sus fortalezas y promoviendo las, pero también consciente de sus fragilidades para fortalecerlas y no agudizarlas.

Ser Juez Constitucional supone poner a prueba, en todas las decisiones que adopta, la resolución y la prudencia, el coraje y la independencia, la ecuanimidad y la ciencia o la técnica, en fin, la innovación y la experiencia. De esas cualidades debe dar siempre testimonio, pero que llega a ser ejemplar en las prevenciones y disidencias.

Ser Juez Constitucional implica, por último y siempre, una capacidad especial de determinación, la cual, sin embargo, se torna aún más grave en tres momentos cruciales para la democracia constitucional: las transiciones desde el autoritarismo a la democracia; los tiempos de crisis para las instituciones jurídico-políticas; y las épocas de cambios sociales acelerados, los cuales hacen entrar en pugna la estabilidad con la adaptabilidad que debe tener toda Constitución para que llegue a ser perdurable.

#### SEPTIMA TESIS

#### TRABAJO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Lo que él fue antes de su designación o nombramiento influye, tal vez con carácter indeleble, en el estilo y método de trabajo que lo caracterizará después en el servicio de la Magistratura. Pues, el Juez Constitucional pudo haber sido abogado de ejercicio profesional libre, asociado o con trabajo solitario; pudo ser profesor universitario, especializado en la docencia e investigación de alguna cátedra de Derecho Público o, tal vez, en otra disciplina jurídica; no es raro que haya sido político, como Ministro de Estado, parlamentario o dirigente de partidos; obviamente, se encuentran también Jueces Constitucionales provenientes de los Tribunales Superiores o como simples magistrados, en fin, en el carácter de fiscales del Ministerio Público; por último, los hay que trabajaron en la Administración del Estado siendo altos funcionarios, diplomáticos o en la dirección de entes fiscalizadores especializados.

En tan amplia gama de posibilidades se encuentran, sin embargo, ciertos factores comunes y que singularizan al Juez Constitucional: trayectoria dilatada y relevante, apreciada por su aporte significativo en la labor ya realizada. Pero más allá de esos rasgos uniformes se descubre la impronta de las diversidades,

idénticamente determinante del trabajo del Juez Constitucional. Piénsese, por ejemplo, que no existe la carrera funcionaria en esa Magistratura, de modo que el mérito y la antigüedad en el oficio son, en sí mismos, irrelevantes para acceder a los nombramientos respectivos. ¿Sería, pese a ello, adecuado, conveniente o necesario impulsar la regulación legal de tal trayectoria funcionaria? Reflexiónese, asimismo, en las secuelas que, para la faena colectiva, tiene el haber sido modelado en el esfuerzo individual o de grupo. La inquietud es válida, ya que la curia o el pleno presuponen una actitud abierta, comunicativa y permeable a los juicios ajenos, no sólo respetuosa y tolerante de ellos. Por el contrario, la formación de corrillos, de falta de transparencia, o la entronización de mayorías contra minorías ideológicas en el seno de la Institución culmina, casi inevitablemente, en veredictos divididos.

Tampoco se constataran similitudes en la organización del trabajo del Juez Constitucional una vez ya nombrado. Este puede, en efecto, hacerlo en sesiones de la Corte o Tribunal en pleno, o bien, congregado en paneles o Salas. Cualquiera sea la modalidad, es clave admitir que, la posibilidad de llegar a los acuerdos indispensables para dictar decisiones o sentencias, depende del temperamento de los Magistrados. La disposición al entendimiento se erige en requisito capital. Pero, aún siendo uno entre pares, al Presidente incumben roles susceptibles de ser ejecutados con éxito sólo merced a la prudencia y a la paciencia, a su ciencia, experiencia y discernimiento.

La doctrina realza la importancia de los votos disidentes y de las prevenciones, porque en ellas aparece el germen de la renovación del Derecho. Empero, tal cualidad, como fue dicho, debe ser evaluada en parangón con el vigor legítimo que fluye de veredictos unánimes. No cabe vacilación para aseverar que la jurisprudencia uniforme repercute en la certeza jurídica y en la invocación que todos hagan de ella.

Y para terminar: por supuesto, el ambiente externo de la Corte o Tribunal es una variable dependiente de los integrantes o miembros. La respetabilidad del Juez Constitucional, en otras palabras, se conquista y acrecienta con renunciamiento a la publicidad, sacrificio de afanes de influencia en la opinión pública y consideración por una máxima sencilla: el Presidente es el portavoz de la Institución, salvo acuerdo previo en contrario. El Juez Constitucional, en síntesis, ha de convertirse en artífice, más que miembro, de la perdurabilidad remozada que singulariza a la verdadera Institución.

## XVIII. OBJETIVOS Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*

### I. NOCIONES INTRODUCTORIAS

**¿Qué es hoy una Constitución?** Mi definición dice que es la ley suprema del Estado Nación, legítimamente elaborada y establecida, que aspira a regular, con eficacia y justicia, las bases y finalidades esenciales de la convivencia política, social y económica del respectivo grupo humano.

**¿Qué es la Justicia Constitucional en el mundo actual?** Creo que su núcleo característico ya en el paso del rol resolutor de conflictos al papel de defensa y promoción de la dignidad humana y de los derechos esenciales.

**¿Cuál es la función esencial de los Tribunales o Cortes Constitucionales, dentro del género llamado Justicia Constitucional?** La defensa última del espíritu, la letra y las formas de la Carta Fundamental, dentro y con sujeción a ella, de buena fe y con rigor.

**¿Cómo se llegó a esos roles de la Justicia Constitucional?** La experiencia sufrida en Europa y América Latina, unida a las lecciones del constitucionalismo anglosajón, fundado en la libertad, receloso de la soberanía y escéptico de la ley como normativa suprema, basada en el poder soberano y discrecionalmente ejercido. El coto vedado deviene, entonces, en conquista de la persona frente a la omnipotencia del legislador estatal<sup>1</sup>.

### II. EL RÉGIMEN CHILENO

La Justicia Constitucional fue iniciada con la inaplicabilidad de las leyes en la Constitución de 1925; fortalecida con la creación del Tribunal Constitucional como órgano resolutor de conflictos interórganos constitucionales en 1971; y consolidada mediante la Carta Fundamental de 1980.

El balance fue, hasta 2005, negativo en el control de supremacía de los preceptos legales por la Corte Suprema y positivo en relación con el control *ex ante* o preventivo de las normas legales por el Tribunal Constitucional. Eso llevó a la reforma de agosto de 2005, la cual traspasó la inaplicabilidad de las leyes al Tribunal Constitucional y mantuvo las atribuciones de éste para ejercer el control *ex ante* aludido. Además y en lo que es la innovación más importante, estableció, por primera vez, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, es decir, su derogación con alcance general.

Revisando lo dicho con la intención de resumirlo antes de pasar a otras ideas, el Tribunal Constitucional se ha convertido en la máxima o más alta Magistratura del Derecho chileno. Su rol es la defensa de la Constitución en su espíritu, letra y formalidades que contempla. Aunque todos los órganos estatales se hallan obligados ahora, por el artículo 6, a garantizar el funcionamiento normal del orden institucional, es decir, del orden constitucional, lo cierto es que esa es la función que sirve, en el grado más alto, el Tribunal. Por eso, correctamente se afirma que es el garante supremo del régimen constitucional.

### III. FUNCIONAMIENTO

Lo hace en pleno o en dos salas con los diez Ministros que son sus miembros. Generalmente actúa sólo a petición de las partes en gestiones judiciales o a requerimiento de los órganos constitucionales legitimados, evitando así la judicialización de la política. Excepcionalmente, puede obrar de oficio para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, lo que está próximo a hacer por primera vez.

No es fácil funcionar con diez Ministros distintos en sus mentalidades, edades, orientaciones políticas y temperamentos. Sin embargo, la conciencia común del rol que cumple el Tribunal y el imperativo de hacerlo con independencia y rigor científico produce resultados realmente estimulantes: la norma general es la unanimidad. Por ejemplo, de 150 sentencias dictadas en los últimos ocho meses recuerdo sólo un empate y siete sentencias con mayoría y votos de minoría; todas las demás han sido unánimes.

\* Exposición hecha en la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos el 20 de noviembre de 2006.

<sup>1</sup> Cf. Andraa Creppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta 2006) pp. 25 ss.

#### IV. DESAFIOS

Las limitaciones materiales son numerosas e importantes, pero vencibles.

La irrupción de cuestiones políticas en torno a valores, especialmente, es otro dilema preocupante, porque sobre ellos no se transa, como enseñó Wilhelm Aubert<sup>2</sup>.

Falta de tiempo para consolidar, con el respeto de todos, el rol del Tribunal como innovador del Derecho chileno. Sin embargo, vamos avanzando hacia ese horizonte. El futuro, por lo tanto, me parece promisorio.

### XIX. DERECHO PROCESAL Y SERVICIO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL\*

El Tribunal Constitucional de Chile se adhiere, honrado y con esperanza, a la realización de este Encuentro, porque en la democracia, el Estado Social de Derecho y la comunidad internacional mucho del avance conquistado, la posibilidad de consolidarlo y el imperativo de proseguir en la senda humanista depende de la Justicia Constitucional, que tenemos y necesitamos perfeccionar.

Fundamentando nuestra tesis, útil nos parece recordar una noción elemental y que, sin embargo, resulta esencial para comprender la relevancia del Encuentro que se inicia. Me refiero a que la Constitución ya no es sólo la Ley Suprema de cada Estado soberano. Ella abarca, además, el establecimiento y reforma legítima de sus valores, principios y normas configurativas del orden político y socio-económico de la Nación. Pero la evolución ha alcanzado al nivel internacional, tornando necesario reflexionar acerca de la constitucionalización de los organismos, competencias y procedimientos que rigen las relaciones más allá de las fronteras geográficas de cada corporación territorial soberana. Por último y todavía más imponente, la Constitución hoy, para que sea reflexivamente obedecida requiere ser garantista de la dignidad humana y de los derechos inalienables que fluyen de esa cualidad.

Sin duda, la idea contemporánea de Constitución está asociada con asuntos y problemas que han emergido sólo recientemente. Entiendo que ese es un signo tanto de la innovación riquísima que singulariza al Derecho Constitucional como del imperativo de remozar el proceso y al procedimiento para llegar a nivelarlos.

Efectivamente, la agenda de cambios a que me refiero tiene, en la Justicia Constitucional y, dentro de esa área temática, en el Derecho Procesal

<sup>2</sup> "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution", VII *Journal of Conflict Resolution* (1963) pp. 26-42.

\* Discurso leído el lunes 27 de noviembre de 2006 en la ceremonia inaugural del IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el Salón de Honor del antiguo Palacio del Congreso Nacional en Santiago.

Constitucional, un horizonte luminoso. Aquella Justicia se va erigiendo en la esperanza más clara y segura de una convivencia en que el Derecho se imponga a la dominación, en que la razón mande a la fuerza y en que el estilo de vida democrático destierre el populismo, la manipulación y la violencia.

Pero la Justicia Constitucional, de la cual son base y cima los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, requiere desenvolverse con sujeción a criterios rápidos, seguros y objetivos, bien definidos y previsibles en sus consecuencias. Tal es un esquema de las tareas propias del Derecho Procesal Constitucional, disciplina nueva pero ya consolidada. Cabe lamentar, entonces, que ella no haya alcanzado todavía en las Facultades de Derecho, en las instituciones estatales y en la abogacía de muchos países la importancia que merece para el despliegue de la Justicia Constitucional.

Formulo estos comentarios porque Encuentros como el que hoy inauguramos son denotativos de la integración de esfuerzos para avanzar en la compleja misión aludida. De su progreso en la consecución de ese objetivo depende que la Constitución en Iberoamérica sea cada día más viva y real, menos literal y virtual: que ella sea sentida por la población como propia y que la defensa a raíz de comprender que, ciñéndose de buena fe a su espíritu, va construyendo la convivencia en paz y con seguridad jurídica, en libertad y con igualdad, sobre todo de oportunidades.

De Encuentros como éste depende el desarrollo de investigaciones que permitan alumbrar las soluciones exigidas para consolidar la Justicia Constitucional en nuestros países. La revisión de las ponencias que serán debatidas ilustra sobre el avance en la precisión remática que destacamos. He aquí algunas ilustraciones: evaluación del amparo, protección o tutela como garantía de la dignidad humana y de los derechos esenciales; iniciativa propia de la Justicia Constitucional en el pronunciamiento de sentencias que defiendan al Código Político; complementación de los ordenamientos nacionales e internacionales, con la incidencia que ello tiene en la cosa juzgada; control de supremacía ejercido en relación con los proyectos de reformas constitucionales y de los tratados internacionales; en fin, obediencia de los fallos de los Tribunales o Cortes Constitucionales por todos los órganos públicos y los ciudadanos del Estado Nación.

Basta tener en mente ese enunciado para concluir que, el constitucionalismo y el Derecho Procesal de hoy difieren, honda y vastamente, del que se investigaba, enseñaba y aplicaba dos o tres décadas atrás.

Pueden Uds. desprender, autoridades y amigos, las razones por las que el Tribunal que presido concurre a este Encuentro convocado que de él recibirá valiosas orientaciones y servicios. Por eso, desde el primer momento, nuestra

Magistratura auspició convocada la realización de este Encuentro. Seguiremos atentamente las lecciones de tantos y notables maestros de países hermanos y chilenos que han preparado, con vocación y esmero, su intervención en las tres jornadas programadas. Necesitamos oír opiniones razonadas, intercambiar puntos de vista, comparar experiencias más que normas frías y acercarnos a la ejecución de proyectos comunes. Ya existen diversas asociaciones sólidas en Iberoamérica que pueden coordinarse, sin perder recursos, en la consecución de tan nobles objetivos.

Felicitemos al infatigable amigo Humberto Nogueira Alcalá y a la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, por el esfuerzo desplegado para la materialización de una reunión tan importante como compleja.

A todos Uds., amigos participantes, el Tribunal Constitucional de Chile les desea éxito en estos días de deliberaciones, convergencias y, en lo posible, de acuerdos. Sostengamos que el futuro de la Justicia Constitucional se halla vinculado al despliegue del Derecho Procesal Constitucional en cuanto instrumento para la concreción efectiva de aquella Justicia. Consiguientemente, sepan de nuestro interés en su labor y del propósito de contribuir a que ella colme la esperanza común, pero aún en parte sólo soñada, de un constitucionalismo efectivamente al servicio de los pueblos y gobiernos legítimos de los países hermanos de Iberoamérica.

## XX. LECCIONES DE UNA EXPERIENCIA. LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD\*

Agradezco a los amigos Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras haberme honrado con la oportunidad de presentar su libro. Trátase de una exposición, sistemática y crítica, de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad, desde 1980 a 2005.

Considero conveniente anunciar el contenido del volumen y sus características para después formular algunas reflexiones suscitadas por su lectura.

### I. VISION SINOPTICA

La obra se inicia con ideas generales sobre la supremacía constitucional, seguidas de comentarios acerca de ese principio durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1833. Continúa el estudio deteniéndose en la constitucionalización del recurso en la Carta Política de 1925, después de lo cual se efectúa un contrapunto entre ella, por un lado, y lo preceptuado en el Código Institucional de 1980, de otro. Llegase así a los capítulos medulares del volumen, dedicados a las principales cuestiones jurídicas planteadas ante la Corte Suprema en el período analizado y, más específicamente, a su incidencia en las Bases de la Institucionalidad y en las Garantías Constitucionales. El estudio culmina insertando las estadísticas correspondientes a la última década del lapso examinado, la evaluación de las cuales cierra el volumen, pulcramente difundido por la Editorial Jurídica de Chile.

En párrafos concisos, el lector hallará, sucesivamente, la sinopsis de las dificultades que hubo para entronizar la Justicia Constitucional en Chile

hacia fines del siglo XIX y gran parte del siglo XX; el mesurado avance que significó la implantación de la inaplicabilidad de preceptos legales ochenta años atrás; la hermenéutica deficiente de la Corte Suprema al respecto, singularizada por una concepción formalista y rígida de la separación de poderes públicos; en fin, la relevancia modesta que alcanzaron las modificaciones de 1980 en el punto, dejando en evidencia que son los jueces, su idea del Derecho en democracia y en la actitud que asuman o no en defensa de los valores articulados en el Código Político: los factores que se imponen a las redacciones prolijas y que intentan prever todas las circunstancias de la vida real<sup>1</sup>.

El libro se halla escrito con lenguaje sencillo y directo, facilitando así su lectura. Creo que, deliberadamente, los autores decidieron omitir las referencias doctrinarias frecuentes, sobre todo de los autores extranjeros, limitándose a insertar, con acierto, acápites de las enseñanzas de maestros como Jorge Huneeus, Alejandro Silva Bascuñan y Enrique Evans de la Cuadra. Evidentemente, a los profesores Saenger y Bruna les preocupó describir, explicar y evaluar una experiencia chilena concreta, influida por la costumbre, la práctica de nuestra más alta Magistratura y la conducta de numerosos abogados. Tales fenómenos desestimados a menudo como extraños en cuanto fuentes en nuestra cultura jurídica, todavía acenuadamente positivista<sup>2</sup>, pese a todo se deslizan y dejan huella indeleble como ocurrió, por ejemplo, con la aceptación de la legislación delegada hasta 1970<sup>3</sup> y el reconocimiento de los decretos leyes<sup>4</sup>, implantados en tres períodos cruciales del pasado siglo.

Verdaderamente encomiables son los juicios, breves y certeros, vertidos para calificar, en términos comúnmente negativos, la línea jurisprudencial que fluye de las sentencias compulsadas. Realzo, en tal sentido, el reproche que los autores dirigen a los fallos contradictorios recaídos en el DL. N° 2695 de 1979, dictado para regularizar la posesión y el dominio de la pequeña propiedad raíz<sup>5</sup>; su discrepancia con el que denominan pronunciamiento "insólito", dictado a propósito de la Ley de Defensa de la Democracia<sup>6</sup>; el rechazo a la tesis que distingue, atendiendo sólo al factor cronológico, entre la derogación tácita de

1 Consultáse Andrés Bordabé Salanueva: "Función Judicial de Defensa del Orden Constitucional", en Eduardo

Ferrer Mac Gregor (coordinador): *I Derecho Procesal Constitucional* (México DF., Ed. Porrúa, 2006) pp. 5 ss.

2 Revítese Cristóbal Orrego Sánchez: *Análisis del Derecho Justo. La Crisis del Positivismo Jurídico y la Crítica del Derecho Natural* (México DF.: UNAM, 2005) pp. 83 ss.

3 Ver pp. 44 ss. de la obra comentada.

4 Id., pp. 34 ss.

5 Id., pp. 127 ss.

6 Id., pp. 57 ss.

\* Presentación del libro de Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), hecha en la Sala "Pedro Lira" de la Casa Central de la Universidad Católica de Chile, el 18 de enero de 2007.

preceptos legales contrarios a una Constitución posterior y a la inaplicabilidad de tales preceptos cuando pugnan con un Código Político vigente con anterioridad a la dictación de aquellos<sup>7</sup>; por último, la actuación de oficio, propugnada en los anales oficiales que dieron paso al artículo 80 de la Constitución de ese mismo año y que, en la realidad, fue de rarísima ocurrencia (7).

El análisis de los antecedentes estadísticos resumidos al finalizar la obra corrobora esa conclusión crítica. He aquí algunas cifras reveladoras: desde 1994 a 2004 ingresaron 604 causas de inaplicabilidad, de las cuales 172 fueron falladas, o sea, un 28% pero acogidas sólo en ocho casos, es decir, el 1,2%<sup>8</sup>. Los juicios negativos manifestados en ligamen con el recurso de protección<sup>9</sup>, confluyen en que la Justicia Constitucional en Chile era, hasta la reforma de 2005, esporádica en su ocurrencia, exegética en su hermenéutica e indiferente, en definitiva, de cara al cumplimiento de su objetivo esencial, esto es la defensa de la Constitución, de buena fe, objetivamente, en sus valores, principios y normas.

De los antecedentes resumidos se coligen diversas conclusiones. Deseo referirme a dos: primera, la esperanza de un cambio en el asunto, impulsado por la reforma constitucional recién aludida; y segunda la confianza en que el nuevo titular máximo de la potestad defensora del Código Político, es decir, el Tribunal Constitucional, sea capaz de establecer, consolidar y desarrollar criterios originales para la defensa de la Carta Fundamental frente a cualquier órgano o sujeto y en toda circunstancia.

## II. PANORAMA COMPARATIVO

Precisamente, esa esperanza y desafío son las ideas que deseo comentar, buscando con ello situar la obra que presento en la perspectiva del tiempo futuro, dentro de la cual descubro su utilidad e importancia.

En relación con la primera de las conclusiones aludidas reconozco que la reforma de 2005 va siendo objeto de numerosos estudios, aunque no me asiste análoga certeza para decir que los jueces la comprenden y llevan a la práctica según los criterios del moderno constitucionalismo<sup>10</sup>. El problema señalado es grave porque, si mi temor coincide con los hechos, significa que la Magistratura,

en general, no se singulariza por el estudio de ese constitucionalismo, o que la doctrina no ha logrado orientarla para que la haga suyo<sup>11</sup>.

Paso ahora a comentar la segunda de las conclusiones ya transcritas. Introduzco el análisis del tema deteniéndome en la labor que emprendió el Tribunal Constitucional el 27 de febrero de 2006, abriendo la que he llamado Tercera Etapa de su historia<sup>12</sup>.

Ha cumplido esa labor infundiendo realidad al cambio constitucional más importante de las dieciséis enmiendas incorporadas al Código Fundamental desde 1981, cambio que incluyó el reemplazo total de los tres extensos artículos dedicados a nuestra magistratura. Iniciamos tal labor siendo ahora diez Ministros, designados de manera y en tiempos distintos, provenientes de vertientes jurídicas y políticas variadas y que deben buscar consensos, porque no tiene voto dirimente quien preside el Pleno para resolver los empates al pronunciarse acerca de la inaplicabilidad de preceptos legales.

Hemos avanzado en medio de limitaciones de personal y de recursos presupuestarios, de insuficiencia de espacio físico, carencia de biblioteca y otros obstáculos semejantes.

Pese a tan graves inconvenientes, el trabajo se está cumpliendo con dedicación notable. He aquí algunas evidencias: tan sólo en diez meses, el ingreso de inaplicabilidades alcanzó a 204 roles, o sea, lo que se recibía en casi cuatro años por la Corte Suprema<sup>13</sup>; 77 de esas causas fueron declaradas inadmisibles por una de las dos Salas en que ahora se divide el Tribunal<sup>14</sup>;

tenemos ya diez inconstitucionalidades que aguardan decisión; la cual, si se las acoge conllevarán la derogación del respectivo precepto legal, aunque sin efecto retroactivo; continuamos sirviendo las demás competencias como son el control preventivo de ciertos proyectos de ley y la resolución de las cuestiones de constitucionalidad formalizadas en relación con normas en tramitación legislativa o las contenidas en los actos propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Comparada con la labor anual cumplida, en promedio, en sus treinta y cinco años de funcionamiento, puedo afirmar que el número de sentencias pronunciadas por el Tribunal en los últimos diez meses de 2006 equivale al que antes representaba ocho años de trabajo. El cortejo alcanza una diferencia

<sup>7</sup> Id., pp. 81 ss.

<sup>8</sup> Id., pp. 73 ss. con el extracto de los anales fide dignos.

<sup>9</sup> Id., pp. 246.

<sup>10</sup> Id., pp. 118 ss.

<sup>11</sup> Revisese Miguel Carbonell (editor): *Neonconstitucionalismo* (s) (Madrid, Ed. Trotta, 2005).

<sup>12</sup> César Landa: "La Vigencia de la Constitución en América Latina", en César Landa y Julio Fajóndez (editores): *Desafíos Constitucionales Contemporáneos* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996) pp. 13 ss.

<sup>13</sup> "Influencia del Tiempo en Nuestro Tribunal Constitucional", reproducido en el libro *Tribunal Constitucional de Chile. Historia y Trayectoria 1971-2006* (Vicman Impresores, 2006) pp. 130-131.

<sup>14</sup> Estadísticas preparadas por el Oficial Primero del Tribunal Constitucional, don Rafael Plaza Revoco.

<sup>15</sup> Id.

mayor todavía si se tienen en cuenta el centenar, o más, de sentencias interlocutorias pronunciadas, por cada Sala, admitiendo o no tramitación las inaplicabilidades y accediendo o no a la suspensión del procedimiento.

### III. AVANCE CAUTELOSO

Fácil es comprender que no ha sido sencilla nuestra misión, aunque creo que ella está mereciendo más aplausos que críticas. A los diez Ministros nos anima un ideal común, esto es, defender la Constitución quien sea el que la vulnere o intente hacerlo. Obviamente, sólo los convencidos de la legitimidad, formal y sustantiva, que fluye de ella pueden servir lealmente tan delicada responsabilidad.

La experiencia ya recogida, aunque breve, ilumina determinados fenómenos y los criterios a seguir para resolverlos. Sin duda, el más relevante es el tópico de la inaplicabilidad de preceptos legales, antecedentes del pronunciamiento de su inconstitucionalidad con alcance *erga omnes*.

Debo agregar que nunca como antes tal fenómeno había comprobado la corrección de un aforismo conocido: no hay caso judicial idéntico a otro; siempre es necesario estudiarlo en su médula y circunstancias; jamás resulta sensato prescindir de conocer y ponderar los hechos.

El Tribunal así lo está haciendo, apartándose de aquella tesis que singularizaba a la inaplicabilidad como un arbitrio de Derecho puro y estricto. Hoy, con la inconstitucionalidad, sin duda que resulta imperativo sostener esos rasgos distintivos.

Del medio centenar, aproximadamente, de sentencias examinadas en el libro que presento, todas pronunciadas por la Corte Suprema, se desprende una serie de lecciones que es menester apreciar, aunque la crítica sea el rasgo común que ellas merecen. El tribunal tiene que atender a esa crítica para evitar que se la formulen a él. Ilustro esta afirmación con los ejemplos siguientes: entender la separación de poderes sin frenos y contrapesos, o lo que es igual, despojada del control que es de su esencia; conformarse con la exégesis de la Parte Orgánica del Código Político, olvidando que su *telos* yace en el respeto y promoción de la dignidad humana y y de los derechos inalienables que emanan de ella; decidir las cuestiones planteadas varios o muchos años después, cuando ha cambiado el régimen político; adecuar las sentencias a las circunstancias contingentes del momento vivido; en fin, dejarse llevar por cierta doctrina que, con base en aportes extranjeros, separa los problemas de constitucionalidad, por un lado, de los de legalidad, de otro, dejando en la segunda hipótesis, sin

aplicación directa a la Carta Fundamental. A la luz de las reflexiones precedentes bien se entiende por qué cabe aplaudir la aparición del libro de los profesores Saenger y Bruna.

Por consiguiente, la labor del Tribunal Constitucional es muy grande, pues implica ir modelando la jurisprudencia que todos anhelan sobre la base de dos parámetros principales: uno, las enseñanzas que fluyen de la evolución constitucional de Chile, particularmente la aprendida en el último cuarto de siglo; y otro la percepción que de esa evolución tuvieron los órganos estatales, los actores políticos y la población en general. En esa labor, insisto en que la doctrina de nuestros autores puede servir o no al propósito descrito, porque si bien los jueces están lejos de tener en el estudio una de sus virtudes, imperativo es también reconocer que suelen ser influenciados por literatura tan ojerable como la jurisprudencia que la sigue.

### IV. RENOVACION DEL HUMANISMO

Pienso, aproximándome al término de esta presentación, que de aquellas enseñanzas la más relevante y rescatable es que el Derecho existe para servir a la persona humana, individualmente y asociada, según criterios de razón y justicia que le inyectan legitimidad, sustancial y externa. Este es para mí el cambio más importante, ojalá de curso irreversible, que va experimentando el Derecho chileno. La oportunidad está abierta para que el Tribunal Constitucional marque el rumbo referido, seguro que el efecto de irradiación de sus fallos llegará a todos los jueces, lo ponderará la justicia la doctrina y avanzaremos en la humanización de nuestro sistema jurídico. Una consecuencia realzo de lo dicho: la ley debe ser elaborada, implantada, aplicada y evaluada desde el ángulo descrito, rechazando el *dictum* de quien, convencido, afirmo que la justicia no existiría antes del Estado y que la ley dictada por el soberano era la única fuente de ella<sup>15</sup>.

El Derecho en Chile está murando. Bien que sea así, sobre todo porque a la Constitución de Valores<sup>16</sup> le queda sometida la ley y cuanta disposición se dicte con sujeción a ella. La inaplicabilidad por inconstitucionalidad alcanza así su real importancia, cualidad que será aumentada cuando no nos sorprenda que el Tribunal Constitucional, defendiendo la Carta Fundamental, ha decidido

<sup>15</sup> Thomas Hobbes: (1646) De Cive (Madrid, Ed. Alianza, 1999) pp. 212 ss.

<sup>16</sup> Antonio Valdassarre: "Parlamento y Justicia Constitucional en el Estado Contemporáneo", en Francess Pau i Vall (coordinador): Parlamento y Justicia Constitucional (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 190 ss.

pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos legales que la infringen, sea en su contenido o proceso formativo, de oficio o raíz de haber acogido lo pedido en la acción pública de rigor<sup>17</sup>.

Por lo expuesto, felicito a los amigos Guillermo Bruna y Fernando Saenger a raíz de su obra colectiva. En medida apreciable, ellos fueron artífices, como abogados, de las sentencias analizadas en este libro. En sus páginas se advierte además, que fueron capaces de entenderse al emplear un método de trabajo que merece ser imitado.

¡Celebremos, entonces, su aporte a la renovación de nuestro Derecho y a la consolidación de la democracia!<sup>18</sup>

## XXI. TRES ESQUEMAS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL\*

Invitado por la Dirección del Programa de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, tuve ocasión de ofrecer tres clases en torno de la Justicia Constitucional y sus implicancias, en especial a raíz de la reforma a la Carta Fundamental efectuada en agosto de 2005. Los temas de esas clases me fueron asignados y, preparándolos, concluí que era adecuado escribir los esquemas con que desarrollé las tres exposiciones. Aquí los he reunido y los público como contribución al estudio de esa especie de Justicia y al proceso a través del cual ejerce su delicada y trascendental misión en defensa y para la consolidación del constitucionalismo en Chile.

### I. NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL\*\*

#### 1. Ambiente Institucional

Para examinar el tema, susceptible de enfoques múltiples, creo necesario situarnos en el Estado, la Sociedad Civil y el orden interno de nuestro tiempo, porque los tres se hallan influidos por la Justicia Constitucional, aunque para finalidades y con resultados distintos.

Así ubicados debemos mirar retrospectiva y prospectivamente esos tres fenómenos para responder las dos preguntas siguientes y que dan dirección al análisis que me preocupa: ¿es necesaria o prescindible la Justicia Constitucional en estos tiempos? ¿cuál es, en función de la respuesta a la pregunta anterior, la legitimidad o justificación de esa especie de Magistratura?

<sup>17</sup> Artículo 93 inciso décimosegundo de la Constitución.

<sup>18</sup> Pienso, especialmente, en los vínculos del constitucionalismo con el principio de las mayorías, a propósito de lo cual puede consultarse Andrea Ceppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 25 ss.

\* Tres esquemas de las clases ofrecidas en el Magíster de Derecho Constitucional impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, los días 14, 21 y 28 de marzo de 2007.

\*\* Primero de los esquemas referidos.

Digo que el análisis debe ser efectuado hacia el pretérito, primeramente, pues la Justicia Constitucional representa una conquista de la civilización, lograda después de convencernos que es un instrumento indispensable para precaver la repetición de los atropellos a la dignidad y los derechos humanos sufridos por años de potestades estatales que se reputaban incontrolables en el ejercicio de sus atribuciones; obraran dentro de ellas o excediéndolas. En otras palabras, a esa Justicia le incumbe concretar, de la mejor y mayor medida posible, los valores, principios y normas de un Derecho que es, en su esencia humanista, superior al anterior<sup>1</sup>.

Agrego que es también menester visualizar el futuro, porque en América Latina, al menos, no es seguro el curso que seguimos para institucionalizar esa especie de Justicia. Nunca será suficiente insistir en que la conquista de la cual hablamos es reversible, dado que su funcionamiento y despliegue presuponen un ambiente político y socioeconómico del país que permita el funcionamiento normal de las instituciones. De lo contrario, se atribuye a esa Justicia un cúmulo de roles, previstos para tiempos de paz y progreso por el consenso, que le resulta imposible servir cuando autoridades y población se hallan sumidos en crisis. El caso de Chile en 1973 resulta elocuente al respecto.

## 2. Supuesto

Para avanzar en el análisis recordemos un supuesto, tan claro como elemental: la Justicia Constitucional es de la esencia del régimen democrático y de la Constitución contemporánea, al punto que sin ella la democracia queda reducida a formas o procedimientos, aquello que se ha denominado el Modelo de Westminster<sup>2</sup>; y la Constitución, a su vez, aparece rebajada a la expresión del Poder soberano sin límites, o sea, sin coro vedado<sup>3</sup> a la omnipotencia del legislador.

Explicando el supuesto recién resumido<sup>4</sup> agrego que la democracia constitucional se funda, principalmente, en los dos postulados, sucesivos en su aparición y que hoy deben ser conjugados, que enuncio a continuación<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> Consultáse Antonio Baldassarre: "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador):

Parlamento y Justicia Constitucional (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 183 ss.

<sup>2</sup> Andrea Greppi: *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006) pp. 28 – 29; y Arend Lijphart: *Democracias, Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty – One Countries* (New Haven, Yale University Press, 1984) pp. 1 ss..

<sup>3</sup> Id., p. 27. Véase

<sup>4</sup> Revisáse Giancarlo Rolla: *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional* (México D.F., Ed. Porrúa, 2006) pp. 87 ss.

<sup>5</sup> Greppi, cit., p. 25.

1. La mayoría ciudadana y sus representantes mandan y, si lo deciden así, pueden terminar imponiéndose a la minoría, cualquiera sea el contenido de la determinación adoptada, siempre que haya sido respetado el conjunto de reglas fijadas para pronunciarse al efecto<sup>6</sup>, y
2. La minoría tiene garantizado, sin embargo, el respeto tanto de la dignidad humana como de la esencia de los derechos esenciales que emanan de ella, atributos inalienables e inafectables en su esencia, cualquiera sea el titular de ellos.

De modo que el primer postulado queda condicionado y restringido por el segundo. Esa zona humanista, indisponible para las mayorías, independientemente de la magnitud de éstas, es el llamado *coro vedado*<sup>7</sup> a sus intrusiones y, por ende, a las lesiones que pueda infírle. Regularlos, sí puede, pero vulnerar su núcleo característico queda fuera de la competencia del legislador.

Me detendré a comentar ambos principios.

## 3. Transformación de la Democracia

El principio de la mayoría es antiguo y cronológicamente anterior al del humanismo. Ha sido necesario investigar la relación entre ellos para llegar a conciliarlos, porque la expresión jurídica máxima del primero ha sido la ley, mientras que el humanismo marca la reacción en contra del mayoritarismo, a raíz de los abusos y atropellos a los derechos esenciales y la seguridad jurídica en que se incurrió invocando la razón del Estado hasta promediar el siglo XX<sup>8</sup>.

De modo que el segundo de tales postulados representa un límite y una corrección al primero de ellos, a la vez que el enriquecimiento de la democracia por infundirle la sustancia y finalidad del humanismo.

De la democracia formal o en cuanto procedimiento para adoptar decisiones exteriormente legítimas, hemos transitado a la democracia material o entendida como estilo de vida, la cual, sin prescindir de la primera, la complementa con la legitimidad de fondo que han de reunir las decisiones adoptadas<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Id., pp. 26 – 27.

<sup>7</sup> Ernesto Garzón Valdés: *Derecho, Ética y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989) pp. 106 ss.; Consultáse también José Antonio Montilla Marros: *Minoría Política y Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Trotta, 2002) pp. 15 ss.

<sup>8</sup> Friedrich Meinecke: *La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997) pp. 3 ss.

<sup>9</sup> Karl Joachim Friedrich: *La Democracia como Forma Política y Como Forma de Vida* (Madrid, Ed. Tecnos, 1966) pp. 54 ss.; y J. Roland Pennock: *Democratic Political Theory* (Princeton, Princeton University Press, 1979) pp. 206 ss.

#### 4. Justicia Constitucional

Precisamente, esa nueva etapa del constitucionalismo hace surgir el tópico de la Justicia Constitucional. Antes, por dos siglos al menos, se hablaba de supremacía del Código Político, pero hasta allí alcanzaba la vivencia de tan capital postulado.

Las explicaciones de tal anomalía son variadas. Aquí menciono que, en el ámbito de la cultura europea continental y, por lo tanto, de la latinoamericana configurada por aquella, la supremacía era un concepto desconocido y, cuando comenzó a ser entendido y aplicado, se creyó que el control del respeto de ese principio era tarea del parlamento, es decir, del órgano político, representativo y soberano por excelencia.

A raíz del descenso de la ley al nivel que le corresponde y que, sin embargo, había dejado por obra de un legislador incontrolado e incontrolable, comienza a descubrirse el rol que le cabe servir en la democracia constitucional de nuestro tiempo a una Magistratura diferente, antes desconocida. Efectivamente, la aparición de la Justicia Constitucional se explica con el sentido de instrumento al servicio del nuevo constitucionalismo; y representa un desarrollo en la evolución de la democracia, superando el concepto mínimo y procesal ya aludido<sup>10</sup>.

Es una Justicia específicamente concebida, diseñada y facultada para controlar la supremacía, sustantiva y formal, de la Constitución. Esta, como dije, condensa el Derecho superior, colmado de valores humanistas, que ha de irradiarse en la ley encargada de implementarlos. Inevitablemente, por consiguiente, irá entronizándose la constitucionalización del régimen jurídico completo, en la medida que se va revisando la adecuación de los códigos y las leyes al espíritu y proceso nomogénico trazado en la Carta Fundamental<sup>11</sup>.

La reacción no ha demorado, criticando esa necesidad y legitimidad sobre la base de argumentar que la Justicia Constitucional es un contrapoder o freno de las mayorías, cuyos rasgos son antidemocráticos, porque comprime el ejercicio de la soberanía, cuyo actor efectivo es la mayoría, por el imperativo de respetar el voto vedado. La refutación de esa tesis resulta, en esta época, ya abrumadora y no suscita disidencias sustanciales, atendido que la Justicia Constitucional se origina en los órganos democráticos, es ejercida bajo la

Constitución y tiene por finalidad principal la defensa del Código Político legitimamente establecido y vivido<sup>12</sup>.

#### 5. Una Nota Sobre Modelos

Existen modelos de Justicia Constitucional, entendida esa expresión no en el exigente sentido weberiano de los tipos ideales<sup>13</sup>, bastante distintos. Uno es el que, espontáneamente y por vía inductiva, fue establecido en 1803 mediante la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison*<sup>14</sup>; otro es el ideado por Hans Kelsen para la Constitución de Austria en 1920<sup>15</sup>; y los demás, que son la mayoría, pueden ser calificados de mixtos.

En el modelo norteamericano, el control de supremacía es difuso, o sea, ejercido por todos los jueces a través de la revisión judicial de las leyes. En el modelo europeo continental, el control se halla concentrado en un Tribunal o Corte Constitucional, cuya competencia de atribución es sólo obrar como legislador negativo, derogando los preceptos legales contrarios a la Constitución<sup>16</sup>. Por último, en la frondosa gama de situaciones mixtas, insusceptibles de calificarse como modelos, las variaciones son numerosas: control preventivo y *ex post*; con efectos sólo *inter partes* o *erga omnes*; concentrado, difuso o compartido entre diversos órganos jurisdiccionales; accionada por las partes de una gestión jurisdiccional, por cualquier interesado o de oficio; obrando según cánones de hermenéutica diferenciados o con aplicación de las reglas de interpretación corrientes, etc.

#### 6. Características

Independientemente del "modelo" concreto, podemos sostener que la Justicia Constitucional posee numerosos rasgos propios, todos los cuales sirven para demostrar su necesidad y legitimidad, diferenciándola de la Judicatura ordinaria. Resumiré algunas de tales características<sup>17</sup>:

<sup>12</sup> Gustavo Zagrebelsky: *Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Politica* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005) pp. 3, 25 - 26 y 117.

<sup>13</sup> Max Weber: *1 Economía y Sociedad* (México DE, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1969) pp. 170 ss.

<sup>14</sup> Lawrence H. Tribe: *American Constitutional Law* (Mineola, The Foundation Press, 1988) pp. 23 ss. *Revisese también* Alfred H. Nelly, Winifred A. Harbison y Herman Balz: *The American Constitution. Its Origins and Development* (New York, W. W. Norton, 1983) pp. 161 ss.

<sup>15</sup> Hans Kelsen: "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", en su obra *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo* (Madrid, Ed. Debate, 1988) pp. 109 ss. Véase también del mismo Kelsen: *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid, Ed. Tecnos, 1995).

<sup>16</sup> Kelsen, "La Garantía ..." *cit.*, pp. 128 ss.

<sup>17</sup> Véase el prólogo de estos *Escritos de Justicia Constitucional* (Santiago, Cuaderno N° 35 del Tribunal Constitucional, 2007) pp. 8 ss.

<sup>10</sup> Carlos Santiago Nino: *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Barcelona, Ed. Gedisa, 1997) pp. 261 ss.

<sup>11</sup> Louis Joseph Favoreu: "La Constitutionnalisation Du Droit", en Bertrand Mathieu et Michiel Verpeaux (directores): *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit* (Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1998) pp. 181 ss.

- A. Al menos en los regímenes de control concentrado y compartido, es distinta de la Magistratura ordinaria en su génesis, funciones, procedimientos, criterios hermenéuticos, control heterónomo y responsabilidad;
- B. Consecuentemente, es una Magistratura independiente de los Tribunales comunes; rasgo que no evita las relaciones recíprocas, a veces conflictivas, a raíz del amparo o protección radicado en los últimos;
- C. Se ejerce a través del proceso constitucional, estructurado con base en el Derecho Procesal Constitucional, sea codificado o articulado en la legislación orgánica respectiva<sup>18</sup>;
- D. Trabaja, como observé, con reglas de hermenéutica propias, coherentes con la Constitución en cuanto texto, más breve que los códigos, en el cual se condensan valores, principios y normas generales que permiten infundirle ductibilidad o elasticidad para hacerla coincidir con las demandas, siempre dinámicas, propias de los cambios sociales<sup>19</sup>;
- E. Su finalidad es doble, esto es, resolver los conflictos políticos mediante la aplicación de la Constitución, subordinándose a ella; y hoy más que antes y cada día en aumento, proteger y fomentar la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de la Carta Política, erigiéndose en un elemento clave del garantismo<sup>20</sup>; y
- F. La Justicia Constitucional implica, en la actualidad, una alteración sustancial del Derecho y el enriquecimiento de la democracia, porque la ley ha perdido su cima y centralidad, el Estado ha quedado sometido a la Constitución, y el gobierno popular se ejerce con respeto de los derechos esenciales, en particular los más expuestos a la discrecionalidad de las mayorías<sup>21</sup>. Recae en esa Justicia, por lo tanto, una responsabilidad decisiva para el funcionamiento real del Estado de Derecho, llamado ahora, como se comprende, Estado Constitucional de Derecho<sup>22</sup>.

### 7. Nuevo Constitucionalismo

En definitiva, la Justicia Constitucional reviste hoy el carácter de elemento capital para la concreción del bien común, particularmente la consolidación y

<sup>18</sup> Héctor Fix Zamudio: "Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador): *1 Derecho Procesal Constitucional* (México DF, Ed. Porrúa, 2006) pp. 269 y Peter Häberle: "La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional", en la obra recién cit., pp. 373 ss.

<sup>19</sup> Gustavo Zagrebelsky: *Historia y Constitución* (Madrid, Ed. Trotta, 2004) pp. 25 ss.

<sup>20</sup> *Id.*, pp. 21 ss.

<sup>21</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Ducril* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 109 ss.

<sup>22</sup> Luigi Ferrajoli: *Garantismo* (Madrid, Ed. Trotta, 2006).

despliegue de la paz en el Estado y en la Sociedad Civil. Lo hace mediante la Constitución, subordinándose a ella, haciendo que todos los órganos públicos y los particulares se sometan también al Código Político y, por ende, defendiéndola en cuanto expresión de consenso dominante, de unión e integración, de cooperación en el planeamiento y realización de proyectos compartidos de bien común<sup>23</sup>.

En la perspectiva descrita, la Justicia Constitucional es un vector clave del nuevo constitucionalismo. A ella le incumbe decidir las cuestiones más graves de los regímenes democráticos contemporáneos. Recordando a Roger Garaudy, tratase de los tres infinitos: uno de lo inmenso; otro de lo pequeño; y el último de lo complejo. Para hacerlo no tiene más elementos que los que fluyen de la Constitución, entendida en términos dúctiles o flexibles, con valores, principios y normas articulados en su texto, o deducidos de su contexto.

### 8. Desafíos

Imperativo es observar que la Justicia Constitucional enfrenta hostilidades internas del Estado y externas a él.

Entre las primeras no olvido la ignorancia o incompreensión de la función que sirve, los resabios de una soberanía que resiste ser relativizada, el formalismo positivista como escuela jurídica<sup>24</sup>, el imperativo de sistematizar las disposiciones que la rigen y las dificultades que suscita decidir en contra de fuerzas políticas poderosas o de intereses sectoriales arraigados y muy protegidos.

Mirado el ámbito internacional descubrimos el resón de algunos por subordinarla a organismos jurisdiccionales de sesgo ideológico creciente, impedirle su consolidación oponiéndose a las asociaciones que integran Tribunales de países afines, en fin, desacreditándola por callados objetivos políticos<sup>25</sup>.

### II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE\*

El examen del tema no puede ser apartado de la regla para el análisis de este tipo de asuntos, porque lo que nuestra trayectoria institucional fue, es e,

<sup>23</sup> Konrad Hesse: "Constitución y Derecho Constitucional", en Ernst Benda et. Al.: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 3 ss.

<sup>24</sup> Luca Mezzeri: *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli Europei a Confronto* (Rimini, Maggioli Editore, 1992); Rafael Escudero Alday: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre la Incorporación de la Moral* (Madrid, Ed. Civitas, 2004) pp. 71 ss.

<sup>25</sup> Néstor Pedro Sagües: *Derecho Procesal Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2006) pp. 247 ss.

\* Segundo de los esquemas aludidos

hipotéticamente, resulta posible pensar que puede llegar a ser en su Justicia Constitucional, se halla influido por los procesos, anteriores y gravitantes, que ocurrieron en Estados Unidos y en Europa occidental.

### 1. Contexto Histórico Comparado

Como **judicial review**, la Justicia Constitucional surge con el caso *Marbury v. Madison* en los EE. UU. Lo fue casi imperceptiblemente, quiero decir, mediante un pronunciamiento elusivo de conflictos, que dictó la Corte Suprema, sin regulación procesal o lo que hoy se llama Derecho Procesal Constitucional; sobre la base de un supuesto, cual es la supremacía de la Constitución; y apoyándose en una inferencia lógica, o sea, su primacía sobre la ley, sin disquisiciones en torno de la soberanía, el Poder Constituyente ni otra que no fuera el carácter supremo de la Carta Fundamental frente a la ley<sup>26</sup>.

El éxito de la **judicial review**, concomitante con los excesos incontrolados del legislador en Europa, movieron a Hans Kelsen a reflexionar sobre la defensa de la Constitución, concluyendo que era la función de un Tribunal o Corte Constitucional de la ley y no de otros actos de los órganos estatales; y, por último, con el carácter de legislador negativo, es decir, que elimina o deroga la norma ya vigente que se repugna contraria a la Constitución. El modelo de Kelsen quedó articulado en la Constitución de Austria de 1920; no era preciso en punto a si abarcaba el control de fondo y forma; y tampoco se extendía al juicio preventivo o *ex ante* de los proyectos de ley.

### 2. Recepción en Chile

No consta que Kelsen haya seguido el desarrollo constitucional de Chile, pero sí se conoce un artículo suyo sobre la Carta Fundamental de 1925, calificada por él de presidencialismo exagerado, unido al elogio sobre el control judicial de la ley<sup>27</sup>.

En realidad, desde la instauración de la República, el control de la ley, si es que puede ser así calificado lo que era una sucesión de hechos confusos y contingentes, estuvo siempre radicado en el Congreso Nacional. Fue un control político, únicamente referido a la ley y, repito, sin que existiera claridad sobre el concepto de supremacía y de su incidencia en el control respectivo. La obra

de Jorge Hunneus<sup>29</sup>, única con ideas en el tópico, es mínima al respecto. Se imponía la separación de poderes, con el legislador soberano y, si había algún control, era del propio Congreso<sup>30</sup>.

La situación comenzó a cambiar en 1925 con la declaración de inaplicabilidad *inter partes*, por vía incidental, concentrada en la Corte Suprema obrando en pleno. Se sabe, sin embargo, que un freno tan tímido al legislador no tuvo éxito real, primero porque la Corte Suprema halló el resquicio de la separación de poderes para eludir el control por vicios de forma; y segundo en atención a que dio al control de fondo un carácter exegético y de derecho estricto, con lo cual el recurso se volvió abstracto y casi inútil<sup>31</sup>.

### 3. El Cambio de 1980

Esos y otros reproches llevaron a la reforma de 1980, con un control compartido entre la Corte Suprema con la inaplicabilidad; los Tribunales Superiores a través de la protección y amparo, en fin, todos los jueces en cuanto órganos que, según el artículo 6 inciso 2º, deben sumisión a la Constitución y a las normas dicitadas con sujeción a ella.

En relación con la inaplicabilidad, la Constitución de 1980 facultó a la Corte Suprema para obrar de oficio o mediante recurso, controlando aspectos de forma y de fondo de la ley, suspendiendo o no el procedimiento y declarando suficiente la mera existencia de una gestión o asunto pendiente, sin limitar la acción sólo a los procesos en curso<sup>32</sup>.

Sin embargo, al cabo de veinticuatro años la experiencia fue otra vez negativa, tanto con respecto a la inaplicabilidad, cuanto en relación con los recursos de protección y amparo, aunque el proceso fue diferente: en ligamen con la inaplicabilidad, repito que siempre fue desalentador; con respecto a las garantías mencionadas, por el contrario, comenzaron siendo alentadores, hasta que la Corte Suprema se encargó, por autoacordado, de inutilizar el recurso de protección, que era la innovación principal.

<sup>26</sup> Jorge Hunneus Zegers: *La Constitución ante el Congreso* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1890) pp. 19 ss.

<sup>29</sup> Raúl Berteisen Repetto: *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969) pp. 135 ss.

<sup>30</sup> Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras: *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Jurisprudencia 1925 – 2005, (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006) pp. 60 ss.

<sup>31</sup> Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *Informe con Ideas Precisas*, reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho N° 1 – 6 (1981) pp. 281 ss. En la misma fuente citada consítese el artículo 80 del proyecto elaborado por el Consejo de Estado, cuyo inciso 2º tiene relación con lo preceptuado hoy en el artículo 93 inciso 1º N° 7 de la Carta Política.

<sup>16</sup> Consúltense las fuentes citadas en supra, nota 14.

<sup>27</sup> Revísense las obras de Kelsen citadas en supra, nota 15.

<sup>28</sup> Véanse sus "Observaciones sobre la Constitución Chilena", reproducidas en XX Anuario de Filosofía Jurídica y Social (2002) pp. 643 ss.

#### 4. Impulso de 2005

La reforma constitucional de agosto de 2005, vigente desde el 27 de febrero de 2006 en lo pertinente al Capítulo VIII de ella, esto es, el concerniente al Tribunal Constitucional, debe ser calificada como el cambio más extendido de los dieciocho introducidos al Código Político y, de mayor importancia, como el menos formalista y de mayor envergadura sustantiva para la modernización del Derecho chileno, de los dieciocho efectuados hasta la fecha.

El mérito de esa innovación, largamente debatida<sup>33</sup> y, en sus últimas fases, aprobada con premura<sup>34</sup>, yace en la potencialidad que tienen las sentencias estimativas de inaplicabilidad y los fallos, eventuales y en todo caso subsecuentes a aquellas, que pronuncien la inconstitucionalidad de preceptos legales, con alcance *erga omnes*, derogándolos aunque no anulándolos porque carecen de efecto retroactivo<sup>35</sup>.

No es fácil el paso de las enmiendas textuales a su vivencia práctica, porque presupone más que una redacción correcta, visión clara y capacidad de prever numerosos problemas, aunque jamás sea siquiera posible aproximarse a su agotamiento. En esa dirección, que es de innovación para cumplir el propósito del Poder Constituyente, el Tribunal Constitucional va avanzando y, en realidad, con menos dificultades de las que pudo haberse imaginado para concretar cambios tan profundos, de índole jurídica sustantiva, en un país cuya cultura sigue siendo inclinada al positivismo formal<sup>36</sup>.

Singularmente expresivo de ese esfuerzo es la sucesión de inaplicabilidades pronunciadas en el año siguiente a la vigencia de la reforma<sup>37</sup>. A esa serie de pronunciamientos cabe agregar el ocurrido el 26 de marzo de 2007, declarando, por primera vez que la historia de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto legal en vigor<sup>38</sup>.

¿Cuál es el sentido que, para el ordenamiento jurídico, tienen esas manifestaciones expresivas de la defensa de la Constitución mediante la implementación de los valores, principios y normas articulados en su texto?

<sup>33</sup> Emilio Pfeiffer Ureguaga: *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005) pp. 334 ss.

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> Constitución de 1980, artículo 94 inciso 3º. Revítese en este número de los Cuadernos la monografía dedicada al Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes.

Consúltese Sabina Saco: "La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Inretroactividad", XXXIII *Revista Chilena de Derecho* N° 3 (2006) pp. 479 ss.

<sup>36</sup> Agustín Squella Narducci (editor): *La Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, CPU, 1998); y del mismo editor *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, CPU, 1994).

<sup>37</sup> Véase la *Memoria del Tribunal Constitucional* correspondiente a 2006 (Santiago, Imprenta Vicman, 2007) pp. 23 ss.  
<sup>38</sup> Rol N° 681, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de marzo de 2007.

Algunos, muy pocos afortunadamente, siguen razonando sobre la base del pensamiento jacobino, es decir, de una concepción revolucionaria y exaltada de la democracia, centrada en la soberanía del legislador, expresada sin restricciones sustantivas ni formales<sup>39</sup>. La mayoría amplia piensa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, con esas sentencias, irá paulatina y razonadamente depurando el sistema jurídico de disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, perfeccionándolo en armonía con el Derecho superior presente en su articulado. Además, será así posible que el legislador sea esmerado en el mérito constitucional de los preceptos que dicte, más conciente de la misión de control de supremacía que el Poder Constituyente ha fijado al Tribunal. Hoy, esa revisión se extiende a los autoacordados, al juicio de la potestad reglamentaria y a otros actos normativos.

Lo que resulta completamente ajeno al proceso descrito, no querido ni pensado por los Ministros del Tribunal, es entronizar una Magistratura arrogante frente al legislador y los demás órganos de jerarquía institucional máxima. El respeto hacia esos órganos, a sus atribuciones y al sentido que le infunden al ejercicio de ellas ha sido la conducta invariable del Tribunal en sus treinta y cinco años de existencia. Confiamos que nadie se apartará de ella. Las sentencias interpretativas que han sido dictadas demuestran que, sólo en la hipótesis de no ser hallada una interpretación de la Constitución que se avenga con la sostenida en el acto examinado, entonces cabe pronunciar su demérito constitucional, porque la defensa del espíritu, texto y contexto de la Constitución es la finalidad esencial de nuestra Magistratura y, en el servicio de esa misión, son insostenibles las renuencias.

### III. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS UN AÑO DESPUÉS DE LA REFORMA\*

#### 1. Incertidumbre y Riesgos

Retrospectivamente evaluado, 2006 fue un año de desafíos. Estos son retos. Implican, incertidumbre ante lo desconocido y riesgo de frente a lo conocido pero que es necesario cambiar. Consecuentemente, los desafíos conllevan la idea de oportunidades y, por ende, de éxitos y fracasos; de victorias y derrotas; de brillo o de opacidad; pero siempre de trabajo intenso, porque no hay otra alternativa para vencerlos.

<sup>39</sup> Bruno Bongiovanni: "Jacobismo" en Norberto Bobbio et al.: *I Diccionario de Política* (México DF, Siglo Veintiuno Editores, 1997) pp. 843 ss.

\* Tercero y último de los esquemas referidos.

Uno u otro desenlace depende de numerosos factores. Aunque es breve el tiempo transcurrido, creo posible ya formular un supuesto esencial para pronunciarne con respecto al Tribunal Constitucional. Me refiero a que, la realización o frustración de los ideales y proyectos impulsados, es una variable dependiente de:

- La buena o mala voluntad de los Ministros del Tribunal y de su personal;
- De los recursos de infraestructura, presupuesto y apoyo técnico que tenga u obtenga nuestra Magistratura para cumplir su misión de guardian supremo del espíritu y la letra de la Constitución; y
- De la comprensión, por todos los órganos estatales, la profesión legal y la ciudadanía del rol del Tribunal y del compromiso por ayudarlo a cumplirlo plena y oportunamente. Insisto que pienso, primeramente, en los órganos constitucionales, sobre todo en la Presidencia de la República y el legislador, pero también en la Administración del Estado y la Judicatura. Pienso, además, en la doctrina y la profesión legal. Con el tiempo, la deducción lógica será también pensar en la ciudadanía, en el Pueblo conciente de la trascendencia que tiene para él vivir lo escrito en la Carta Fundamental.

Mi exposición tiene que ser evaluativa. Eso intentaré hacer de la manera más objetiva y ecuánime que me sea posible. Espero que Uds. extraigan, fácil y categóricamente, las conclusiones de rigor, ojalá que coincidiendo con nuestro balance.

El enfoque se referirá a los tres tiempos del verbo, o sea, de la acción humana, sin reducirnos al pasado o el recuerdo, como pensó Kierkegaard, ni sólo al futuro o la esperanza, según el mismo autor. Tampoco me limitaré a lo que pensó J. Luis Borges, al escribir que somos nada más que el presente, el ahora. Esta última es la visión de T. Jefferson, quien creyó que la Constitución pertenecía nada más que a las generaciones que conviven hoy.

## 2. Evaluación

Teniendo presente lo advertido, doy un paso adelante y pregunto ¿cuál fue, desde la reforma de 2005, la realidad del Tribunal Constitucional frente a la modificación aludida? ¿pedimos y obtuvimos cuanto era necesario para cumplir nuestro rol de defensa de la Constitución? ¿pusimos lo que era nuestro aporte en ese esfuerzo? En el año transcurrido ¿recibió el Tribunal los recursos que requería para su misión? En definitiva, ¿cómo funcionó? ¿cumplió realmente la misión que le ha sido asignada por la Constitución? ¿respondió bien a cuanto se espera de él? ¿cuál es el clima de opinión pública imperante acerca de su labor? ¿qué panorama visualizo para el futuro?

Para responder creo necesario ilustrar, en primer lugar, con cifras que cuantifican nuestro trabajo en el lapso transcurrido desde el 27 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de ese año<sup>40</sup>:

- A. Hasta la primera de esas fechas, el Tribunal dictaba 20 sentencias, en promedio, cada año. En el período que me ocupa, en cambio, dictó 97 sentencias definitivas y sobre 300 interlocutorias de admisibilidad y muchas otras resoluciones inherentes a los centenares de roles en trámite;
- B. En esa labor sobresale el ejercicio de las nuevas competencias, esto es, la inaplicabilidad de preceptos legales y, desde el 26 de marzo de 2007, su inconstitucionalidad. Concretamente, ingresaron 260 requerimientos de inaplicabilidad y cuatro de inconstitucionalidad;
- C. Hemos funcionado en dos salas y en pleno; las sesiones de salas han sido celebradas, generalmente, dos veces por semana. Lo mismo ha sucedido con las reuniones del pleno, una de las cuales fue siempre dedicada a ver causas. En los diez meses considerados hemos visto más de cien asuntos, con los alegatos de rigor;
- D. Las sentencias han sido unánimes, en su mayoría; y se han pronunciado sobre vicios de forma y de fondo, en contraste con la jurisprudencia que sentó la Corte Suprema<sup>41</sup>. Entiendo que esa unanimidad revela un rasgo positivo, porque corresponde al consenso pleno, coincidente con una hermenéutica constitucional ajena a connotaciones de contingencia política;
- E. Hemos actuado sin esperar que sea aprobada la reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, aunque interesados y preocupados por el curso y suerte de su tramitación. Dando aplicación directa a la Carta Política, y acudiendo a la Ley Orgánica Constitucional de la Institución, aún vigente, en todo lo que ha sido razonable y autorizado por ella, el Tribunal no ha diferido ni eludido servir el rol que le fijó el Código Político. Por ejemplo, así lo hemos hecho a propósito de los artículos 30 y 39 a 41 de aquella legislación;
- F. La hermosa sede, de relieve histórico, en que ha funcionado los últimos seis años demuestra ya ser inadecuada para el funcionamiento eficiente

<sup>40</sup> Revisese la *Memoria del Tribunal Constitucional* con la labor realizada en 2006 (Santiago, Imprenta Vicman, 2007), fuente de cuyas pp. 23 ss. han sido extraídas las cifras citadas en este esquema.

<sup>41</sup> Raúl Bertselsen Repetto, op. cit., pp. 150 ss.; y Eugenio Valenzuela Somarriva: "Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema", en Eugenio Valenzuela Somarriva (coordinador): *Proposiciones para la Reforma Judicial* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991) pp. 157 ss.

del Tribunal. Téngase presente los hechos siguientes: la sala de audiencias públicas corresponde al salón de nuestro edificio colonial; cuatro Ministros carecen de oficina en ese recinto; los cinco abogados asistentes se encuentran también distribuidos en dos locales muy distantes entre sí; no tenemos espacio para la biblioteca y centro de documentación; el archivo cuenta con instalaciones reducidas; y la atención del público se efectúa en condiciones precarias; y

G. Una mirada a los recursos financieros disponibles demuestra que el presupuesto del Tribunal Constitucional es casi idéntico al del período anterior a la reforma, más el incremento vegetativo correspondiente<sup>42</sup>. En suma, trátase de un presupuesto sólo de mantención de gastos administrativos, hecho que impide crecer al Tribunal en lo que le es propio y realizar múltiples actividades de relación con la Sociedad Civil y el Estado a través, por ejemplo, de los servicios de una biblioteca y centro de documentación especializados en Justicia Constitucional, realización de seminarios u otras actividades similares y el perfeccionamiento de sus funcionarios en Chile o el extranjero.

¿Cómo se explica la situación presente? Acudo al enfoque de los tres tiempos del verbo para revisar el pasado. En esa perspectiva surge un Tribunal pequeño, con labor muy reducida, cuyo personal y presupuesto era ajustado a esa imagen de segundo plano en el sistema institucional. Aún así, difícilmente puede coincidirse en que tal condición explique también la falta de biblioteca y de un centro de documentación.

### 3. Nuestra Actitud

Evaluar implica revisar la conducta del Tribunal Constitucional ante la situación recién resumida y adoptar las medidas que indique ese análisis. Al respecto, manifiesto:

Primero, que la buena voluntad y la paciencia inherente son, obviamente, rasgos que caracterizan la actitud ante los problemas enunciados en las siete evidencias precedentemente resumidas; y

Segundo, que la disposición, abnegada y constante, para resolver las dificultades es otra exigencia ineludible. Desde tales puntos de vista, estoy cierto que vamos progresando, aunque en los últimos rubros descritos el avance es casi nulo o muy lento. Enuncio a continuación las razones de esta afirmación:

- A. Hemos aumentado el personal profesional, pero moderadamente y sin llegar a satisfacer la necesidad de abogados asistentes y secretariado;
- B. Se recuperó la antigua sede de calle Morandé, pero ya está comprobada su insuficiencia, de modo que nos encontramos en búsqueda de un local más amplio, el pago de cuyo arriendo requerirá la suplementación presupuestaria correspondiente;
- C. La insistencia en disponer de un solo recinto, digno y adecuado, para albergar a todos los Ministros, relatores, abogados asistentes y personal en general, sigue siendo nuestra preocupación primordial, sin que, al cabo de un año y medio de haberla planreado, hayamos obtenido resultados favorables concretos;
- D. La insistencia en contar con una biblioteca especializada y un centro de documentación y análisis de jurisprudencia constitucional tampoco ha merecido respuestas satisfactorias;
- E. Se torna impostergable instalar un oficio de comunicaciones y relaciones pública, nexo de la Institución con los medios y la opinión pública; a través del cual se entregue información completa y objetiva;
- F. Nos hemos conectado con el Gobierno, el Congreso Nacional y la Corte Suprema a través de la página web; la difusión de nuestros fallos por los medios de comunicación es notoria; la participación de Ministros en seminarios y congresos, en Chile y el extranjero, va en aumento; hemos renovado la serie **Cuadernos**, infundiéndole calidad en los contenidos, belleza en su impresión y regularidad en la publicación; y
- G. Han sido cultivadas las relaciones internacionales al punto de ser susceptible de calificarse como excelentes, siendo nuestro Tribunal el más antiguo de Iberoamérica, singularmente respetado en su jurisprudencia y citado como modelo de desarrollo institucional<sup>43</sup>.

### 4. El Futuro

La evaluación, por último, lleva a pensar el porvenir del Tribunal y de la reforma, inseparables uno de otro y, por lo mismo, comprometidos en el desenlace de ella.

Al respecto digo que:

- El nuestro es un Tribunal respetado y cada día más influyente en los órganos estatales y en la opinión pública. No es raro ya informarse por

<sup>42</sup> Véase la Memoria cit., pp. 112 ss.

<sup>43</sup> Consultarse la Memoria cit., pp. 70 ss.

los medios de comunicación sobre anuncios en que uno de los contendientes efectúa en el sentido que acudirá a nuestra Magistratura para decidir la controversia, aviso que basta para estimular el arreglo inmediato de ella y lograrlo;

- Es un Tribunal respetuoso de los otros poderes constitucionales, pero resuelto a hacer valer su propia estructura, naturaleza y funciones, por ejemplo, ante el Poder Judicial y la Corte Suprema en particular, sobre todo en ligamen con la inaplicabilidad de las leyes. Salvo contadas excepciones, hemos logrado convivir en un ambiente de recíproco respeto, hecho positivo que se ha visto comprobado con el complejo problema de los efectos de nuestra reciente sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal;
- Es un Tribunal Constitucional conciente de lo que se espera de él, decidido a cumplir su rol de defensor supremo de la Constitución pero prudente, en el sentido que necesita consolidar esa misión en el sistema institucional. Es un órgano joven, el más nuevo de los entes constitucionales, con excepción del Ministerio Público, rasgo que presupone tesón para lograr lo que necesitamos y paciencia ante la demora ; y
- De los dos roles clásicos de la Justicia Constitucional, vamos enfatizando, sin duda, el más reciente y legítimamente de su labor, esto es, ser defensor y promotor de la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de esa cualidad de la persona humana. En el régimen de control compartido de supremacía, en que concurren el Tribunal y las Magistraturas Superiores a través de las acciones de *habeas corpus* y protección, especialmente, debemos sumar y armonizar nuestros esfuerzos en la dirección referida<sup>44</sup>.

#### BALANCE

El Tribunal atraviesa tiempos promisorios. Pienso así, desde luego, porque espero que pronto sean resueltos, favorablemente y en los términos indicados por nuestra Magistratura, todas las dificultades que resumi. Pero pienso así, además, en atención a que los diez Ministros hemos formado un clima de

entendimiento encomiable, calidad que, por supuesto, no impide las prevenciones y disidencias. Pero coincidimos en lo que es el Tribunal, en sus roles y en lo que Chile espera de él, hallándonos resueltos a asumirlos y realizarlos con éxito. La unidad, entonces, es la clave de nuestra razonada esperanza.

<sup>44</sup> Recuérdese lo preceptuado, con el carácter de base del sistema institucional de Chile, en el artículo 6 inciso 2º de la Constitución.

## XXII. UN AÑO DE LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*

### INTRODUCCIÓN

Cumpliendo lo ordenado en el artículo 8 de la Constitución y anticipado la ejecución de lo dispuesto en el artículo 83 del proyecto de reforma de nuestra Ley Orgánica, el Presidente del Tribunal Constitucional presenta ante la Institución, las autoridades y el país la reseña de las actividades realizadas por esta Magistratura durante el año recién transcurrido.

Iniciamos así la que debe llegar a convertirse en tradición. Lo hacemos convencidos de la legitimidad de los mandatos establecidos en el ordenamiento jurídico que nos rige y que nos permite vincular al Tribunal con la opinión pública, tanto para fomentar el conocimiento y colaboración recíproca, como a los fines de incrementar, en la conciencia de la ciudadanía, la relevancia de la función de bien común que sirve esta Magistratura.

El principio de la Constitución viva porque es vida en la práctica por todos los sujetos interesados es, sin duda, un elemento esencial de la democracia efectiva. Esa idea de la Carta Fundamental, unida a su imperatividad directa como fuente, primera y principal, del ordenamiento jurídico configuran conceptos básicos del constitucionalismo contemporáneo, cuya consecuencia primordial es la vigencia del Estado de Derecho en la plenitud de sus exigencias sustantivas y procesales.

Al Tribunal incumbe el deber de velar por el respeto del espíritu, el contexto y la letra de cuanto fluye de la Constitución. Lo hace sometiendo el mismo, siempre lealmente y con rigor, a los mandatos del Código Político, respetando a los órganos constitucionales en el desempeño de su competencia y buscando

hallar la fórmula que concilie el ejercicio de esas potestades con el sentido genuino de sus valores, principios y normas.

La coincidencia de todos los Ministros en tal objetivo ha permitido llevar a cabo, en el año recién transcurrido, una labor considerable en sus aspectos cualitativo y cuantitativo. Para concluir así basta revisar el contenido de la Memoria que hoy presento, examinar las estadísticas insertadas en ella y comparar lo hecho en 2006 con el trabajo efectuado en los años precedentes. Ese es el resultado de un esfuerzo compartido que cabe destacar.

#### I. EL NUEVO TRIBUNAL

La reforma de 2005 significó una serie de desafíos para esta Magistratura. La experiencia recogida, difundida por los medios de comunicación social y los numerosos estudios que la doctrina nacional ha elaborado al efecto, así lo comprueban.

Al cerrar un año de labor e informar públicamente con respecto a lo hecho, se vuelve ineludible afirmar que todos los retos han sido enfrentados y la mayoría con éxito: hemos colaborado en el estudio de la nueva Ley Orgánica; asumimos el aumento del trabajo en términos sin precedentes; se logró adaptar al antiguo y nuevo personal a las exigencias de una competencia novedosa, variada y compleja; incorporamos profesionales meritorios, aunque en número insuficiente por las restricciones presupuestarias que se hallan fijadas a la Institución; elevamos el rendimiento de los funcionarios de planta en términos que justifican nuestra gratitud; adecuamos los espacios y recintos disponibles en esta antigua sede, pero al punto que ya no resulta posible seguir funcionando en las condiciones actuales; en fin, emprendimos la fundación de la biblioteca especializada y el centro de documentación dedicado al análisis de la jurisprudencia constitucional, chilena y comparada.

La reforma de 2005 proseguirá deparando oportunidades y haciendo surgir dificultades. Sin descuidar las últimas, estamos convencidos que, en las primeras, yace una de las vertientes más promisorias para el desarrollo del Derecho chileno. La abundante jurisprudencia dictada en 2006, la más relevante de la cual aparece resumida en la Memoria que presento, ilustra acerca del esfuerzo hecho por el Tribunal en la consecución de tan importante finalidad.

\* Discurso leído el jueves 12 de abril de 2007, en la ceremonia de presentación de la Memoria del Tribunal correspondiente al año 2006, en el recinto de la Institución.

## II. APLICACIÓN DE LA REFORMA

La modificación a la Carta Fundamental hecha en agosto de 2005 puede ser calificada como el cambio constitucional más relevante introducido al sistema normativo chileno en los últimos cien años.

Esa enmienda reviste caracteres especialmente significativos a propósito de la Justicia Constitucional. Basta recordar las reformas introducidas a nuestro Tribunal en cuanto a su composición, método aplicable a la designación de sus miembros, incremento de su competencia y disposiciones de procedimiento destinadas a ejecutarlas. Secuela de esas innovaciones, tal como lo demuestra la jurisprudencia de esta Magistratura durante 2006, ha sido el renovado impulso a la constitucionalización del Derecho Chileno, fenómeno que implica adecuar, en su fondo y forma, el sistema normativo a lo preceptuado en el Código Político o que fluye de sus normas.

Sin perjuicio del rol trascendental encomendado al Tribunal, la puesta en marcha de la reforma ha enfrentado dificultades que, afortunadamente, la dedicación, buena voluntad y determinación de sus Ministros permitió superar. Uno de esos escollos ha sido la tardanza en la aprobación de las adecuaciones de la Ley Orgánica Constitucional de esta Institución, texto que ha de ser dictado para llevar a cabo las nuevas atribuciones que le fueron confiadas por la enmienda a la Carta Fundamental. Me refiero, especialmente, a la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales, seguida de su eventual inconstitucionalidad.

Al respecto, pertinente es recordar que la Constitución señala, en el inciso final del artículo 92, que “Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”. Empero, al 27 de febrero de 2006, fecha en la que entraron en vigor las reformas relativas al Tribunal, no había sido aprobada aún dicha legislación. Ese día el proyecto respectivo se encontraba en primer trámite parlamentario. Agregó que a la fecha de presentación de esta Memoria, aquella iniciativa se halla en segundo trámite en el Senado, habiendo sido evacuado, el 15 de enero de 2007, el segundo informe de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento respectiva.

## III. VIGENCIA INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN

Cabe dejar constancia de la colaboración, constante y esmerada, que el Tribunal proporcionó para el estudio de la reforma a la Ley Orgánica por la

Comisión aludida. Lo mismo hizo en su momento con la Cámara de Diputados. Manteniéndose en los límites que vuelven razonable tal transmisión de experiencias y puntos de vista, nuestra Magistratura entregó su opinión, franca y razonada, cuando le fue solicitada para la finalidad descrita.

Frente a dicha circunstancia y tras detenido estudio, el Tribunal decidió ejercer la competencia conferida por la Constitución, desempeñándola con sujeción a ella y a la legislación orgánica pertinente. Esta última permite, en diversos aspectos, que sea invocada para el servicio de dicha potestad.

La decisión de esta Magistratura fue recibida con satisfacción tanto por los tribunales ordinarios de justicia, la profesión legal y la doctrina. Prueba de ello son los requerimientos de inaplicabilidad que las partes y las Cortes, estas últimas de oficio, remitieron a esta Magistratura durante 2006, demostrando así el progresivo arraigamiento que está adquiriendo en Chile la cultura jurídica propia de un Estado Constitucional de Derecho.

Menester considera esta Presidencia detenerse a exponer los argumentos principales que el Tribunal tuvo para adoptar dicha decisión. Al respecto, merecen destacarse los fundamentos siguientes:

1. El principio de inexcusabilidad, previsto en el artículo 76 inciso 2º de la Constitución, aplicable a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, en virtud de lo ordenado en el artículo 19 N° 3 inciso 5º de aquella. Queda esta Magistratura, consecuentemente, sometida a ese principio tal como lo reitera, a mayor abundamiento, el artículo 3 inciso 2º de su actual Ley Orgánica;
2. El derecho a la defensa y la promoción del respeto de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella, imperativo de observancia ineludible para cualquier órgano del Estado, en todo momento y circunstancia, tal como puede inferirse, entre otras disposiciones, de los artículos 1 inciso 4º y 5 inciso 2º de la Carta Fundamental; y
3. El reconocimiento que la Constitución es la normativa suprema del ordenamiento jurídico, dotada de vigor directo e inmediato, cualidad que permite prescindir de un desarrollo legislativo previo para que sus mandatos tengan validez imperativa y vigencia efectiva, serie de atributos que fluyen del principio de supremacía reclaman entendido, principio que se encuentra reconocido en artículo 6 de la Carta Fundamental.

El Tribunal avanzó en la consecución del objetivo mencionado sobre la base de proceder caso a caso, fundado en resoluciones aplicables a cada uno de ellos a fin de que la causa singular tuviese, antes de su tramitación, reglas

procesales claras a las cuales ceñirse. Nuestra actitud queda acertadamente resumida en el pronunciamiento que leo enseguida:

“El Tribunal Constitucional no cumpliría su labor de “supremo guardián de la Carta Política” si se permitiera que un derecho fundamental, eventualmente lesionado por la aplicación de un precepto legal que contraría la Constitución en un caso concreto, quedara desprovisto de adecuada defensa sobre la base de aceptar que no puede ejercer sus competencias por falta de una nueva ley que regule el procedimiento específico aplicable a tales acciones.”

#### IV. AUMENTO DEL TRABAJO

Desde el 27 de febrero de 2006, el Tribunal desempeñó sus nuevas atribuciones en plenitud. Ello significó un incremento sustancial de su trabajo en comparación a los años anteriores. Por ejemplo, el número de sesiones ordinarias aumentó al doble. A esa cifra es necesario agregar las sesiones del pleno y, en ocasiones también de las salas, destinadas a ver causas, de las cuales 120 lo fueron en 2006. Además, las dos salas en que la reforma dividió al Tribunal sesionaron al menos una vez a la semana. En fin, en numerosas oportunidades nuestra Magistratura efectuó sesiones extraordinarias.

Una mirada a las estadísticas insertadas en la Memoria que presento evita efectuar mayores explicaciones. Hoy, puede manifestarse con satisfacción, que el Tribunal se halla al día en su labor.

#### V. ESCOLLOS ADMINISTRATIVOS

Para hacer frente a tan o sensible crecimiento del trabajo jurisdiccional, el Tribunal debió sortear varios problemas adicionales de naturaleza administrativa. Entre ellos resulta preciso destacar al menos dos.

En primer lugar, atendido que no ha sido aún aprobada la reforma de la Ley Orgánica de esta Magistratura, la planta de funcionarios, pensada para el Tribunal restaurado en 1981, se ha tornada manifiestamente reducida para las exigencias actuales, evaluación que adquiere aún mayor gravedad atendida la proyección razonable de crecimiento a corto plazo. En segundo lugar, considerando las limitaciones de espacio de la Casa de Velasco, sede que le acoge, fue necesario instalar, desde junio de 2006, otro local en calle Morandé. Bien se comprende que esta situación ha llegado a convertirse en insostenible, porque la considerable distancia que separa a uno de otro recinto, unido a la

falta de espacios e instalaciones adecuadas para que trabaje un órgano colegiado de diez Ministros, están afectando el funcionamiento de la Institución. Esta audiencia es testigo, por ejemplo, de la tradición y belleza de este antiguo local, pero también lo es de su falta de funcionalidad y de la carencia de medios con que trabajamos.

A pesar de los obstáculos descritos y otros análogos, ineludible se vuelve reconocer que esta Magistratura ha ejercido sus atribuciones con oportunidad y eficiencia.

#### VI. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA

He dicho que, al concluir 2006, la tramitación del proyecto de la legislación adecuatoria de la actual Ley Orgánica de este Tribunal se hallaba en segundo trámite en el Senado. Los cambios introducidos a la iniciativa por la Comisión correspondiente de la Cámara Alta toman necesario extender el proceso al tercer trámite, sin que sea posible descartar la instauración de una comisión mixta y la formulación de observaciones o vetos. Finalmente, el proyecto tendrá que ser revisado por el Tribunal.

Está ya explicado que nuestra Magistratura ha colaborado, en lo que corresponde, con el Gobierno y los órganos parlamentarios competentes, proporcionándoles la visión práctica insustituible que emana de la ejecución de la labor que le confía la Carta Fundamental. Esa contribución al desempeño exitoso de la función legislativa, sin afectar la naturaleza exclusiva de la misión que incumbe a los órganos aludidos ni la independencia e imparcialidad que ha de cuidar siempre esta Institución, se ha exteriorizado en la comparecencia del Presidente y varios Ministros ante las Comisiones correspondientes de ambas ramas del Congreso Nacional, o en la audiencia que le hemos dado aquí a las autoridades respectivas.

Útil es añadir que, al finalizar enero de 2007, se recibió en el Tribunal el segundo informe, recaído en el proyecto de ley, aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. De él surgen dudas, algunas de las cuales merecen un breve comentario:

1. Si esta Magistratura dispondrá de abogados integrantes o de ministros suplentes, porque la hipótesis negativa puede significar la paralización del Tribunal atendido los elevados quorums que establece la Carta Fundamental: ocho miembros para funcionar en pleno y cuatro si se trata de una sala, y, más aún, la mayoría de los miembros en ejercicio y los

cuatro quintos de ellos para decidir, respectivamente, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de preceptos legales.

La dificultad descrita se agrava por los plazos, breves y fatales, que la Constitución ha previsto para ejercer varias competencias, v. gr., los requerimientos del Presidente de la República y de parlamentarios con respecto a las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley;

2. Si se mantendrán las disposiciones del proyecto que significan trabas al Tribunal para el ejercicio de sus competencias. Así ocurre, por ejemplo, en las situaciones siguientes: que la decisión de admisibilidad se pronuncie previa audiencia de abogados en la vista de la causa; que el Tribunal no pueda fundar su decisión, si no excepcionalmente, en preceptos constitucionales distintos de los invocados por las partes requerentes de inaplicabilidad; que tenga que comunicar al requirente, a las partes y a los órganos constitucionales interesados que el Tribunal considera la posibilidad de pronunciar la inaplicabilidad fundándose en normas diversas de las aducidas en el requerimiento, o bien, que se ha planteado en sus deliberaciones la eventualidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, abriéndose la tramitación incidental de rigor;

3. Llama la atención que el proyecto reserve a las salas pronunciarse sobre el mérito constitucional de los decretos supremos, en circunstancias que pueden versar sobre materias incluidas en el dominio legal, circunstancia que, unida a otras de semejante relieve, inducen a concluir que, tal potestad, tendría que ser confiada al pleno; y

4. En fin, si subsistirán las disposiciones que afectan la autonomía de la institución, al punto que pueden ser calificadas de involución en comparación con la ley vigente. Ilustro esta aseveración mencionando la reducción de la competencia del Tribunal para dictar autos acordados en el orden procesal, de remuneraciones y de funcionamiento.

Invariablemente, nuestra Magistratura ha mantenido, con el criterio unánime de todos los Ministros, su convicción en el sentido de aprobar un régimen legal que le permita cumplir, a cabalidad, cuanto fluye de la Carta Fundamental en lo pertinente a su organización, atribuciones y ejercicio de ellas. La historia fidedigna del proceso de tramitación parlamentaria que ha experimentado la modificación de nuestra Ley Orgánica registra ya lo planteado por el Tribunal con el objetivo aludido.

Sin perjuicio de lo advertido oportunamente, expreso el reconocimiento del Tribunal a los perfeccionamientos, numerosos y evidentes, que ha experimentado el proyecto de reforma en su tramitación. El curso de ese proceso,

con etapas aún pendientes, nos permite confiar en que se llegará a un texto satisfactorio.

## VII. EVALUACIÓN PROMISORIA

En la Memoria que presento queda resumido un año de labor. Es el último año de trabajo del Tribunal y el primero de funcionamiento para un órgano jurisdiccional que es nuevo en numerosos aspectos. El Tribunal y sus diez Ministros, con dedicación, esfuerzo y buena voluntad fueron capaces de cumplir una labor que, evaluada retrospectivamente, aparece como fructífera, considerable en magnitud y de alta relevancia en su contenido para el Derecho y la democracia de Chile.

Fue un año de transición del segundo período de nuestra Institución a la tercera etapa que ella comienza a vivir. Hubo y subsisten dificultades de índole diversa, pero todas fueron enfrentadas y el desenlace puede ser calificado de exitoso.

Hoy, el Tribunal observa el horizonte de su importante labor para el progreso del país y sus instituciones. Pensar en el futuro es generalmente hacerlo con esperanza. La serie de competencias, sobre todo la relativa al control de supremacía de preceptos legales en el caso concreto, mediante la declaración de inaplicabilidad, o con efectos generales y permanentes, a través del subsecuente pronunciamiento de la inconstitucionalidad de rigor, revisen singular importancia para ese objetivo. La experiencia recogida, en las salas y en el pleno, ha sido valiosa y numerosas dudas, suscitadas al emprender tan delicada misión el 27 de febrero de 2006, ya se encuentran resueltas. El extracto de esa jurisprudencia aparece en el texto que les será entregado.

## VIII. UN PRINCIPIO ESENCIAL

Los desafíos subsisten. De ellos, carecer aún de la nueva Ley Orgánica es significativo, aunque no resulta sensato silenciar que, invocando la Constitución, complementada por la legislación que rige a nuestro Tribunal, fue posible asumir el rol trazado por el Poder Constituyente en agosto de 2005, sin eludirlo con base en la circunstancia legislativa señalada.

Es un obstáculo grave, sin duda, seguir funcionando en recintos distantes e inadecuados para la dignidad de un órgano constitucional, de suprema jerarquía, como es nuestra Magistratura.

La falta de personal suficiente se erige también en dificultad para el desempeño eficiente de nuestra labor.

En fin, muchos otros medios o recursos, de los cuales carecemos y que, en ciertos casos, han sido aludidos en este discurso, deben ser proporcionados pronto al Tribunal, en los términos que él, reiterada y claramente, lo ha hecho presente al Gobierno y en las Comisiones de ambas Cámaras del Congreso Nacional.

Nunca debe ser olvidado un principio constitucional básico, sencillo y de trascendencia singular: cuya invocación resulta clara en relación con lo que ya he dicho. Me refiero a que un órgano constitucional autónomo, como el Tribunal, se halla habilitado por la Constitución y la Ley Orgánica para comunicar sus necesidades presupuestarias al Gobierno, siendo menester confiar en que las autoridades competentes adoptarán las medidas para satisfacerlas sin tardanza y en su totalidad.

#### IX. RECONOCIMIENTO

La Presidencia expresa su aprecio, afectuoso y sincero, a todo el personal de la Institución por la labor, abnegada y diligente, que cumplió en 2006. Sin su buena voluntad, afán de servicio y espíritu de superación, difícilmente nuestra Magistratura habría ejecutado el trabajo que hoy se observa complacido.

#### X. PALABRAS FINALES

El futuro no será fácil. En realidad, nunca ha sido sencillo para ningún Tribunal o Corre Constitucional servir plenamente sus roles delicados y trascendentales. A ellos incumba, cada día más, decidir las cuestiones jurídico-políticas más graves y de hondas repercusiones en el país entero. Estamos concientes de ello y dispuestos a asumir cuanto el porvenir implica.

La clave yace en continuar identificándonos con la defensa del espíritu, la letra y el contexto de la Carta Fundamental; con sus valores, principios y normas y hacerlo siempre, y cada día más persuasivamente, de buena fe, de modo honesto y transparente, sometiéndonos al Código Supremo y haciéndolo respetar, con independencia, versación y ecuanimidad.

¿Cuál es el sentido que, para el ordenamiento jurídico y la democracia, tienen nuestras sentencias, expresivas de esa defensa?

Creo que la finalidad que propugno se encuentra en ir, paulatina y razonadamente, depurando el sistema jurídico de disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, perfeccionándolo en armonía con el Derecho superior que fluye de su articulado. Además, será así posible que el legislador y otros órganos cuyas decisiones son fuentes normativas, incrementen su cuidado por el mérito constitucional de los preceptos que dictan. En definitiva, habrá un mayor nivel de conciencia y comprensión acerca del control de supremacía que el Poder Constituyente ha fijado al Tribunal.

Lo que resulta completamente ajeno al proceso descrito, no querido ni pensado por nosotros, es entronizar una Magistratura arrogante frente a los órganos de jerarquía institucional máxima. El respeto hacia esos órganos, a sus atribuciones y al sentido que le infunden al ejercicio de ellas ha sido la conducta invariable del Tribunal en sus treinta y seis años de existencia. Las sentencias interpretativas que hemos dictado demuestran que, sólo en la hipótesis de no ser hallada una interpretación de la Constitución que se avenga con la sostenida en el acto examinado, entonces cabe pronunciar su demérito constitucional. Recuérdese que la defensa del espíritu, texto y contexto de la Constitución es la finalidad esencial de nuestra Magistratura y, en el servicio de esa misión, son insostenibles las vacilaciones y renuencias.

Perseveremos en el trabajo con rigor y comprensión mutua, identificándonos con el sentido intemporal y perdurable que singulariza a la Institución de la cual somos miembros y responsables. En ese espíritu, humanamente sano y sencillo, creo que se halla la clave para multiplicar los esfuerzos, doblegar las dificultades y lograr que el propósito de la Justicia Constitucional se cumpla, en plenitud, para el bienestar de todos los habitantes de Chile, en libertad e igualdad, en paz y gozando de seguridad jurídica.

¡Gracias por habernos acompañado en esta hora memorable!

## XXIII. TEORÍA Y PRÁCTICA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL \*

Nuestra Academia recibe hoy, como nuevo Miembro Honorario, a Don Gustavo Zagrebelsky, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín y de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles y Presidente Emerito de la Corte Constitucional de Italia. Su nombre queda, por consiguiente, junto al de otro italiano, el Cardenal Angelo Sodano, y al escogido grupo de extranjeros ilustres que nos han honrado incorporándose a esta Academia.

### I. IMAGEN

El Sr. Zagrebelsky nació en San Germano Chisone, ciudad vecina a la capital del Piamonte. Se graduó en Derecho en la Universidad de Turín. Enseñó Derecho Constitucional en la Universidad de Sassari. En 1975 asumió esa asignatura en la Universidad de Turín, en la cual, desde 1980, enseña también Derecho Constitucional Comparado. El Presidente de la República Oscar Luigi Scalfaro lo nombró Juez de la Corte Constitucional de Italia, habiendo sido elegido por sus pares Presidente de esa Magistratura en 2004. Hoy colabora en medios de comunicación de su Patria, es miembro de la Academia Nacional del Lincei, imparte el curso de Justicia Constitucional en las Universidades ya nombradas y ofrece conferencias en instituciones italianas y extranjeras.

Autor de numerosas publicaciones, entre ellas ocho libros, el último de los cuales, *La Ley y su Justicia*, será pronto editado por Il Mulino de Bologna, el Sr. Zagrebelsky demuestra en ellas que es, esencialmente, un intelectual del

Derecho, pero que sitúa el fenómeno jurídico en el contexto de la vida política, social y económica, distante de concepciones que lo identifican, por ejemplo, sólo con la dogmática de los textos escritos o con las deducciones metapositivas. La lectura de sus obras suscita admiración por abordar los tópicos más difíciles en términos simples y concretos, o por descubrir nuevos enfoques que superan la dicoromía antes aludida. Deseo demostrar este rasgo de la bibliografía del Sr. Zagrebelsky revisada para escribir este discurso, llevando la atención de la audiencia a las ilustraciones que resumo en seguida.

### II. SU OBRA

En *Historia y Constitución*<sup>1</sup> razona persuasivamente para explicar por qué es menester desestimar la tesis de Thomas Jefferson, o sea, que la Carta Fundamental pertenece nada más que a la generación que hoy es la única destinataria de sus preceptos porque no hay otra viviente. Consecuentemente, esa tesis sostiene que no tiene gravitación la impronta de quienes fueron protagonistas del proceso histórico que culminó en la implantación de un Código Político o en su reforma. Tampoco, por lo mismo, cabe reconocer influencia a los anhelos de las generaciones futuras. En contra de dicha afirmación, escribe nuestro amigo:

“El Poder Constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, (...) es aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de soluciones. (...)

Sólo lo que es imperfecto cambia: o porque se corrompe o porque se mejora. Pero, a su vez, la ausencia de cambio es sinónimo de perfección. (...)

Ninguna de esas tesis extremas estaba destinada a afirmarse en los desarrollos del constitucionalismo. Ha prevalecido una posición intermedia que intenta la síntesis difícil entre las exigencias de inmovilidad y cambio. (...)”

\* Discurso de Recepción de Gustavo Zagrebelsky como Miembro Honorario de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, pronunciado en la sede de la Institución el lunes 26 de marzo de 2007.

<sup>1</sup> (Madrid, Ed. Trotta, 2005) pp. 36, 40, 44, 76 y 88.

Y evocando a Benjamín Constant concluye:

“Demos lugar al tiempo y a la experiencia para dejar que esas potencias reformadoras dirijan nuestro poder de lo ya constituido hacia el mejoramiento de lo que se ha hecho, y hacia el logro de lo que queda por hacer.”

La legitimidad de la Constitución depende, entonces, de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la idoneidad de juristas y magistrados para buscar y hallar esas respuestas en la Carta Política. Y en ligamen con lo dicho, escribe el profesor Zagrebelsky que siendo la Constitución un texto nada dice realmente, pues somos nosotros, sus intérpretes, los que la hacemos decir; correcta o incorrectamente.

Pensando en el tiempo que vivimos, análogamente explicativo de ese espíritu, innovador y sugerente para examinar antiguos dilemas con sujeción a tesis diferentes, es la idea que desprendo del libro que dedicó a Il “Crucifige! e la Democrazia”. De ese volumen apasionante deduzco una idea, intermedia entre los extremos del juicio vacilante con que Pilatos condenó a Jesús, por un lado, y el pronunciamiento de la masa popular a la que se pide su veredicto y que lo emite condenándolo a la crucifixión, de otro. Nuestro amigo percibe en aquel arranque de un grupo cierto rasgo de la democracia, identificada nada más que con la determinación de las mayorías, cualquiera sea su contenido, prescindiendo de si es verdadero o falso, bueno o malo, justo o injusto, en definitiva, ceñido a valores o relativista frente a ellos. Léese en la obra nombrada:

“En cierto sentido, en la ética política se ha finalizado oscilando entre dos extremos: el dogma, en un lado, y el escepticismo, en el otro. En esa perspectiva, se dice que la democracia queda justificada sólo en un contexto de la segunda especie. (...)”

Mi tesis es diversa, porque tanto el dogma como el escepticismo pueden convivir con la democracia, siempre que la entendamos como fin y no sólo en cuanto medio, buscando las posibilidades de entendimiento. Esto, que es el **pensamiento de la posibilidad**, supone la apertura a la investigación, partiendo de la base que los hechos tienen significados diversos. El presupuesto ético de esta línea de

razonamiento no es la verdad ni la justicia en sus sentidos absolutos, como lo proclama el espíritu dogmático; tampoco resulta ser el relativismo. Ese pensamiento que busca nuevas posibilidades y culmina hallándolas es realmente democrático y puede ser denominado **democracia crítica**.<sup>3</sup>

Por supuesto, es difícil plantearse ante posturas doctrinarias arraigadas, muchas veces sin haberlas evaluado con rigor. Hacerlo implica un espíritu inquieto y un método interrogativo. Además, conlleva un esfuerzo de erudición excepcional, pacientemente efectuado hasta lograr la claridad y concisión con que puede ser escrito para que sea entendido sin confusiones. Es un rasgo de la personalidad intelectual del Sr. Zagrebelsky hallar derroteros que permitan avanzar en el conocimiento de los sucesos más complejos y desenmarañar el significado de ellos hasta entonces ignorado. Nuestro nuevo Académico aplica ese criterio, entendiendo que es el único conciliable con la voluntad dispuesta a reconocer los errores, corregirlos y hacerlo respetando la libertad<sup>4</sup>.

La característica realzada, típica de quienes tienen inquietud intelectual genuina, se percibe también en relación con el Derecho en general y, particularmente, con la disciplina que nuestro amigo enseña en las Universidades ya mencionadas. En el libro titulado **Derecho Dúctil. Ley, Derecho, Justicia**,<sup>5</sup> traducido a varios idiomas y cuya sexta edición en castellano, recientemente aparecida, prueba que es ya una obra clásica del pensamiento jurídico contemporáneo, el Sr. Zagrebelsky se muestra, una vez más, como analista que trabaja en la búsqueda de enfoques nuevos, fundados en el examen de las fuentes clásicas y modernas. Allí prueba ser convincente para explicar hacia dónde debe proseguir el esfuerzo que permite encontrar soluciones adecuadas a problemas que no son ya los descritos en la literatura clásica, repetidos sin espíritu crítico.

El Derecho Constitucional, así entendido, está configurado por valores, principios y normas, cuyo núcleo y cima aparecen articulados en la Constitución estatal. Esa idea del Derecho es amplia pero, más todavía, abierta a la jurisprudencia. En este sentido, los jueces -nos dice- crean Derecho, al actualizar los textos antiguos, completar otros afectados por lagunas, en fin, iluminando sus aparentes ambigüedades y salvando contradicciones. Obrar de tal modo no es activismo judicial sino que desprender el espíritu que

<sup>3</sup> Id., pp. 5 - 7.

<sup>4</sup> Id., pp. 102 - 103.

<sup>5</sup> (Madrid, Ed. Trotta, 5ª edición, 2003).

huye del Código Político, sometién dose a él y decidiendo sin apartarse de su finalidad<sup>6</sup>:

“La existencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y, al mismo tiempo, no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). (...)”

He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar la unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que (...) haya convergencia general sobre unos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de un texto indisponible para los señores de la ley y fuera de las fuentes de toda discusión, consagrados con ella.”

### III. EL JUEZ

En otra de sus obras<sup>7</sup>, el profesor de Turín condensa la imagen, retrospectivamente hecha al alejarse de la Corte Constitucional de Italia, de su experiencia como Juez de tan alta Magistratura. Es un estudio honesto, transparente, orientador y constructivo. Leyéndolo se aprenden lecciones inolvidables y que dejan de manifiesto cuán importantes es la personalidad del Magistrado en el funcionamiento que se espera de su Institución<sup>8</sup>. Con enfoques que suelen ser propios de la sociología jurídica, escribe<sup>9</sup>:

“La función de la Corte es política pero, al mismo tiempo, no pertenece a la política; ella resulta ser esencial para nuestro modo de

entender la democracia y, sin embargo, no proviene de la democracia. Comprender esta contradicción aparente no es fácil, sobre todo en países cuya cultura política se caracteriza por pensar que todo es cuestión de poder, de intercambio de favores y de clientelismo. (...) Lo que la Corte Constitucional es depende, pero sólo en mínima parte, de las reglas escritas. En su mayor medida, cuenta la Institución y la percepción de ella que se hacen los jueces.”

Y pasa más adelante a explicar tan sutil y trascendental premisa, puntualizando que la Constitución fija el pacto social, en cuanto presupuesto de la convivencia y reglas para ejercicio del poder público aceptadas por la ciudadanía; añadiendo que, sobre la base de tal acuerdo primario, se estipula el pacto de sumisión, en que recíprocamente los miembros se comprometen a cumplir las decisiones del gobierno legítimo<sup>10</sup>.

Concluye aclarando que la Corte Constitucional decide, en ese contexto, no situándose por encima de la Carta Fundamental, sino que siendo ella la primera en subordinarse, al interpretarla de buena fe y ceñida a su espíritu y letra<sup>11</sup>.

### IV. EL MAESTRO

Esta tarde hemos oído del Sr. Zagrebelsky una magnífica disertación sobre el pensamiento y la decisión del profesor y del Juez Constitucional. Creo, verdaderamente, que él ha sido capaz de armonizar ambos aspectos, integrándolos en una visión atractiva y coherente<sup>12</sup>; ¡Ese es el rol del Maestro y del jurista! Evoco dos pasajes de su discurso de incorporación<sup>13</sup>:

“¿Piensan y actúan igual el juez constitucional y el profesor de Derecho Constitucional? Esta pregunta se apoya, como hipótesis, en una diferencia de naturaleza entre la dimensión teórica y práctica del Derecho, entre la doctrina y la jurisprudencia, una diferencia

<sup>6</sup> Id., pp. 14 – 15 y 40.

<sup>7</sup> Principi e Veri. La Corte Costituzionale e la Politica (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005).

<sup>8</sup> Véase también su “¿Qué es ser Juez Constitucional?”. XX Dikatan Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad de La Sabana No 15 (2006) pp. 155 ss.

<sup>9</sup> Id., pp. 3 – 4, 16 y 39.

<sup>10</sup> Id., pp. 25 y 117.

<sup>11</sup> Id., pp. 29 – 31.

<sup>12</sup> A la bibliografía ya citada cabe agregar la obra, conjunta con el Cardenal Carlo María Martini, titulada La Domanda di Giustizia (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2003); La Leggenda del Grande Inquisitore (Brescia, Editrice Morcelliana, 2003); y Essere Delle Istituzioni (Napoles, Universidad Suor Orsola Benincasa, 2005).

<sup>13</sup> “Piensan y Obiran Igual el Juez Constitucional y el Profesor de Derecho Constitucional?”

<sup>14</sup> Una versión en español es la citada en *supra* nota 8.

que permitiría afirmar que aquello que es justo en la teoría podría no serlo en la práctica, y también viceversa: aquello que es justo en la práctica, podría no serlo en la teoría. Reformulado así el tema de esta exposición, el pensamiento se dirige inmediatamente al famoso y pequeño ensayo, de 1793, de Immanuel Kant, *Sobre un Régimen Civil: Esto puede ser justo en la Teoría, pero no en la Práctica* que constituye el antecedente directo de su gran “Proyecto para la Paz Perpetua”.

(...)

“He aquí expuestas las razones sobre la base de las cuales reconozco que el profesor, lo que he sido durante muchos años y que espero ser durante unos años más, ha aprendido del juez, lo que he sido durante nueve años. Estas razones son las siguientes: la riqueza de la vida en relación a la pobreza de la teoría, la sabiduría práctica comparada con la abstracta teoría y la productividad que se efectúa con respecto de la rigidez infecunda. Confeso, sin embargo, que numerosas veces he actuado como juez de manera diferente a como he actuado o habría actuado en la calidad de profesor. Pero por eso no creo haber traicionado mi labor o haber dejado de cumplirla, como espero haberla realizado, con honor. Apelo a vuestra comprensión y me abstengo, por consiguiente, de un juicio de autocondena.”

#### V. SU ACADEMIA

Me acerco al término de estas palabras. Lo hago evocando el discurso que el nuevo Académico pronunció, en abril de 2006, con ocasión de celebrarse el quincuagésimo aniversario de la fundación de la Corte Constitucional de Italia<sup>14</sup>. De ese discurso, oído en el Palacio del Campidoglio, son varias de las ideas que él ha expuesto esta tarde.

Italia, fuente de pensamiento jurídico y de ideas políticas influyentes en la civilización de la cual somos miembros, tiene en nuestro amigo uno de sus más connotados constitucionalistas de esta época.

Pero su mérito es aún mayor, porque fue académico, después Juez Constitucional que insertó en los fallos la sabiduría de lo enseñado, y que retornó a la universidad, para seguir formando generaciones en la armonía de la teoría y la práctica constitucional.

Esta Academia expresa al Sr. Zagrebelsky su complacencia al recibirlo como Miembro Honorario, entregándole la medalla y el diploma que acredita esa distinción. Confiamos que este ilustre jurista y Magistrado siga vinculado a nuestra Institución y que difunda, en su Patria especialmente, el esfuerzo que en Chile hacemos por forjar un régimen democrático estable, cada día más legítimo por desarrollarse respetando la Constitución al servicio de todos.

## PORTADA

Palacio Ariztia, construido en 1917 según los planos del arquitecto Alberto Cruz Montt. Encargado por el entonces senador Francisco Ariztia Lyon, fue su residencia particular hasta 1924. Pasó al Fisco de Chile y estuvo destinado a diversas instituciones estatales. Desde 1990, es sede de la Cámara de Diputados en Santiago.