



Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---

CONTROLANDO LEYES  
MEDIANTE PRINCIPIOS  
CONSTITUCIONALES:  
UN DERECHO RAZONABLE

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---





Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---

**CONTROLANDO LEYES  
MEDIANTE PRINCIPIOS  
CONSTITUCIONALES:  
UN DERECHO RAZONABLE**

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Teléfono (56-2) 640 18 00 • 640 18 20  
Fax (56-2) 633 83 54  
E-mail: secretaria@tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 210.592  
Derechos Reservados  
Noviembre de 2011

Director de Publicaciones:  
Leopoldo Núñez Tomé

Primera edición  
300 ejemplares

Diseño e impresión  
versión | producciones gráficas ltda.

# ÍNDICE

---

## **CONTROLANDO LEYES MEDIANTE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: UN DERECHO RAZONABLE**

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>II. NEO CONSTITUCIONALISMO</b> .....	13
1. Estado Constitucional .....	14
2. ¿Qué son los principios? .....	17
3. El lugar de los principios en la interpretación y aplicación de la Constitución .....	22
<b>III. DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS</b> .....	25
1. El Juez superpone sus propias convicciones a la Constitución .....	27
2. Debilitamiento de la certeza jurídica .....	28
3. Cuestionamientos al mérito del legislador .....	29
4. Eventuales vacíos normativos .....	30
5. Límites a la reforma constitucional .....	31
<b>IV. LOS PRINCIPIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO</b> .....	32
1. Principios como criterios de interpretación jurídica .....	36
a. Principio finalista vs. originalismo .....	36
b. Principio de presunción de constitucionalidad deferencia al legislador .....	38
c. Principio de interpretación conforme .....	39

d. Principio pro homine o pro libertatis .....	41
e. Principio del interés superior del menor .....	41
2. Los Derechos fundamentales entendidos como principios .....	42
3. La igualdad como principio .....	47
4. Un caso de principio implícito: la proporcionalidad .....	49
5. El pluralismo como principio constitucional .....	53
<b>V. PALABRAS FINALES .....</b>	<b>59</b>

# PRESENTACIÓN

---

El uso de principios constitucionales en el examen de constitucionalidad de las leyes plantea asuntos teóricos y prácticos de notable importancia. El debate se centra en la naturaleza de la Constitución, principalmente en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, el desarrollo de un derecho internacional de los derechos humanos consagrado en tratados, el grado de discrecionalidad de la justicia constitucional para ejercer su función de garante de la supremacía de la Carta Fundamental, la autonomía del Parlamento, entre otros temas.

La democracia constitucional como se ha ido afirmando en gran parte del mundo tiene frente a sí grandes desafíos, que sólo pueden ser abordados correctamente reforzando las instituciones de garantía de los derechos fundamentales. Mientras mayor es la crisis de la representatividad, más importancia cobra el paradigma constitucional. La superación de la crisis actual supone renovar la cultura constitucional, para lo cual existen elementos suficientes en el desarrollo que ha tenido en este tiempo el derecho público. Se trata de reforzar el nexo entre forma y sustancia de la democracia para que los ciudadanos sientan que las instituciones cumplen las funciones de bien público para las cuales fueron creadas y los derechos fundamentales sean efectivamente un patrimonio de todos.

Pero eso sólo será posible si volvemos a comprender que el valor de la democracia está en un frágil equilibrio entre libertades y normas, poderes y límites, consenso y pluralismo, representatividad y participación. Sobre todo en una etapa en que se están desarrollando redes ciudadanas que colocan a los individuos en un protagonismo antes insospechado.

Todo Tribunal Constitucional está llamado a establecer, día a día, el límite entre aquello que está sometido a la deliberación política y aquello

de lo cual la ciudadanía no puede disponer libremente sin lesionar la democracia. ¿Cuáles son los límites y vínculos que el constitucionalismo actual pone al ejercicio de los poderes público y privado? Si se sostiene –como ocurre en algunas corrientes de pensamiento– que la voluntad de la mayoría ciudadana es la única fuente de legitimidad del poder, la democracia se resiente y se corre el riesgo de que los poderes abusen de su situación de privilegio. El pluralismo se ve afectado y pierden valor las normas del sistema jurídico. Se debilita, entonces, la separación de los poderes y el papel de las instituciones de garantía. Al final, es el propio ciudadano el que se ve afectado en sus derechos y libertades.

La Constitución es un freno para quienes ejercen la autoridad, y por eso es tan importante que exista un órgano encargado de hacerla respetar garantizando la convivencia democrática. Así se contribuye a equilibrar el rumbo de una nave que frente al embate crítico de las instituciones representativas, pareciera por momentos inclinarse ante la marea populista. Quienes en nombre de la ciudadanía atacan sin piedad las instituciones del Estado de derecho, no han aprendido la lección que la historia enseña una y otra vez, en el sentido que los poderes sin límites se concentran y se transforman en “poderes salvajes”.

Por eso parece necesario volver a pensar el sistema de las garantías constitucionales y, en este caso, de la forma en que la justicia constitucional puede recurrir a los principios fundamentales del derecho para dar una recta y oportuna interpretación de la Carta Fundamental. Como esos principios son enunciados abiertos, con un cierto grado de indeterminación que resulta coherente con su alto grado de abstracción y lo conciso de su formulación, permiten al intérprete constitucional hacer de la Constitución algo vivo y orientador para el devenir social y el debate político y legislativo.

Los principios jurídicos proporcionan criterios para tomar posiciones frente a los desafíos cambiantes de la realidad, luego de un raciocinio marcado por la ponderación de los bienes jurídicos en juego. Se supera así una visión literal del texto constitucional excesivamente apegada a lo que pensaban sus autores, sin caer por otra parte en un derecho equívoco construido al amañó por los jueces.

Al contrastar un precepto legal con la Constitución el Tribunal Constitucional realiza una compleja operación intelectual de tipo estimativo que trasciende la mera lógica formal. Detrás de la ley y de la Constitución hay un cúmulo de experiencia social y cultural acumulada de la cual no es posible prescindir. Ante la imposibilidad de que todos los casos posibles tengan una regla que contemple previamente la solución, la justicia constitucional recurre a los principios jurídicos que dan vida y marcan el

sentido de la Carta Fundamental y debieran irradiar su influencia hacia todo el ordenamiento jurídico.

Este trabajo analiza el papel de esos principios en la labor de la justicia constitucional, cómo a partir de ellos se genera una nueva regla jurídica aplicable al caso concreto, las oportunidades que ofrecen para generar decisiones justas y razonables y los peligros que traen consigo. Luego se exponen los principios jurídicos que el Tribunal Constitucional chileno utiliza más frecuentemente en su jurisprudencia, reservando un acápite especial a los derechos humanos.

Estoy consciente de las limitaciones de esta primera reflexión. Me daría por satisfecho si pudiera servir para suscitar elaboraciones teóricas posteriores que desarrollaran el argumento y llamara la atención de los operadores del derecho sobre la enorme responsabilidad que tienen entre sus manos, en especial legisladores, administradores y jueces.

Una primera versión de este trabajo fue presentada el año pasado como ponencia en un seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado sobre Dworkin y Alexy y la era de los principios. Agradezco al Tribunal Constitucional que haya hecho posible su publicación.

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY  
*Ministro del Tribunal Constitucional*

Santiago, Octubre del 2011.



# CONTROLANDO LEYES MEDIANTE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: UN DERECHO RAZONABLE<sup>1</sup>

---

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

*“La Constitución italiana contiene ciertos principios superiores que no pueden ser ni violados ni modificados en su contenido esencial, ni siquiera mediante proyectos de reforma constitucional...Ellos consisten tanto en los principios que la Constitución misma prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (Art.139), como aquellos principios que surgen de la esencia misma de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución. Esta corte ha reconocido a través de numerosas decisiones que los principios supremos del orden constitucional tienen un valor superior a otras normas o leyes de nivel constitucional...Es, entonces, indiscutible que esta Corte es competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de otras leyes constitucionales a la luz de los principios superiores del ordenamiento constitucional” (STC N° 1146/1988).*

## I INTRODUCCIÓN

La cita que encabeza este trabajo podría ser suscrita por muchos tribunales con competencia constitucional en Europa, América Latina y otros continentes, además de la Corte Suprema de los Estados Unidos de

---

<sup>1</sup> Una primera versión de este trabajo se presentó en un Seminario sobre Principios Jurídicos y el aporte de Dworkin y Alexy, organizado por la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile en 2010.

Norteamérica<sup>2</sup>. En general, cualquier estimación acerca de la constitucionalidad de una ley implica, explícita o implícitamente, una referencia a principios jurídicos.

La utilización de principios por la justicia constitucional plantea asuntos prácticos y teóricos de gran importancia, que han originado un debate político, jurídico y filosófico que incide en el equilibrio institucional de la democracia, en la cultura jurídica y en el proceso político.

Desde la antigua Roma hasta la disputa entre el juez Marshall y el Presidente Jefferson de EE.UU., siempre ha habido una tensión entre el órgano llamado a legislar, de carácter político, y el intérprete judicial de la ley, más apegado al derecho. Algunos son partidarios de la soberanía parlamentaria plena, sin embargo el modelo de la justicia constitucional se ha afianzado y extendido por todas partes después de la 2ª Guerra Mundial<sup>3</sup>, incluso en un país por tradición tan ligado a la preeminencia de la ley como Francia, en especial luego de la introducción del recurso relativo a una cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional.

Los estudiosos se han ocupado más de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de la ley que del proceso mismo de evaluación de la norma legal<sup>4</sup>. Incluso en el llamado “constitucionalismo popular” que busca devolver a la ciudadanía la última palabra en las disputas sobre la Constitución o cuanto menos abrir nuevos canales de participación política. Sin embargo, el punto en debate hoy ya no es el problema de la legitimidad de la justicia constitucional, sino la forma en que debe ésta operar.

Es un hecho que todas las constituciones de post guerra, sobre todo en Europa y en América Latina, contienen numerosas cláusulas abiertas referentes a principios que informan el sistema jurídico y que definen lo

---

<sup>2</sup> El Artículo 79 de la Ley Fundamental Alemana prohíbe toda modificación que afecte a los principios básicos contemplados en los Artículos 1 y 20. Por su parte Tribunal Constitucional español ha dicho: “Tal como lo ha señalado de forma reiterada este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales son obligatorios para todos los poderes públicos (Artículos 9º, inciso primero, y 53, inciso primero) y son fuente inmediata de los derechos y obligaciones y no solamente simples principios programáticos”. Como veremos en este trabajo, el Tribunal Constitucional chileno recurre frecuentemente a ellos al ejercer sus atribuciones.

<sup>3</sup> Ver al respecto los documentos sobre la Asociación Asiática de Justicia Constitucional creada en Yakarta Indonesia el año 2010.

<sup>4</sup> Ver el capítulo sobre Poder Judicial y neo constitucionalismo en la obra de MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, *El Canon Neo constitucional*, Univ. Externado de Colombia, 2010.

que podríamos llamar su “espíritu” o “sentido”. Este fenómeno ha sido acompañado por un desarrollo acelerado del derecho internacional en la misma dirección, en especial en lo relativo a los derechos humanos, dinámica que se encuentra en pleno desenvolvimiento y que se refleja en una mayor apertura de los Estados hacia el derecho internacional.

En el presente trabajo analizaremos el modo de operar que la justicia constitucional frente a tales principios y cómo éste se inserta en un nuevo modelo de Estado. Centraremos este análisis con especial referencia al caso chileno, tomando pie en algunos fallos de la jurisprudencia constitucional más reciente. El análisis del caso chileno se ha visto facilitado por la elaboración del Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011) elaborado por los Ministros Carlos Carmona y Enrique Navarro,

## II NEO CONSTITUCIONALISMO

El neo constitucionalismo se ha convertido en el horizonte cultural en el cual se debaten los cambios experimentados por el Estado en la post guerra, y que han dado origen al llamado Estado constitucional y a la consiguiente evolución del Derecho Público. Los desafíos que plantean estos cambios se han convertido en “canónicos” en el sentido que modifican la forma en que las personas comprenden el mundo y sus propias acciones, caracterizando el espíritu de una época<sup>5</sup>. Esa evolución se relaciona directamente con el surgimiento de un orden de derecho supranacional del cual el derecho internacional de los derechos humanos es una parte relevante. Este proceso, que se ha acelerado con la globalización, reafirma los principios democráticos frente a la soberanía, ahora limitada, de los Estados.

Este proceso de cambio va acompañado de una profunda crisis de la democracia constitucional, que se refleja en la falta de cumplimiento del paradigma de la Constitución y, por tanto, en un divorcio creciente entre el deber ser legal y la realidad social, que se traduce en violaciones a

---

<sup>5</sup> MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, *El Canon Neo Constitucional*, Univ. Externado de Colombia, 2010; DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA afirma: “...nos hallamos inmersos, en lo que al ámbito jurídico se refiere, en lo que se ha dado en llamar *neo constitucionalismo*”. *Conflictos constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

las garantías existentes tanto por acción como por omisión; todo lo cual se relaciona con un proceso de globalización carente de regulaciones jurídicas suficientes, lo que ha abierto la puerta al uso de la fuerza y al descontrol de los mercados<sup>6</sup>. Se trata, en suma, de un proceso de cambio con dos caras.

## 1. ESTADO CONSTITUCIONAL

El neo constitucionalismo refleja en el plano teórico las transformaciones vividas por la sociedad y el Estado e intenta darles una explicación. Muchos autores lo interpretan como un cambio de paradigma jurídico, que superaría el Estado de Derecho legal, el positivismo y el iusnaturalismo clásicos<sup>7</sup>.

Como toda corriente de pensamiento, expresa las luces y sombras del cambio social. Paolo Comanducci<sup>8</sup>, uno de sus exponentes, ha señalado agudamente que: “el neo constitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos... El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neo constitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”.

Hoy la Constitución tiene un nuevo significado que influye en los Tribunales Constitucionales. Gracias a esos cambios la justicia constitucional ha adquirido en la actualidad la relevancia que tiene. Es la era de los derechos de que habla N. Bobbio o del derecho por principios de Zagrebelsky.

El Estado de derecho de tipo legislativo ha cedido frente a lo que se denomina el Estado constitucional, en el cual los derechos fundamen-

---

<sup>6</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, Vol. II Pág. 76.

<sup>7</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, *El Neo Constitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2009; ALFONSO DE JULIOS-CAMPUSANO, *La Transición Paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho ante la Globalización*, Dykinhson, Madrid, 2009.

<sup>8</sup> PAOLO COMANDUCCI, *Hacia una Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

tales se independizan de la legislación. El propio derecho positivo los coloca como parámetros constitucionales para medir la validez de la ley, dando fuerza imperativa al principio de supremacía constitucional que consagra el artículo 6° de nuestro Código Político<sup>9</sup>. “La Constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso lo que caracteriza a la Constitución del siglo XX frente a la Constitución del siglo XIX, son las garantías constitucionales, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria...con base en lo cual se va a ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de los actos del legislador”<sup>10</sup>. Según L. Ferrajoli se pasa de un estado de derecho en sentido débil a un principio de legalidad estricto, que no se contenta con el respeto a los preceptos que regulan la competencia y el funcionamiento de los órganos del Estado, sino que exige también la correspondencia material entre las normas legales y la Carta Fundamental<sup>11</sup>.

Algunas características relevantes del nuevo Estado constitucional son las siguientes:

- Reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto en el derecho positivo nacional como internacional.
- Fuerza vinculante de la Constitución. La Constitución como norma suprema ejecutable.
- Mayor relevancia de los jueces en relación a la ley. Control de constitucionalidad de las leyes.
- Utilización de los principios jurídicos para interpretar y aplicar la Constitución
- Constitucionalización del derecho y expansión del paradigma constitucional
- Apertura del Estado a la globalización y al derecho internacional

Se configura así un modelo de Constitución que P. Comanducci ha caracterizado como normativo y axiológico<sup>12</sup>, que contiene principios explícitos (como los derechos humanos) y que tiene una relación especial con la democracia en un doble sentido: la democracia es la forma política de la Constitución y, por su parte, la Constitución es el límite a la

<sup>9</sup> JAIME BASSA MERCADO, *El Estado Constitucional de Derecho*, Lexis Nexis, 2008.

<sup>10</sup> JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>11</sup> L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, op. cit. Vol. I, Pág. 414.

<sup>12</sup> P. COMANDUCCI, *Democracia, Derecho e Interpretación Jurídica*, Ara Editores, Perú 2010.

democracia entendida como ejercicio de la soberanía mediante el parecer de la mayoría. Este modelo axiológico de Constitución se caracteriza también por tender puentes hacia ciertos valores morales que adquieren validez positiva y hacia el derecho internacional.

El ciudadano puede hoy recurrir directamente al Tribunal Constitucional (o a los altos Tribunales de Justicia cuando éstos ejercen funciones propias de la justicia constitucional) o bien a instancias judiciales internacionales para hacer valer sus derechos invocando la Constitución o el derecho internacional de los derechos humanos, en su caso.

En este contexto, los principios constitucionales dan sentido al ordenamiento jurídico al establecer criterios para determinar el significado de las normas inferiores que los concretan y dan vida. Los principios exigen que las leyes, los actos administrativos y las sentencias respeten su contenido y sigan su misma dirección. Contribuyen, tales principios, a resguardar la coherencia del orden jurídico en sentido amplio<sup>13</sup>. Respecto a la Constitución chilena se ha sostenido que ella “determina los valores que busca desarrollar y los principios jurídicos a través de los cuales busca concretarlos. La Constitución no es un tablero de ajedrez antes del inicio de la partida, en el que existen todas las posibles jugadas por hacer; no es un texto puramente instrumental e indiferente desde el punto de vista doctrinal. La Constitución chilena ya ha hecho algunas jugadas en el tablero, que son los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico”<sup>14</sup>. En igual sentido A., Silva Bascuñán ha indicado que el Capítulo I de la Constitución que fija las bases de la Institucionalidad debe servir al intérprete para establecer el sentido de todas las normas de la Carta Fundamental<sup>15</sup>. Lo que no soslaya en ningún caso el problema de definir la naturaleza y alcance de esos principios y la relación que debe haber entre ellos.

Estos cambios han dado origen a múltiples polémicas sobre el significado y el alcance del neo constitucionalismo, su relación con el constitucionalismo anterior, la vinculación entre Constitución y ley, el peso relativo del Parlamento y de la Judicatura, y el papel de los principios en la interpretación de la Constitución.

---

<sup>13</sup> DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA, *op. cit.*

<sup>14</sup> MARIO VERDUGO, EMILIO PFEFFER y HUMBERTO NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994 Págs. 109-10.

<sup>15</sup> ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997 Págs. 18-19.

## 2. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?

Se pueden dar muchas definiciones de los principios jurídicos. Existe una amplia literatura al respecto<sup>16</sup>, sin embargo, hay un cierto consenso de que se trata de directrices normativas de carácter general, recogidas por el derecho positivo, por la dogmática jurídica o por la jurisprudencia, que sirven de orientación a los operadores del sistema legal. Estas normas tienen una cierta indeterminación en su contenido, que resulta coherente con su alto grado de abstracción y concisión en su formulación. Por eso muchos autores resaltan su apertura a la evolución de la sociedad y del derecho y la gradualidad en su implementación.

El concepto mismo de principio remite a las ideas de origen y fundamento: un enunciado que se sustenta por sí mismo, que se presenta como algo obvio, que no requiere justificación axiológica, y del cual pueden deducirse diversas normas. Por eso ocupan un lugar preferente en el derecho.

Son normas que expresan ciertos “valores ético-políticos que caracterizan la fisonomía del sistema jurídico y en este sentido están “sobreordenadas” a las demás...los principios son normas “fundamentales” en el sentido de que sirven de fundamento y/o justificación axiológica a otras normas”<sup>17</sup>. Por su parte Ferrajoli ha señalado que las constituciones actuales han transformado “principios ético-políticos externos al derecho vigente en *principia iuris et in iure*, es decir, en normas positivas internas al ordenamiento”<sup>18</sup>. Estos principios –según el mismo autor– son de dos tipos: los que constituyen normas de reconocimiento de las organizaciones políticas referentes, por ejemplo, a la división de los poderes públicos, la atribución de competencias, la representatividad de las autoridades electas y a las funciones de garantía; y, por otra parte, el conjunto de principios que se relacionan con los derechos de las personas y las bases de la institucionalidad. De este último tipo de principios nos ocuparemos en este trabajo: aquéllos que hacen que la Constitución sea “imputada” o atribuida a todas y a cada una de las personas como pueblo soberano.

<sup>16</sup> Además de los trabajos de DWORKIN y ALEXY, ver L. PRIETO, *Sobre Principios y Normas. Problemas de Razonamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 y H. ÁVILA, *Theory of Legal Principles*, Springer, Dordrecht, 2007.

<sup>17</sup> RICCARDO GUASTINI, *Los Principios Constitucionales en tanto Fuente de Perplejidad en Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Vol. I., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

<sup>18</sup> L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, op. cit Vol. II, Pág. 46.

Los juristas los analizan, los abogados los invocan y los jueces los utilizan en la elaboración de sus sentencias, en especial los magistrados constitucionales. Pero estos principios deben fundarse en una objetividad jurídica exterior al juez. Actualmente muchos de ellos están recogidos expresamente en las Constituciones y en los tratados internacionales. Así ocurre, por ejemplo en forma expresa, en el artículo 8º de nuestra Carta Fundamental, que se refiere a los principios de probidad de la función pública y de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado; en el artículo 19 Nº 15, inciso sexto, que remite a “los principios básicos del régimen democrático y constitucional” y garantiza el pluralismo político; en el artículo 38, inciso primero, para referirse a los “principios de carácter técnico y profesional” en que debe fundarse la carrera funcionaria en la administración pública; y en el artículo 115 inciso primero, al indicar que el gobierno y la administración interior del estado observará el principio básico de procurar un desarrollo territorial armónico y equitativo.

Hay disposiciones constitucionales que sólo tienen sentido en relación con un principio. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 1º al referirse a la dignidad humana y considerar que el fin del Estado es promover el bien común y que aquél debe resguardar la seguridad nacional, proteger a la población, fortalecer a la familia, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar la participación con igualdad de oportunidades de las personas en la vida nacional; el artículo 4º señala que Chile es una república democrática y los artículos 6º y 7º, por su parte, consagran los principios de supremacía constitucional y legalidad en sentido estricto.

Hay principios jurídicos implícitos o latentes que como decía gráficamente Carnelutti, se encuentran en el derecho positivo como el alcohol dentro del vino; no nacen de la filosofía del derecho, que, sin embargo, sirve para darles forma. Será labor del intérprete extraer del ordenamiento jurídico esos principios que están ocultos en sus normas.

También existen principios que provienen de la dogmática jurídica a través de la historia –desde los jurisconsultos romanos– o de la lógica del sistema legal, que sirven para interpretar sus disposiciones en forma coherente y que algunos llaman postulados<sup>19</sup>.

Hay principios que se conectan más directamente con la ética; por eso en ciertos casos el Tribunal Constitucional chileno se refiere a “valores”

---

<sup>19</sup> Ver de HUMBERTO ÁVILA, *Teoría de los Principios*, Marcial Pons, Cáp. III, 2011 y L. Ferrajoli op. cit. Vol. I.

constitucionales, que a diferencia de lo que ocurre en la Constitución española, no son enumerados en forma explícita por nuestra Carta Fundamental.

Dworkin al hacer la clásica distinción entre principios y reglas a mediados de los años 70, entendió por principio, en sentido jurídico, un “estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>20</sup>. Los diferenciaba de las reglas porque éstas o se aplican o no se aplican según existan o no los presupuestos de hecho a que se refieren. Siguiendo esa línea de pensamiento, R. Alexy escribe que “las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones.... Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello los principios son mandatos de optimización... pueden ser cumplidos en diferentes grados”<sup>21</sup>.

A diferencia de las reglas, los principios tienen la dimensión del peso y la importancia, y su aplicación no es disyuntiva, sino que contienen un mandato de realización progresiva según se vayan cumpliendo ciertas condiciones. Se orientan hacia una finalidad por alcanzar cuya aplicación exige una valoración entre el estado de cosas que debe ser promovido y la conducta necesaria para lograrlo.

Los principios nos proporcionan criterios para tomar posición frente a los desafíos de la realidad. A priori, su contenido aparece relativamente abierto.

No obstante la indeterminación señalada, los principios son más precisos que la simple apelación a valores como la equidad, que Kant consideraba en el acápite del “derecho equívoco”. La equidad, según él, era una “deidad muda”. Mientras los valores sirven para establecer “lo mejor”, los principios indican “lo debido”. Los valores son bienes atractivos al señalar preferencias socialmente compartidas. No son simples mandatos de conducta. Los principios jurídicos tienen mayor entidad conceptual, pero conservan un amplio grado de indeterminación que puede dificultar su aplicación<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Concepto acuñado por RONALD DWORKIN en su obra *Los derechos en Serio*.

<sup>21</sup> R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2007, Pág. 458; y *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

<sup>22</sup> Todos recordamos la conocida sentencia de Ulpiano en las Instituciones y luego recogida en el *Corpus Iuris Civilis* que constituye una hoja de ruta para la evolución del derecho: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”,

La adhesión a los derechos fundamentales supera la tesis de Kant de que la razón pura se refería sólo al derecho formal, vacío, mientras que la razón práctica creaba fórmulas relativas: esos derechos conectan la idea de justicia con principios jurídicos bien definidos que apuntan, como han señalado Anatoli y Ferrajoli, a excluir, prevenir o al menos reducir el sufrimiento<sup>23</sup>.

El derecho ha dado origen a un conjunto variado de principios:

- Hay principios inherentes al sistema jurídico como tal –un sistema de conexiones, deducciones y decisiones lógicas–, por ejemplo, los que definen competencias y jerarquía de normas y su efecto en el espacio y el tiempo, atribuyen competencia a las autoridades y fijan normas de procedimientos administrativos, legislativos y judiciales. Son normas de reconocimiento. Así se construye la unidad y coherencia del orden jurídico, se evitan las antinomias, se subsanan los vacíos legales y se resuelven las vaguedades normativas
- Hay principios que provienen de la dogmática jurídica a lo largo de la historia, que pueden ser reconocidos en la Constitución y las leyes: non vis in idem, responsabilidad por el daño, enriquecimiento ilícito, no hay delito sin ley previa, el cumplimiento de buena fe de los contratos, principio pro reo, la no discriminación arbitraria, el respeto a la ley, el debido proceso, etc. Una mención especial merecen los llamados “principios generales del derecho”, que han dado origen a largas discusiones a lo largo del tiempo, como la igualdad ante la ley, la justicia, la libertad y la tolerancia. Hoy el tema parece en parte superado. Como afirma Bobbio, tales principios tienen carácter normativo. También cabe hacer notar que ciertas ramas del derecho tienen principios que les son propios. Así ocurre, por ejemplo, con la irretroactividad de la ley y el principio pro reo en el derecho penal, la protección especial del trabajador en el derecho laboral, el interés superior del niño en el derecho de familia, la autonomía de la voluntad en el derecho civil, el principio conclusivo en el derecho administrativo y el principio de *pacta sunt servanda* en el derecho internacional.

---

es decir, el mandato de vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo. Pero estos principios son todavía muy indeterminados. Por eso la Constitución exige para su aplicación que el Tribunal Constitucional se remita siempre a algún precepto específico.

<sup>23</sup> S. NATOLI, *Nuove Frontiere del Diritto*, Bari, Dedalo, 2001; y L. FERRAJOLI, *Derecho y Dolor. La crisis del Paradigma Constitucional*, en: MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, op. cit.

- Hay principios tomados del razonamiento lógico aplicados al derecho, en especial por los jueces en el proceso de adjudicación. Son principios de interpretación, hermenéutica y aplicación de la Constitución, especialmente cuando hay conflictos entre derechos, como la razonabilidad y la proporcionalidad.
- Algunos principios tienen un carácter propiamente constitucional que guarda relación con el “espíritu” de la Constitución; por ejemplo, el régimen democrático y los derechos fundamentales. Así ocurre con los “valores” enunciados en la Constitución española: justicia, libertad, igualdad y pluralismo, y la dignidad de la persona humana; este último principio junto con el de “Estado social de Derecho” es importante en la Constitución Alemana; por su parte, la Constitución Italiana, en su artículo 9.2, exige que los poderes públicos remuevan los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean reales; la Constitución francesa de 1958 se remite a la de la Cuarta República y a los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución.

Suelen agruparse bajo el nombre de principios, una diversidad de normas que tienen funciones diferentes. Se trataría de un conjunto heterogéneo.

Para ciertos autores la distinción entre principios y reglas es “fuerte” en el sentido que tiene un sustrato objetivo y razones estructurales, mientras que para otros la diferenciación es “débil”: una norma puede ser interpretada y aplicada –según el caso– como principio o como regla, dependiendo de la argumentación o raciocinio jurídico. Para esta última posición la separación entre principios y reglas no tiene un fundamento ontológico, sino que es de carácter relacional. La configuración de una norma como principio o como regla depende no sólo del legislador, sino sobre todo de los operadores del derecho<sup>24</sup>.

Contrariamente a lo sostenido por Dworkin quien pensaba que, por remitirse a una moral objetiva, los principios podían reducir la indeterminación del derecho *ex ante*, su uso por la judicatura puede aumentar el rango de libertad de los jueces para determinar el derecho *ex post*. La función de los principios –como veremos– no consiste en favorecer la certeza jurídica, sino en dar coherencia al sistema jurídico y permitir una mayor adaptabilidad del derecho a los cambios sociales, tarea en que los

---

<sup>24</sup> P. COMANDUCCI, *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*, en Ara Editores, Perú, 2010.

jueces y las autoridades administrativas de control y de garantía tienen un papel relevante.

Un principio sólo puede ser precisado cuando el agente jurídico –legislador, autoridad administrativa o juez– enfrenta situaciones concretas. Mientras las reglas según Zagrebelsky establecen un deber ser en circunstancias (hipótesis) que ellas mismas determinan, los principios en cambio contemplan orientaciones que no están predeterminadas por sus postulados. Por eso sus efectos se irradian con facilidad hacia todo el ordenamiento jurídico: tienen mayor capacidad de expandirse e influir en el devenir social.

La aplicación de los principios supone un proceso de ponderación. Puede haber, en un caso concreto sometido a un tribunal, confluencia o eventual contradicción entre dos o más principios<sup>25</sup>. Las reglas son fruto de una ponderación del legislador y su aplicación también supone un cierto grado de ponderación por parte del juez, dada la existencia siempre de circunstancias que el legislador no pudo prever. Los principios, en cambio, exigen un grado mucho mayor de ponderación por parte del juez, que debe evaluar el grado de afectación de los principios según sea su apreciación empírica de la realidad, y el peso abstracto de los mismos según el valor en que se fundan. Siempre habrá una mayor discrecionalidad judicial al contrapesar la realidad con un principio jurídico que con una regla.

No puede desconocerse que la ponderación ha sido criticada por ser un método de resultados impredecibles que abre paso a una amplia discrecionalidad del juez. Sin embargo, no es menos racional que otros métodos hermenéuticos, partiendo de la base que la objetividad nunca es alcanzable. Lo importante es que el juez al aplicar los principios se atenga a ciertas reglas que lo lleven a una solución razonable fundada en el derecho, que sea consistente y coherente con el sistema jurídico.

### **3. EL LUGAR DE LOS PRINCIPIOS EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

La interpretación constitucional depende del tipo o modelo de Constitución que exista, de quienes están llamados a aplicarla, de las técnicas que se utilicen, de la evolución cultural, social y jurídica de un país y del tipo de problemas que se deban enfrentar. Razonaremos dentro del modelo

---

<sup>25</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit.

de Constitución axiológica y normativa. Pero aun así caben distintas tendencias interpretativas.

Los principios no sólo son inherentes a toda Constitución, por formal que sea, sino que, como hemos visto, caracterizan a las modernas democracias constitucionales y sus ordenamientos jurídicos<sup>26</sup>. En palabras de Luis Prieto Sanchis, las constituciones actuales se han cargado de contenido sustantivo, se han re materializado o siguiendo a J. Habermas, se puede sostener que la moral ha migrado al interior del derecho positivo<sup>27</sup>.

El intérprete configura una norma a partir de una disposición legal. Al hacerlo reconstruye el sentido del precepto tomando en consideración los significados incorporados en los usos lingüísticos y en el contexto cultural en que la disposición fue elaborada por el legislador o el poder constituyente. Pero lo hace desde una situación cultural nueva. Lo que le permite ir re-significando los preceptos constitucionales en el tiempo, como está ocurriendo tanto en el derecho público como en el privado.

La Constitución establece las reglas de la convivencia y las de la competencia política, *pactum societatis* y *pactum subiectionnis*, según Zagrebelsky. Aquí nos ocuparemos del primer pacto del cual los principios constitucionales son la base. El *pactum subiectionis* es propio de la ley, mientras que el *pactum societatis* lo es de la Constitución.

Al contrastar una norma legal con la Constitución el Tribunal Constitucional realiza una operación compleja de tipo estimativo que no se reduce a una aplicación mecánica regida por la lógica formal.

La Constitución es un todo formado por un entramado de reglas y principios. Cada disposición constitucional adquiere su verdadero sentido en relación con la Constitución como un todo, cuyo significado evoluciona con el desarrollo de la sociedad y su cultura. Por su parte la norma legal pretende reglar un conjunto de relaciones sociales en coherencia con la Constitución. La ley siempre tiene un propósito que debe ser concordante con el sentido del texto constitucional. El Tribunal Constitucional, al emitir una sentencia que resuelve la hipotética antinomia entre ambas normas, realiza un juicio estimativo en que atribuye una interpretación correcta y actual a la Constitución y la contrasta con el precepto legal, que a su vez no se puede desprender de aquella parte de

<sup>26</sup> L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, op. cit., Vol. II.

<sup>27</sup> L. PRIETO SANCHIS, *Principia Iuris: Una Teoría del Derecho no Neo Constitucionalista para el Estado Constitucional en el Canon Neo Constitucional*, op. cit.

la vida social a la cual se refiere. Al hacer tal ejercicio la justicia constitucional no puede dejar de utilizar los principios jurídicos.

Para aplicar un principio constitucional a un caso particular el juez tiene que hacer un esfuerzo por concretarlo, es decir, –según señala Guastini– “utilizarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una regla. Una nueva “regla” hasta ese momento no expresada”<sup>28</sup>. La interpretación constitucional sigue con frecuencia el método de la ponderación. Recurre también a la subsunción (adscribiendo un individuo a una clase o ésta a una más general), pero no se limita nunca a una operación meramente deductiva.

Considerar una norma como principio implica favorecer una “adecuación” o “flexibilización” del derecho; estimarla como simple regla, en cambio, refuerza una interpretación rígida apegada al tenor literal o a un sentido originario, previamente fijado, de la norma.

Lo primero permite la ponderación y evita la antinomia normativa. Es la tesis de la Constitución “viviente” que va más allá de la intención de sus autores. El derecho es dúctil, en palabras de Zagrebelsky, aunque el adjetivo italiano “*mite*” que él utiliza tiene un significado más amplio. También se puede traducir al español con el adjetivo “amable”. El mismo autor resalta la importancia de los casos planteados ante la justicia constitucional para establecer una prudente aplicación de los principios. Es una materia donde la jurisprudencia tiene un rol preponderante respecto de la doctrina, que ve las cosas en abstracto, sin la complejidad de la vida: sería una “ciencia carente”. Ese derecho dúctil debe dar origen a un derecho razonable en su aplicación.

Al interpretar la Constitución el Tribunal Constitucional debe recordar que su función está demarcada por el *pactum societatis*, es decir, que apunta a definir en el tiempo los cauces básicos por donde debe fluir libremente el proceso político, sin invadir el terreno del *pactum subiiectionis* que queda entregado a la deliberación ciudadana; pero debe también velar porque ésta no contravenga las normas constitucionales. Es una función delicada. Un Tribunal Constitucional no puede ser hiperactivo invadiendo la esfera de la deliberación política, restringiéndola imponiendo soluciones supuestamente derivadas de normas constitucionales, riesgo que se corre con frecuencia cuando asistimos a una judicialización creciente de la política; pero tampoco un Tribunal Constitucional puede hacer abandono de su función de tutela o garantía dejando a los ciuda-

---

<sup>28</sup> R. GUASTINI, op. cit., Pág. 183.

danos al arbitrio de los vaivenes de las cambiantes mayorías en todo lo relativo a sus derechos y a las bases de la democracia.

### III DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

De lo dicho se desprende que estamos en un escenario nuevo respecto a la disputa clásica entre positivismo y iusnaturalismo. Incluso podríamos hablar de una tendencia a converger entre el positivismo metodológico de Bobbio, por ejemplo, y la teoría de la pretensión de corrección de la norma de Alexy y Zagrebelsky<sup>29</sup>.

Comanducci, al respecto, plantea que el neo constitucionalismo es el positivismo de nuestros días. Pero como señala G. Peces Barba, se trataría de un positivismo corregido, flexible, dúctil o *soft*. Algunos positivistas de este tipo afirman que la identificación y descripción del derecho no puede prescindir de referencias morales, debido a la existencia de principios jurídicos que evocan o incluyen valores éticos que influyen al momento de decidir sobre la validez de las leyes. Pero otros responden señalando que esos valores al ser reconocidos constitucionalmente o por tratados internacionales, forman parte del derecho positivo. Ferrajoli, por ejemplo afirma que se trata de una mutación que se produce dentro del positivismo o un complemento de su enfoque. Conocida es la disputa entre Luis Prieto Sanchis y Juan Antonio García Amado sobre los alcances del neo constitucionalismo en relación con el positivismo<sup>30</sup>.

El debate da cuenta que hay un nuevo enfoque de la relación entre derecho, principios y ética<sup>31</sup>, que tiene sin embargo muchos anteceden-

---

<sup>29</sup> Después del drama de la Segunda Guerra Mundial y la experiencia del totalitarismo, figuras representativas del positivismo se abren a una nueva perspectiva, como RADBRUCH, ROSS Y KELSEN. RADBRUCH reconoce que hay principios jurídicos superiores a toda ley y admite que una ley pueda ser aceptada por seguridad o negada por injusta. Los derechos fundamentales como criterio estimativo RADBRUCH los relaciona con la importancia que KANT atribuye a la dignidad de las personas como límite al poder. Por su parte HART acepta que principios morales formen parte de ciertas decisiones constitucionales referidas a la aplicación de los derechos fundamentales.

<sup>30</sup> Ver una síntesis en CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit.

<sup>31</sup> Para un análisis del positivismo actual ver AGUSTÍN SQUELLA N., *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001; y del mismo autor: *Positivismo Jurídico y Democracia*, Instituto de Chile, 1989.

tes históricos. Baste recordar que en el Libro II de Las Leyes, Platón afirma que el legislador debía proponerse tres objetivos: que la ciudad fuera libre, que se mantuviera unida y que su vida fuera sensata. Siempre la ley tiene un propósito y una aspiración de corrección. Es algo inherente a su carácter normativo. La Constitución debía favorecer ese tipo de leyes y el conjunto debía ser –en una feliz expresión de Platón– razonable. Es decir equilibrada, flexible y armónica. La palabra griega *ética* tenía el sentido de *hogar*. Las leyes debían favorecer una convivencia humana y su rigor no iba en detrimento de su amabilidad.

Según el positivismo clásico los principios tienen una función solo supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas cuando éstas no bastan para resolver un caso. Hoy los principios han adquirido un papel más relevante y autónomo: la realidad en contacto con el principio jurídico se ilumina y si bien ella no contiene la regla, sí indica el derrotero para interpretarla sin contravenir el principio. El principio aparece, entonces, como algo “natural”. Y eso ocurre por aplicación del derecho positivo nacional e internacional. Por eso es que la frontera entre positivismo y iusnaturalismo se ha vuelto más difusa.

Sin embargo, Hans Kelsen advierte que los principios jurídicos generales “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional...porque podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios), como directivas relativas al contenido de las leyes y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”<sup>32</sup>. Así, la mayoría del Tribunal asumiría, entonces, un rol directamente político transformando a ese organismo en un legislador positivo y no negativo, abandonando el área que le es propia como garante de la supremacía constitucional e involucrándose en los debates políticos. Esto puede ocurrir tanto en el control preventivo de la ley como en el represivo *a posteriori*.

A continuación se pasa revista someramente a diversas situaciones en que la advertencia de Kelsen entra en juego.

---

<sup>32</sup> H. KELSEN, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, citado por PEDRO SALAZAR UGARTE, *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*, Unam, Ciudad de México, 2006.

## 1. EL JUEZ SUPERPONE SUS PROPIAS CONVICCIONES A LA CONSTITUCIÓN

Un primer peligro viene dado por la posibilidad de que el juez constitucional sustituya los principios de la Carta Fundamental por sus propias convicciones, aumentando la indeterminación *ex ante* del derecho.

Según Dworkin, los jueces “no deben apelar a sus intereses personales o a los intereses de algún grupo al que estén conectados... ¿Pero pueden acudir a sus convicciones religiosas, si es que tienen alguna, o a las doctrinas de su iglesia, si tienen una?... ¿Se trata de una restricción ad hoc para el caso de la religión? ¿O se sigue como un caso más de restricción atendiendo a algún principio más general de moralidad política? ¿Y a principios de filosofía moral, por ejemplo? ¿Puede un juez apelar correctamente en sus opiniones a las doctrinas filosóficas...?”<sup>33</sup>.

La respuesta no es simple: los jueces no pueden prescindir de sus convicciones, pero no deben anteponerlas al sentido de la Constitución<sup>34</sup>. El juez elige la norma aplicable al caso según criterios valorativos propios, pero dentro de un proceso que está reglado por el derecho. El intérprete no puede prescindir de sus propios presupuestos cognitivos y valorativos, que son anteriores al acto de interpretar la norma constitucional, pero no debe desconocer las reglas que rigen el proceso de adjudicación. El Tribunal Constitucional tiene más autonomía que los demás por el carácter abierto de muchas disposiciones constitucionales, y es además la última instancia; es el que realiza la *interpretación auténtica* que produce efectos jurídicos, lo que supone una mayor responsabilidad<sup>35</sup>.

La cita de Dworkin pareciera poner en cuestión su propia tesis de la “lectura moral de la Constitución”<sup>36</sup>. Pero no es así porque ese autor postula la existencia de una moral objetiva que atribuye significado a las cláusulas constitucionales abiertas relativas a los principios. Esta escuela de interpretación, sin embargo, no es la única posible tratándose de una Constitución normativa y axiológica en una época de democracia pluralista e intercultural como la nuestra.

<sup>33</sup> D. DWORKIN, *La justicia con Toga*, Marcial Pons Editores, Madrid, 2007.

<sup>34</sup> RICCARDO GUASTINI, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

<sup>35</sup> R. GUASTINI, *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, Perú, 2010.

<sup>36</sup> R. DWORKIN, *The Moral Reading of the Constitution*, *The New York Review of Books*, 21 marzo 1966.

## 2. DEBILITAMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA

Un segundo peligro es el debilitamiento de la certeza jurídica por la “producción judicial” de principios constitucionales y una “interpretación moral” de la Constitución.

Existe controversia sobre el significado de ciertos principios, como por ejemplo los de subsidiariedad, solidaridad o igualdad. El Tribunal Constitucional pone en marcha un proceso de atribución de sentido en que cada interpretación de uno de ellos influye en los demás. Así se va construyendo con mayor precisión la configuración de esos principios a través de la jurisprudencia que influye en la dogmática y viceversa.

El problema resurge cuando se plantea la necesidad de que el Tribunal Constitucional reconozca un nuevo derecho, como por ejemplo sucede en la actualidad con los de los pueblos originarios, rechace una práctica social asentada o configure nuevos alcances a un derecho ya establecido, como ocurrió con el derecho a la información pública.

Juan Moreso ha advertido que para el juez constitucional existe una pluralidad de “mundos constitucionalmente posibles”, lo que no significa que sus decisiones sean menos legítimas. Ferrajoli rechaza la posibilidad del control democrático sobre la decisión de los jueces constitucionales, porque implicaría negar la esencia misma de tal magistratura, recordando al respecto la célebre afirmación de Montesquieu: “tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo” (Espíritu de las Leyes, Libro XI, cap. 6º). Por opinables y discutidas que sean las decisiones de la justicia constitucional, ellas tienen en la democracia un principio de legitimación distinta a la discrecionalidad gubernamental o legislativa.

Como afirma A. Squella, existe una paradoja: mientras la mayor cantidad de principios limita la discrecionalidad de los jueces, la naturaleza abierta de los mismos amplía su facultad de deliberación<sup>37</sup>.

En relación a este problema, surge otra pregunta: ¿qué norma se evalúa: la que existe en el texto o la interpretada reiteradamente por los Tribunales ordinarios? La teoría del derecho viviente del Tribunal Constitucional italiano se inclina por esa última solución<sup>38</sup>. No sería necesario así agotar las interpretaciones posibles de un precepto legal para declarar su inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional fija la interpre-

<sup>37</sup> AGUSTÍN SQUELLA N., *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

<sup>38</sup> G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du Droit Vivant et la Question de Constitutionnalité*, Revue de Droit Constitutionnel appliqué, Jan- Feb., 2010.

tación correcta del texto constitucional y la relaciona con el sentido que los tribunales han dado reiteradamente a la ley sometida a escrutinio, sin necesidad de ponerse en la hipótesis de todas las interpretaciones posibles de la misma para encontrar una que sea congruente con la Constitución. Así se reduce el campo de posibles conflictos entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. Esto no se aplica, obviamente, en el control preventivo de un proyecto de ley, pues la jurisprudencia no ha tenido oportunidad de intervenir.

Del libre juego entre las instituciones nacidas de la representación popular y aquéllas de garantía, se nutre el funcionamiento de la democracia en un constante equilibrio entre mayorías y minorías, deliberación política y decisión judicial, entre lo que se resuelve libremente y aquello que debe ser respetado por todos.

### 3. CUESTIONAMIENTOS AL MÉRITO DEL LEGISLADOR

Por otra parte, surge la pregunta: ¿puede el Tribunal Constitucional evaluar la finalidad o propósito de la ley?

En virtud del respeto debido al legislador, el juicio de constitucionalidad no debiera recaer sobre el mérito de la norma legal. Pero como su significación jurídica está determinada, al menos en parte importante, por sus efectos, se plantea entonces un gran dilema a la justicia constitucional. El Tribunal Constitucional Italiano desde 1956 ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal puede fundarse en su antinomia con una norma constitucional programática, que necesita una intervención del legislador para su realización al no fijar por sí misma situaciones jurídicas subjetivas. Esas normas –según el Tribunal italiano– tienen el valor de principios y sirven además para interpretar la legislación.

Hay quienes sostienen que una ley puede ser inconstitucional por irracional o arbitraria en atención a sus fines cuando afecta sin motivo derechos fundamentales<sup>39</sup>. El Tribunal Constitucional español ha distinguido el fin inmediato de una ley de carácter fáctico, de su fin mediano vinculado a un principio constitucional. La evaluación de la ley desde un punto de vista constitucional puede referirse a su fin mediano para llegar al inmediato, pero debe hacerlo excepcionalmente y con prudencia para no menoscabar la autonomía del legislador.

---

<sup>39</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit.

Es deber del legislador desarrollar los principios constitucionales. ¿Puede, sin embargo, un Tribunal Constitucional evaluar el cumplimiento de esa responsabilidad? En algunos países se recurre con mayor frecuencia a “sentencias manipulativas” que se adentran en ese campo minado donde el derecho termina en la política.

Es aconsejable que exista la mayor especificidad posible en la delimitación del fin o bien jurídico que un principio persigue, para lo cual puede ser de utilidad el análisis de los precedentes jurisprudenciales.

#### 4. EVENTUALES VACÍOS NORMATIVOS

¿Se deben ponderar las consecuencias que se podrían derivar de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal? Es el *horror vacui*. Según el Tribunal Constitucional colombiano, esto se juzga conforme a los principios. El Tribunal Constitucional alemán se ha abstenido en varias ocasiones de declarar la inconstitucionalidad de un precepto por las consecuencias que se podrían derivar del vacío normativo. En otros casos se anula el precepto legal fijando un plazo al legislador para resolver el problema. El Tribunal chileno acepta que se pueda producir un cierto grado de inseguridad jurídica y no ha aceptado limitar el ejercicio de sus atribuciones por las posibles consecuencias económicas o sociales de una decisión. Así se sostiene explícitamente en el fallo sobre los planes de salud de las Isapres: “al adoptar una decisión el tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención” (considerando 42). Estos problemas se agudizan cuando se discuten los efectos en el tiempo de las sentencias abrogatorias de un precepto legal.

Las principales fuentes de ilegitimidad de los sistemas políticos democráticos están en la ausencia de normas que garanticen efectivamente ciertos derechos o en la precariedad de las leyes llamadas a desarrollarlos y hacerlos efectivos. El juicio de constitucionalidad, en tales casos, es problemático en sus efectos, sobre todo cuando hay omisiones del legislador que pueden vincularse a la falta de cumplimiento de sus deberes constitucionales. El campo privilegiado de tales omisiones es el de los derechos sociales. Las constituciones de Portugal y Brasil habilitan a la justicia constitucional para intervenir en tales casos dando cuenta al organismo respectivo, especialmente al Parlamento, de las lagunas detectadas. Por su parte el Tribunal Constitucional de Colombia ha actuado también en este mismo sentido fijando plazos al legislador para solucionar un vacío legal. En Chile el Tribunal Constitucional en

algunos casos ha exhortado a los poderes colegisladores a llenar un vacío legislativo.

Zagrebelsky plantea otro dilema de la justicia constitucional cuando frente a un caso difícil debe optar entre una aplicación formalmente correcta de la Constitución pero que puede erosionar su aceptación ciudadana o una decisión que legitime la Carta Fundamental. Y afirma: “es labor de la corte constitucional proteger no solo la legalidad constitucional sino que también la legitimidad constitucional... y puede ocurrir que se encuentren en oposición” en “situaciones patológicas en que ningún juez constitucional quisiera encontrarse”<sup>40</sup>. Pone, como ejemplo, el caso de los crucifijos en los edificios públicos en varios países de Europa.

Especial atención merecen los llamados “casos difíciles” cuando las normas a aplicar no existen o tienen un sentido equívoco o cuando varias normas entran en colisión o cuando habiendo una regla clara, sus efectos provocan una injusticia, y, por último, cuando un tribunal debe alterar su jurisprudencia, a lo cual cabría añadir los casos judiciales de alta connotación pública en momentos de convulsión social. En tales circunstancias cobra mayor fuerza la distinción de Hart entre un núcleo cierto del derecho, incluso de las normas que a la vez contienen principios, y una zona de penumbras que admite múltiples respuestas posibles. Lo que nunca se puede afectar es ese núcleo esencial.

## 5. LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Cabe también plantear el problema de los límites explícitos o implícitos al poder constituido para cambiar la Constitución. Algunos autores distinguen entre “reformar la Constitución” y “sustituirla”. Como hemos visto, esos límites derivarían de los principios constitucionales fundamentales. Así lo han sostenido, por ejemplo, los tribunales constitucionales de Italia y, recientemente, de Colombia al detener una reforma constitucional que permitía la reelección del Presidente de la República. Hasta ahora el tema no ha surgido en Chile. Se podría sostener que el artículo 5° contempla un límite insalvable al poder reformador constituido cual es el respeto de los derechos humanos. En caso de conflicto podría intervenir el Tribunal Constitucional según el artículo 93 N° 3.

---

<sup>40</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, *¿Piensan y Actúan Igual el Juez Constitucional y el Profesor de Derecho Constitucional?*, en *Revista de Derecho Público*, Vol.73, 2010.

Para Luigi Ferrajoli en su obra *Principia iuris* tanto los derechos fundamentales que la Constitución garantiza como la división de poderes del régimen democrático constituyen un ámbito que él define como “lo no decidible” que está sustraído a la deliberación ciudadana, al menos en sus rasgos esenciales. La esfera de “lo no decidible” es una categoría jurídica, un ámbito inmune a las resoluciones invasivas de los órganos del Estado y a las acciones del mercado, pero que también supone exigencias para el legislador y el Gobierno, los que deben erradicar todos los obstáculos que impidan el igual goce de los derechos y, en especial, aquéllos que entran o inhiben la realización de los derechos sociales.

Ferrajoli establece una nueva separación de poderes: a la esfera de lo decidible corresponden las funciones legislativas y de gobierno que se fundan en la representación popular, mientras que al ámbito de lo no decidible pertenecen las instituciones de garantía, entre ellas la judicatura y el Tribunal Constitucional<sup>41</sup>.

Por otra parte, el contexto social en el que funciona un Tribunal Constitucional puede resultar determinante. Es diferente si debe razonar desde y para la normalidad democrática o razonar desde y para la crisis y la emergencia social y política. A la luz de esta distinción se entiende mejor el significado de la conocida polémica entre C. Schmitt y H. Kelsen. El primero razonaba desde y para la crisis, el segundo en y para el desarrollo de la democracia. No se puede pedir a las instituciones y al derecho que resuelvan una crisis social, orgánica diría A. Gramsci, cuando el viejo orden social no termina de morir y el nuevo de imponerse, pero sí que el derecho sea capaz de corregir los abusos que los casos de emergencia suelen provocar. En tales circunstancias la justicia constitucional puede contribuir a la pacificación de situaciones críticas contribuyendo a renovar los consensos sociales básicos<sup>42</sup>.

#### IV

### LOS PRINCIPIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

La Constitución chilena luego de sucesivas reformas, puede caracterizarse como un ejemplo de constitucionalismo estricto y fuerte, usando

---

<sup>41</sup> *Derecho y Democracia Constitucional*. Una discusión sobre Principia Iuris de LUIGI FERRAJOLI, Ara Editores, Perú, 2010.

<sup>42</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

los conceptos de Comanducci, pues no es neutral frente a los derechos humanos a los cuales considera como anteriores al Estado y los coloca como límites a la soberanía<sup>43</sup>. Pero al mismo tiempo, la Constitución reconoce el pluralismo y los principios democráticos como base del orden jurídico<sup>44</sup>.

Con la reforma constitucional del 2005 se cambió la composición y se ampliaron las atribuciones del Tribunal Constitucional favoreciendo una concentración mayor del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas. Así se hizo en concordancia con los postulados democráticos, pues a contrario de lo que sucede en los Estados autoritarios o dictatoriales, la validez y la vigencia de las normas jurídicas pueden no coincidir y, para poner remedio a ese problema, debe haber un mecanismo institucional adecuado.

Como hemos señalado, el juicio de legitimidad constitucional de una ley por lo general consiste en comparar una regla legal con un principio constitucional y no solamente dos reglas de distinto rango. Para que ello sea posible, el juez constitucional debe extraer una regla del principio invocado. Es el proceso de “concreción” descrito por Guastini para construir una regla con la cual se pueda evaluar la ley, es decir, resolver una cuestión de constitucionalidad. Se trata de una función lógica compleja destinada a desterrar la arbitrariedad del legislador<sup>45</sup>.

No basta apelar a principios o valores. Cuando el Tribunal ha invocado principios constitucionales en sus resoluciones, nunca ha dejado de señalar normas expresas (preceptos) de la Constitución como fundamento de sus decisiones. La función de “legislador negativo” ideada por Kelsen para custodiar la Constitución, es de tal relevancia que nuestro ordenamiento jurídico exige que la infracción constitucional se refiera a algún precepto específico de la Constitución.

La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional obliga a señalar 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 de la Constitución que se estiman transgredidas* (artículo 63, inciso primero, LOCTC). Lo anterior se refuerza en el artículo 69 de

<sup>43</sup> KAMEL CAZOR ALISTE, *Constitucionalismo y Umbral Democrático en Chile, Hacia una Nueva Teoría Constitucional*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 1, 2007.

<sup>44</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2002.

<sup>45</sup> CRISTIÁN ROMÁN CORDERO, *El Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como Mecanismo de Control de la Arbitrariedad del Legislador*, en *Revista de Derecho Público*, vol. 72, 2010.

la LOCTC que autoriza al Tribunal a resolver excepcionalmente basado únicamente en consideraciones no invocadas por las partes, pero prescribe que éste deberá “advertirles acerca del uso de ese posible *precepto constitucional no invocado*”<sup>46</sup>.

Respecto del control ejercido en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, también se exige, para que el requerimiento sea admitido a tramitación, que *se individualice con precisión la o las normas constitucionales que se estiman transgredidas* (artículo 80, LOCTC). El tribunal analiza los hechos de la gestión judicial pendiente sobre los que la norma cuestionada puede incidir a fin de dilucidar si sus efectos son constitucionales o no. Por eso se denomina control concreto<sup>47</sup>.

Para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, la LOCTC exige, por su parte, que tal decisión se funde únicamente en *la infracción de él o los preceptos constitucionales* que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento (artículo 101, LOCTC)<sup>48</sup>.

En el control preventivo de los proyectos de ley de carácter orgánico el Tribunal Constitucional recurre con menor frecuencia a los principios, pues se trata de un primer análisis de una disposición en relación con la Constitución sin que medie un requerimiento de parte. Tendría que haber un vicio muy palmario, que saltara a la vista, para que el Tribunal invocando la doctrina y su propia jurisprudencia argumentara basándose en principios para configurar una vulneración a un precepto constitucional. Al respecto, Pablo Ruiz Tagle ha señalado que “la revisión de las normas y principios constitucionales sobre derechos humanos fundamentales debe también incluir una revisión pro democrática y una reinterpretación de las leyes orgánicas constitucionales que restrinja su

<sup>46</sup> Para un análisis de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, ver Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. 72, 2010.

<sup>47</sup> FRANCISCO ZÚÑIGA U., *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de Jueces entre Legalidad y Constitucionalidad*, en Revista Derecho Público, vol.72, 2010. Ver fallo del Rol N° 1254-2009, del Tribunal Constitucional, redactado por el Ministro ENRIQUE NAVARRO.

<sup>48</sup> En la reciente sentencia Rol N° 1710-10 sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal ha señalado que “*la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos;*” (C. 33<sup>o</sup>).

ámbito expansivo” y considera que la nueva ley del Tribunal Constitucional refleja un espíritu más coherente con los principios del Estado de Derecho<sup>49</sup>. El autor auspicia un camino de “reinterpretación constitucional que consolide una jurisprudencia fundada en el principio superior de deferencia de parte del Tribunal Constitucional hacia el legislador democrático”.

En cambio, en los casos de control a posteriori sea por vía de inaplicabilidad o en un proceso de inconstitucionalidad abierto de oficio o a requerimiento de parte, o de un requerimiento durante la tramitación de un proyecto de ley, el Tribunal Constitucional ha utilizado con mayor frecuencia y profundidad el raciocinio mediante principios. Esos procesos se suscitan por el surgimiento de una “cuestión de constitucionalidad” que debe guardar relación con un precepto de la Constitución presuntamente vulnerado. El carácter controversial de estos casos permite a las partes alegar la vulneración de principios jurídicos y al Tribunal, en consecuencia, a pronunciarse sobre el punto planteado.

Cabe tener presente el diferente papel que los principios jurídicos juegan según se trate de un control abstracto o uno concreto de constitucionalidad: en el primer caso hay una confrontación clara de normas, mientras que en el segundo hay una particular atención a los efectos que la aplicación de un precepto legal pueda tener en un juicio desde el punto de vista constitucional. Según el raciocinio de Zagrebelsky, tratándose de un control abstracto el Tribunal Constitucional opera en el siguiente sentido: declaremos inconstitucional una ley para defender los derechos constitucionales que ella ha violado. En el caso de un control concreto, en cambio, la lógica se invierte: protejamos los derechos constitucionales y, en consecuencia, decretemos la inaplicabilidad del precepto legal para el caso específico<sup>50</sup>. En esta segunda hipótesis, se trata de verdaderas interrogaciones formuladas a la Constitución y con mayor frecuencia tales interpelaciones recurren a los principios. Como afirmó el Tribunal Constitucional, en el Rol N° 1254-2009, “no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”.

<sup>49</sup> PABLO RUIZ TAGLE, *Control Preventivo de Constitucionalidad*, en Revista de Derecho Público, vol. 72, 2010.

<sup>50</sup> G. ZAGREBELSKY, *Realismo y Concreción del Control de Constitucionalidad. El Caso de Italia*, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, op. cit.

A continuación examinaremos algunos principios jurídicos que han sido aplicados por el Tribunal Constitucional.

## 1. PRINCIPIOS COMO CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución, al punto que se ha vuelto el problema central de la teoría del Estado e incluso, en alguna medida, de la teoría del derecho<sup>51</sup>. Para el derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de toda Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento jurídico<sup>52</sup>.

### A. PRINCIPIO FINALISTA VS. ORIGINALISMO

¿Constitución de los vivos o Constitución de los muertos?

El Tribunal ha considerado la pertinencia de recurrir a la historia fidedigna de la Constitución para determinar su alcance, estableciendo que el espíritu del constituyente es ilustrativo para interpretarla en forma armónica<sup>53</sup>. Sin embargo, reconoce que éste no es el único criterio de interpretación posible<sup>54</sup>; paulatinamente ha ido adhiriendo a una interpretación *dinámica* o *evolutiva*, buscando una adaptación del derecho a las exigencias de bien común de la vida social. En varios e importantes temas los constituyentes –tal vez por discrepancias entre ellos mismos– no dejaron en la Constitución normas claras y categóricas, sino que entregaron el punto a la deliberación política. Una interpretación dinámica supone que el significado de los conceptos jurídicos también cambia con el tiempo<sup>55</sup>.

Al atenerse al texto expreso de la norma el Tribunal ha establecido los siguientes asertos: la interpretación constitucional se realiza conforme a los principios hermenéuticos de la ley<sup>56</sup>; que también es posible la inter-

---

<sup>51</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en prólogo a ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La Interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, Pág. XVII.

<sup>52</sup> KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992, Pág. 34.

<sup>53</sup> Rol Nº 7, C. 9º.

<sup>54</sup> Rol Nº 12, C. 18º; Rol Nº 15, C. 12º; Rol Nº 21, C. 18º; Rol Nº 78, C. 14º; Rol Nº 91, C. 30º; Rol Nº 116, C. 8º; Rol Nº 124, C. 11º.

<sup>55</sup> Ver posición de ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN en: Acta de la Sesión Nº 328 de la Comisión Constituyente, 1977, en que se manifiesta contrario a rigidizar como principios constitucionales criterios o posiciones que pueden evolucionar con el tiempo.

<sup>56</sup> Rol Nº 5, C. 2º.

pretación apelando al sentido y tenor literal de una norma<sup>57</sup>; que, sin embargo, una interpretación de conformidad al tenor literal y con prescindencia del resto de las disposiciones, es rígida y resulta inadmisibile<sup>58</sup>; que el sentido común es base de toda interpretación lógica (criterio en subsidio)<sup>59</sup>; y que sobre la interpretación literal de una norma constitucional debe prevalecer aquélla que armonice su sentido con el resto de la Constitución<sup>60</sup>.

En la sentencia Rol N° 33, sobre Tribunal Calificador de Elecciones, en pleno régimen militar y sobre un tema muy sensible políticamente, el Tribunal reconoció expresamente el carácter sistémico y finalista de la Constitución. En ese fallo se determinó que el Tribunal Calificador de Elecciones debía constituirse antes del plebiscito de 1989 afirmando que “la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”<sup>61</sup>. Lo fundamental es que cada precepto constitucional cobra su verdadero significado en relación con el resto de la Constitución teniendo en cuenta su finalidad.

La fidelidad a lo que expresaron los autores de la Constitución puede ser un antecedente importante, pero no una camisa de fuerza, sobre todo cuando el texto constitucional de 1980 tuvo un origen no democrático y ha sido reformado en numerosas ocasiones. El Tribunal chileno ha adherido a la idea de la Constitución viva, superando la tendencia a valorar en forma desmedida las Actas de la Comisión Ortúzar, donde por lo demás quedaron reflejadas posiciones doctrinarias y jurídicas diversas<sup>62</sup>. Efectivamente, la Constitución es un todo unitario y sistemático y como tal debe ser aplicada estableciendo en cada caso el sentido de sus disposiciones en relación con la cuestión de constitucionalidad suscitada.

---

<sup>57</sup> Rol N° 21, C. 17°.

<sup>58</sup> Rol N° 33, C. 8° y C. 11°.

<sup>59</sup> Rol N° 33, C. 14°.

<sup>60</sup> Rol N° 52, C. 6°.

<sup>61</sup> Rol N° 33, C. 19°.

<sup>62</sup> Ver voto disidente del Ministro señor HERNÁN VODANOVIC en Rol 740-2007, del Tribunal Constitucional. J. BASSA en op. cit. Págs. 108 y ss. analiza los casos en que el Tribunal Constitucional ha interpretado la Constitución recurriendo a su proceso de formación.

**B. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD****DEFERENCIA AL LEGISLADOR**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida por ejemplo en la sentencia Rol N° 309, de agosto de 2000, reconoce la importancia del principio de presunción de constitucionalidad. El caso versó sobre la aprobación del Convenio N° 169, de la OIT sobre los Pueblos Originarios.

En esa oportunidad, el Tribunal sostuvo que “lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella” (C. 2°).

Agregó que “este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe sólo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley. Este principio ha sido constantemente aplicado por el Tribunal como lo evidencian las sentencias dictadas en las causas Roles Nos. 257, 271, 293 y 297, entre otras” (C. 2°).

También se ha aplicado este principio respecto de la jurisdicción contencioso-sancionatoria, en el STC Rol N° 567-09: “Por otra parte, al ejercer la jurisdicción contencioso-sancionatoria, corresponde a este Tribunal presumir que toda forma de organización política se ajusta a la Constitución, lo cual es expresión del derecho de asociación sin permiso previo. Tal presunción debe ser derribada por la parte requirente mediante la rendición de pruebas suficientes para que el Tribunal adquiriera convicción más allá de toda duda razonable. Este estándar es un criterio básico de racionalidad de la decisión en un procedimiento de reproche;” (C. 48°).

El Tribunal, en esta misma línea, ha indicado: “En efecto, como lo señala García de Enterría, la presunción de constitucionalidad no es sólo la afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más: “primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitu-

ción; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales” (García de Enterría, Eduardo; “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”; Civitas; 3ª ed.; Madrid, 1985; p. 96) <sup>63</sup>.

Así como el Tribunal ha reconocido en reiteradas ocasiones el principio de deferencia al legislador, Pablo Ruiz Tagle ha planteado la necesidad de un sistema de principios de deferencia del Tribunal Constitucional hacia otros órganos del Estado que ejercen control de constitucionalidad, como la Contraloría, el Tribunal Electoral y la Corte Suprema <sup>64</sup>.

### C. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME

El principio de interpretación conforme se desprende de la noción de unidad del ordenamiento jurídico, en virtud de la eficacia normativa de la Constitución, que exige interpretar las leyes de modo armónico para excluir las antinomias y preservar la coherencia lógica y axiológica del sistema jurídico.

Así, considerando que una norma puede tener más de un sentido y alcance, el operador jurídico debe preferir aquél que se adecue o reconozca una mayor conformidad con la Carta Fundamental <sup>65</sup>. Guastini señala: “Frente a un texto legislativo que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales está en conflicto con un principio constitucional mientras que la otra no, el juez constitucional elige comúnmente esta segunda interpretación descartando la primera. Y el principio constitucional en cuestión se esgrime, precisamente, como argumento para justificar la interpretación previamente elegida <sup>66</sup>.”

<sup>63</sup> Tal como lo explica PATRICIO ZAPATA, “la doctrina de la “presunción de constitucionalidad” postula que, existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el Tribunal Constitucional chileno debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente”. (PATRICIO ZAPATA LARRAÍN, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, Pág. 243).

<sup>64</sup> PABLO RUIZ TAGLE, *Control Preventivo de Constitucionalidad*, op. cit.

<sup>65</sup> EDUARDO CORDERO, *Los Principios y Reglas que Estructuran el Ordenamiento Jurídico Chileno*, Revista IUS ET PRAXIS, año 15, Nº 2, Págs. 11 a 49.

<sup>66</sup> R. GUASTINI, op. cit., Pág. 189.

En sentencia Rol 1340-09 se señaló lo siguiente: “En íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley se encuentra el principio de la “interpretación conforme”, en virtud del cual el Tribunal intenta “buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución” (STC Rol 217). Y sólo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes; “no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental” (STC Rol 1337).” (C. 8º).

En algunas ocasiones, el Tribunales ha efectuado “sentencias interpretativas” o “entendidos”, en virtud de los cuales señala cuál es la interpretación que considera conforme, indicando que sólo en ese sentido declara que un precepto legal se ajusta a la Constitución<sup>67</sup>. A modo de ejemplo, en el Rol N° 1209 de 2008, al pronunciarse sobre el control preventivo obligatorio de una ley orgánica, el Tribunal señaló que pese a que una norma del proyecto expresamente señalaba que no procedía recurso alguno, “Siguiendo el principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, este Tribunal considera que el precepto transcrito en el considerando anterior es constitucional en el entendido de que no priva, en caso alguno, a las partes, del derecho a hacer uso de las acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental respecto de la decisión del panel de expertos acerca de la indemnización a que se refiere el precepto, incluido el recurso de queja;” (C. 11º; STC Rol 1209).

Nuestro Tribunal Constitucional no ha hecho suya la doctrina del “derecho viviente” del Tribunal Constitucional italiano, según la cual por regla general ha de respetarse la interpretación que los Tribunales ordinarios han dado a un precepto legal en forma reiterada. Así se evitarían eventuales contiendas entre la judicatura constitucional y la Corte Suprema sobre la interpretación de la ley.

Por otra parte, vinculado al principio de interpretación conforme, cabe reiterar que el Tribunal Constitucional no controla el mérito de la

---

<sup>67</sup> Ver al respecto VÍCTOR MANUEL AVILÉS H., *Las sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional y los Cuestionamientos o Dificultades que las Mismas Presentan*, en Revista Derecho Público, Vol. 72, 2010.

actividad legislativa, reconociendo un ámbito legítimo de discrecionalidad al legislador<sup>68</sup>.

#### D. PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO LIBERTATIS

Conforme a este principio, el Tribunal señala que en caso de ser admisibles distintas opciones interpretativas legítimas, debe prevalecer la que más favorezca a las personas y a su libertad: “Para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “*pro homine*” o “*favor libertatis*” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “*Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*” (Opinión Consultiva 5, 1985); (C. 65º, Rol 740-2008, caso de la píldora del día después).

Este principio ha sido desarrollado en profundidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando se produce empate en un Tribunal Constitucional sobre diversas interpretaciones posibles, Alexy ha sostenido, en un primer período, que debe estarse a aquélla que sea más favorable a la libertad y a la igualdad, y con posterioridad, cambiando de criterio, que debería optarse por la constitucionalidad de la ley.

#### E. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Algo similar ha ocurrido cuando el Tribunal se ha pronunciado en causas en las está en juego la protección de derechos del niño. En sentencia Rol N° 1683, el tribunal acudió al principio del interés superior

<sup>68</sup> Al respecto, el Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones, lo siguiente: “*El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador; que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el legislador excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que aquél haya incurrido.*” (entre otros, Rol N° 664. En el mismo sentido, entre otros, roles N°s. 231; 242; 465; 473; 541; 786; 1361; 1373; 1432).

del menor y de protección especial de éste para concluir que una norma penal que se orienta a la protección del menor no podría considerarse arbitraria (C. 25 a 28). En la sentencia, el Tribunal funda dicho principio en la Convención sobre Derechos del Niño.

## **2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTENDIDOS COMO PRINCIPIOS**

Cuando el Tribunal ha analizado los derechos fundamentales lo ha hecho siguiendo la distinción entre principios y reglas a la cual hemos hecho referencia con anterioridad. En tales casos, el Tribunal se refiere a los derechos fundamentales como reglas y principios simultáneamente. Si bien este razonamiento se ha reiterado en varias sentencias, donde más claramente se ha expresado es la sentencia sobre Isapres, Rol Nº 1710-10 sobre el artículo 38 ter de ley Nº 18.933. A continuación se reproducen los considerandos pertinentes:

“La definición de derechos fundamentales ha sido abordada a fondo por nuestra doctrina. Como lo señala una reciente obra sobre la materia (Eduardo Aldunate Lizana: *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 47-48): “La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para “aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”;

 (C. 89º).

“Los derechos fundamentales son susceptibles de clasificarse en diversas categorías conceptuales según el criterio con que se les analice o se les emplee jurídicamente. Una distinción clásica se da entre igualdades y libertades, como la propuesta para los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución por Pa-

blo Ruiz-Tagle (“Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales”, en: Andrés Bordalí (coord.): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 119). Otra diferenciación se presenta entre garantías y derechos, según si la verificación de éstos se encuentra respaldada material y formalmente en el derecho positivo y si fluyen de la naturaleza humana o de la ley. Una tercera diferenciación que nos interesa, es aquella clásica de la consagración internacional de los derechos fundamentales: políticos, económicos, sociales y culturales. Una cuarta perspectiva es apreciar los derechos fundamentales como derechos subjetivos y “como componentes del orden constitucional objetivo” (Humberto Nogueira). Y, por último, la distinción que formula Ferrajoli entre “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales” (Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 45). Esas cuatro diferenciaciones hasta hace un par de décadas muy nítidas tanto en la doctrina y en la legislación, como en su correlato jurisprudencial, han sufrido importantes innovaciones;” (C. 90º)

“Independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de norma de derecho fundamental y derecho fundamental: “Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso”. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios “aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”, o sea entendidas como “mandatos de optimización”, mientras que “las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces debe (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, concluyendo: “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);” (C. 91º).

“Según el mismo autor citado precedentemente, las diferencias descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, “no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos

de deber ser recíprocamente contradictorios”. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción” y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (*ob. cit.*, pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: “... la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. *De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales*” (Robert Alexy: *La Institucionalización de la Justicia*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);” (C. 92º).

“Los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación;” (C. 93º).

Por su parte, la dignidad de la persona humana, suele ser identificada como un principio cuyos efectos se irradian a todo el articulado de la Constitución. Esta visión no ha estado exenta de críticas. Al respecto se ha planteado que la consideración de la dignidad humana como un “valor supremo” (STC Rol 1340) o como “base esencial y primigenia” (STC Rol 591) es propio de las sociedades que han experimentado traumas profundos en su historia constitucional<sup>69</sup>.

En el mismo fallo recién citado, Rol Nº 1710-10, el Tribunal señaló:

“El artículo primero de la Constitución señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. *Se trata de una dispo-*

<sup>69</sup> MANUEL NÚÑEZ POBLETE, *El Neo Constitucionalismo y el Recurso a los Valores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIV, Valparaíso, 1º Semestre, 2010, Pág. 538.

*sición que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado.* Al referirse al alcance de la citada norma, antes de su reforma en 1999, cuando se reemplazó la expresión hombres por personas, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán señaló que la expresión “dignidad” tiene “su raíz tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el cual ha sido creada”, destacando que tal encabezamiento del articulado de la Constitución representa el “reconocimiento de un pilar central de su ordenación que no se mencionaba en las Constituciones precedentes” (*ob. cit.*, p. 30) (C. 85º).

A lo anterior, agregó,

“Asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol N° 1273 (cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución *presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva*. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados “no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales” (considerando cuadragésimo séptimo)” (C. 88º).

También, con ocasión del análisis del derecho a acceso a la información pública, el Tribunal ha reconocido derechos fundamentales implícitos en la Constitución, que se encontrarían reconocidos en Tratados internacionales sobre derechos humanos. En la sentencia Rol N° 634, el tribunal señaló que el derecho a acceso a la información pública se encuentra indisolublemente ligado al principio de publicidad<sup>70</sup>. Mismo criterio se siguió en la sentencia Rol N° 1051.

<sup>70</sup> DÉCIMO: Que acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum

Subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional una diferencia de criterio sobre si existe o no una jerarquía de principios que pueda ser remitida a una cierta visión antropológica y que reduce la incertidumbre *ex ante* del derecho, o si, por el contrario, existe una jerarquía móvil entre los principios que da mayor libertad al legislador y a los jueces al momento de dictar las leyes y al de aplicarlas para resolver casos concretos. Esta segunda posición sería más favorable al pluralismo como rasgo propio de la de la democracia política.

Estas posiciones se han reflejado al momento de resolver asuntos en que se ven involucrados alguno de los llamados temas valóricos: por ejemplo, concepción de la familia y el matrimonio, protección de la vida humana, honra de las personas y límites a la libertad de expresión, diferencia de trato según orientación sexual.

Ejemplo de ello es la aplicación o no de la ponderación para resolver los conflictos entre derechos fundamentales en los casos concretos, cuan-

---

calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida.

En efecto, y tal como se ha recordado, el artículo 8º de la Carta Fundamental, en su inciso segundo, dispone que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”;

DECIMOPRIMERO: Que, tal como se expresa en el Informe en derecho “Valor constitucional de la causal de reserva contemplada en el artículo 13, inciso decimoprimer, de la Ley Nº 18.575, que protege los intereses de terceros”, elaborado por el profesor Miguel Ángel Fernández González y acompañado a estos autos, “el principio de publicidad fue inicialmente contemplado a nivel legal” sobre la base de las recomendaciones de la Comisión Nacional de Ética Pública que tenía por misión “estudiar y elaborar propuestas políticas y legislativas en torno a la probidad, transparencia y ética pública”. Agrega que “en cumplimiento de lo recomendado por la Comisión, se incorporó, al artículo 3º de la Ley Nº 18.575, el principio de publicidad de los actos de los órganos integrantes de la Administración del Estado y, en sus artículos 13 y 14, se contempló un procedimiento judicial especial para el evento que el órgano requerido no diera acceso a la información solicitada”. Culmina precisando que “en coherencia con aquella normativa, al dictarse la Ley Nº 19.880, sobre procedimientos administrativos –nuevamente, sólo aplicable a los que lleva a cabo la Administración del Estado? también se incorporó a su respecto el principio de publicidad, en sus artículos 16, 17 letras a) y d) y 39”. De esta manera, el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

do ninguno de los principios involucrados es –para usar la terminología de J. Moreso– derrotable.

Un problema que no ha afrontado en forma definitiva el Tribunal Constitucional es el peligro que ciertos derechos fundamentales, especialmente los sociales, se transformen en normas “débiles” por falta de actuación del legislador para dictar las leyes necesarias para su cabal implementación para todos los habitantes. Un paso importante se dio en el proceso de inconstitucionalidad de parte del artículo 38 ter relativo a las Isapres. Pero queda mucho terreno por recorrer todavía. Esta situación se vuelve más desafiante si se tiene en cuenta que el derecho de protección tampoco cubre todos los derechos sociales.

### 3. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO

La igualdad ante la ley garantizada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución es uno de los principios que con mayor frecuencia se invocan como infringidos en los recursos de inaplicabilidad y, en consecuencia, abunda en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal ha hecho alusión a la igualdad como un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico, prohibiendo la arbitrariedad, señalando:

“Que la igualdad ante la ley es un principio antiguo de la tradición constitucional, pues da cuenta de una de las condiciones esenciales de la persona, en cuya dignidad debe descansar la existencia de todo ordenamiento jurídico. Por otra parte, desde las primeras obras filosófico-jurídicas clásicas la noción de igualdad estuvo vinculada a la justicia, sumándose las complejidades de ambas dimensiones. Por ello es que la formulación con que la igualdad se consagra en los textos constitucionales es tan simple como compleja es la interpretación de su significado y de sus consecuencias jurídicas, tanto teóricas como prácticas; (C. 52)

Que la mencionada doble dimensión de la igualdad se ha manifestado en las contradicciones que las más reputadas democracias han exhibido durante décadas entre la claridad del texto constitucional y la realidad de la legalidad y de la jurisprudencia, sólo explicables por las restricciones jurídicas que sufrían grupos de la sociedad a partir de las valoraciones de cada cultura, o simplemente de las necesidades económicas. Como bien lo recuerda un juez actual del Tribunal Constitucional Federal alemán, es hoy difícil de entender “cómo podría conciliarse la maravillosa concepción que

los griegos tenían sobre el ser humano con su ausencia de problemas para el trato inhumano de bárbaros y esclavos, o la compatibilidad de la extraordinaria Constitución norteamericana con la sociedad esclavista en el Sur o el mantenimiento de la prohibición del voto femenino en todas las denominadas democracias hasta avanzado el siglo veinte.” (Udo di Fabio: *Die Kultur der Freiheit* (La cultura de la libertad), C.H.Beck, München, 2005, p. 102);” (C. 53)<sup>71</sup>.

Algunos autores han sido críticos del uso que el Tribunal le ha dado, pues consideran que se trata de un principio extremadamente vago que se presta a una aplicación fundada en un raciocinio que se mueve en el vacío. Así A. Fernandois ha sostenido que “la doctrina y jurisprudencia sobre la igualdad navega en un mar de tautología. A los iguales, se les trata igual y a los desiguales, desigual. Conforme, pero ¿es esta regla mínimamente útil para el Derecho Constitucional? Nos parece que no, porque mediante referencias recíprocas que expresan lo mismo, ha dado lugar a uno de los axiomas más inútiles acuñados en el Derecho, plenamente vacío de contenido e intrínsecamente tautológico”<sup>72</sup>. Por su parte Miguel Ángel Fernández ha buscado encontrar un hilo conductor a esa jurisprudencia entregando al juez constitucional la responsabilidad de determinar en cada caso si hay o no una discriminación arbitraria<sup>73</sup>.

Por su parte Jorge Correa ha analizado el tema y ha establecido varios criterios a través de los cuales el Tribunal Constitucional ha ido precisando los contornos del principio de igualdad ante la ley y analizar la razonabilidad de las diferencias que ella puede contemplar. Hay que tener en cuenta que por definición toda norma jurídica consagra una distinción. El punto esencial es saber el criterio constitucional para determinar si esa diferencia se ajusta a derecho o no.

Jorge Correa, analizando la jurisprudencia constitucional, concluye que existirían cinco requisitos para determinar esa razonabilidad: “1) el trato diverso se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; 2) la diferencia no debe fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnera-

<sup>71</sup> STC Rol N° 1273. Mismo criterio se utilizó en STC Rol N° 1250.

<sup>72</sup> ARTURO FERNANDOIS, *Derecho Constitucional Económico*, Universidad Católica de Chile, 2006, Tomo I, Pág. 252. Ver también FERNANDO ATRIA, *Los Peligros de la Constitución. La Idea de Igualdad en la Jurisdicción Nacional*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 36, Universidad Diego Portales, 1997.

<sup>73</sup> MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

ble ni importar un favor o privilegio personal indebido; 3) la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita; 4) la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción; 5) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto...A esos cinco criterios, algunos fallos de 2010 y 2011 han agregado la noción, empleada por el Tribunal Constitucional alemán, de diferencias esenciales y no esenciales”<sup>74</sup>.

Compartimos el enfoque de J. Correa en el sentido de que el principio de igualdad ante la ley tiene una definición apropiada en la jurisprudencia constitucional, sin perder su carácter de norma abierta que le es propio. Algunos de los criterios señalados por J. Correa nos remiten al examen de proporcionalidad que analizaremos a continuación.

#### 4. UN CASO DE PRINCIPIO IMPLÍCITO: LA PROPORCIONALIDAD

El Tribunal algunas veces alude a principios implícitos en la Constitución. Si bien éstos pueden ser considerados como criterios de interpretación, el Tribunal va más allá pues los invoca derechamente como fundamento de sus decisiones.

Así, por ejemplo, en STC Rol N° 1584-09 de 17 de junio de 2010 donde se señaló que la determinación de la pena debía sujetarse a los límites que impone el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales<sup>75</sup>. Igual criterio se ha tenido en controles preventivos provocados, como el requerimiento que formularon parlamentarios en contra de la Ley General de Educación (LEGE), STC Rol N° 1361-09.

<sup>74</sup> JORGE CORREA SUTIL, *Jurisprudencia del TC en Materia de Igualdad ante la Ley. ¿Saliendo de la pura Tautología?*, Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales.

<sup>75</sup> “Que, en relación a la vulneración de la igualdad ante la ley que se esgrime por el requirente, por infracción al principio de proporcionalidad de la pena, es menester recordar el criterio expuesto por esta Magistratura en la sentencia Rol 787: “*La política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. Sin perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces*”. Asimismo, “*se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos*”. Por cierto, la facultad de fijación de la pena debe ejercerse con sujeción a los límites que impone **el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales**, que en este caso no se ven amagados”. (C. 21º) (el destacado es nuestro).

Si bien sólo analizaremos el caso del principio de proporcionalidad, cabe hacer presente que también el Tribunal ha reconocido la existencia de otros principios implícitos en la Constitución, tales como el principio de responsabilidad constitucional, conforme al cual todo daño causado antijurídicamente debe ser reparado (STC Rol 943); el principio de subsidiariedad del Estado en materia económica (STC Rol N° 467).

Un caso paradigmático es el del principio de proporcionalidad, por la importancia que ha adquirido en las resoluciones del Tribunal Constitucional y la frecuencia con que es invocado para resolver casos en que entran en colisión derechos fundamentales u otras normas de gran relevancia. Este principio está indisolublemente unido al método interpretativo de la ponderación.

El esquema de Alexy que ha tenido gran influencia en la jurisprudencia constitucional en general. El principio de proporcionalidad comprende tres sub principios: el de adecuación sobre la idoneidad de la norma legal, el de necesidad que analiza la posibilidad de prescindir del precepto y tiene como criterio producir el menor daño al limitar el derecho fundamental y el de proporcionalidad propiamente tal que se refiere al objeto de la intervención legal y sus efectos.

Cabe recordar que la proporcionalidad ya fue utilizada por Aristóteles para precisar el concepto de justicia. Se trataba de fijar criterios para definir si ciertas relaciones sociales eran justas o no; luego el principio de proporcionalidad fue recogido por el derecho romano y a partir del Iluminismo entró en el derecho público. La justicia constitucional europea ha usado este principio desde su creación, como puede verse de un análisis de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y España<sup>76</sup>. La Corte Suprema de los EE.UU. lo ha usado para dilucidar la proporcionalidad de las penas.

En la dogmática jurídica actual es considerado como un principio general del derecho, que orienta al juez para encontrar un adecuado equilibrio entre las pretensiones en disputa cuando implican conflictos de normas y derechos fundamentales<sup>77</sup>. Al concepto de “equilibrio de los intereses en juego” en relación con las “exigencias de una sociedad democrática” se ha referido también en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es un criterio para evitar la arbitrariedad, sea por sobre actuación, sea por omisión.

---

<sup>76</sup> LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

<sup>77</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Otra manera de referirse al principio de proporcionalidad es a través de la exigencia de razonabilidad o de fundamento razonable. Así ha ocurrido en Gran Bretaña con el esquema de *reasonableness*. Cuando el Tribunal exige que una norma cumpla parámetros razonables, lo que está haciendo es que ella cumpla con un test de proporcionalidad. La racionalidad de la ley tiene muchas dimensiones: lingüística, lógica, teleológica, pragmática y de coherencia constitucional, las que deben ser analizadas en su conjunto en un control de constitucionalidad<sup>78</sup>.

Este principio fue utilizado, por ejemplo, por el Tribunal en la reciente sentencia Rol N° 1710-10, en el cual se señaló:

“El mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la *ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables*, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, *precios desproporcionados* en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, *el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables*, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que *no tiene justificación racional* y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;” (c. 155<sup>o</sup>).

El principio de proporcionalidad fue usado recientemente para resolver un caso de conflicto entre el derecho a la honra y el derecho a la libertad de expresión, ponderando como influían en la materia, que puede servir de antecedente para zanjar el proceso de inconstitucionalidad.

<sup>78</sup> GABRIEL MORA RESTREPO, *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

dad abierto de oficio respecto del artículo 2331 del Código Civil relativo a la reparación del daño moral en caso de imputaciones injuriosas que no son constitutivas de delito (STC Rol N° 1463-10). Sin embargo, el Tribunal no alcanzó el quórum requerido para declarar la inconstitucionalidad total o parcial de dicho precepto. En consecuencia, el asunto permanece en manos de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

La proporcionalidad remite a la facultad del Tribunal Constitucional para ponderar principios diversos, según su peso e importancia, para resolver un caso sometido a su conocimiento. Los principios pueden entrar en colisión. No existe entre ellos una jerarquía preestablecida. No obstante, Ferrajoli distingue entre derechos primarios que son expectativas sustanciales de no lesión o de beneficios, frente a los secundarios que son poderes de las personas sometidos a límites en un Estado de derecho. Habla de normas “derrotables” y de normas que nunca pueden dejar de aplicarse. Los conflictos se dan en los casos concretos y ahí entra en juego la capacidad judicial de ponderar las normas jurídicas para construir la solución más justa y razonable<sup>79</sup>.

Según H. Nogueira el Tribunal Constitucional desde sus inicios ha usado el criterio de razonabilidad<sup>80</sup> y luego, progresivamente, el principio de proporcionalidad<sup>81</sup> para resolver las antinomias generadas por las circunstancias concretas que dan origen a la cuestión de constitucionalidad. No se pueden zanjar esos conflictos usando los criterios tradicionales de *lex posterior*, *lex superior* o *lex specialis* pues los principios son coetáneos en el tiempo, de igual rango y carácter. Según Guastini, “la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto”<sup>82</sup> formulada por el juez constitucional mediante un juicio de valor comparativo. Así el juez puede concluir que un principio, en el caso específico que debe resolver, tiene preeminencia o bien que los principios aparentemente contradictorios entrecruzan sus efectos de un modo determinado. Esa preeminencia varía cuando el caso es diferente.

<sup>79</sup> LUIS PRIETO SANCHIS, *El Juicio de Ponderación Constitucional en El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*, Librotecnia, Santiago, 2010.

<sup>80</sup> EUGENIO VALENZUELA S., *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006. También JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ y FRANCISCO ZÚÑIGA, *El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales* N° 1, 2011.

<sup>81</sup> H. NOGUEIRA, *El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno*. ver nota 34.

<sup>82</sup> R. GUASTINI, op. cit., Pág. 187.

Generalmente quienes adhieren a una determinada jerarquía de principios preestablecida lo hacen por motivos doctrinarios o ideológicos ajenos al derecho<sup>83</sup>, que se refleja en su concepción de la Constitución. Por su parte, quienes valoran más el pluralismo adscriben a la tesis de Guastini de una jerarquía axiológica móvil, según la naturaleza de cada caso. Más que diferencias de origen político, entre los diferentes miembros de un tribunal constitucional, pesan las diferentes posiciones respecto a la forma de relacionar los principios.

De aquí se pueden desprender las diversas posiciones sobre la Constitución y el pluralismo en sus diversas dimensiones.

## 5. EL PLURALISMO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

El Tribunal ha señalado que un principio de importancia en nuestro orden constitucional es el pluralismo político, el cual se encontraría implícito en la definición de Chile como una república democrática y es reconocido expresamente en el inciso sexto del artículo 19 N° 15 CPR.

En el Rol N° 567-09 de 2 de junio de 2010, en un requerimiento para declarar la inconstitucionalidad de un movimiento político, el Tribunal señaló que la facultad contenida en el artículo 19 N° 15° de la Constitución debe ser interpretada en concordancia con la libertad de expresión y el derecho de asociación (C. 21°):

“El inciso sexto del artículo 19 N° 15° de la Constitución debe interpretarse en concordancia con el derecho de asociación y el pluralismo político que ese mismo artículo garantiza. Ello ha de entenderse, además, en coherencia con las Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 4° señala que “Chile es una república democrática”, en el entendido que admite como legítimos los diversos intereses, ideas y opiniones, y establece reglas para dirimir pacíficamente los conflictos y las controversias;”.

A lo anterior, agregó que el pluralismo es un presupuesto de la democracia, es decir, que ella sólo puede existir si se acepta el pluralismo:

“La democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se

---

<sup>83</sup> Ver la polémica entre RAWLS y ALEXY a que hace referencia CARLOS BERNAL PULIDO en *El Neo Constitucionalismo y la Normatividad del Derecho*; y también SOLEDAD BERTELSEN S., *Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales*, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 42, 2010.

enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que “la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento”. (STEIN, E., Derecho Político, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 150). En la democracia pluralista siempre habrá una tensión entre consenso y disenso. Ambos elementos deben encontrar un equilibrio adecuado en la “*concordia discors*”, de tal manera que se permita la inclusión del otro respetando su diversidad. Se da forma así al concepto de poliarquía que según Robert Dahl (*Democracy and its critics*, 1989) apunta a un sistema en que el poder se encuentra distribuido entre varias instituciones y grupos. Es una materialización del pluralismo. El derecho de asociación permite que el pluralismo se pueda expresar, al garantizar que los individuos puedan unir sus voluntades para perseguir fines comunes, sin permiso previo;”. (C. 22º).

Por otra parte es relevante que el artículo 19 N° 15 remita a los “principios básicos del régimen democrático y constitucional”; en relación con el artículo 4º, esos principios son ampliamente conocidos y compartidos y están contemplados en varias disposiciones constitucionales y en tratados e instrumentos internacionales, como la Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos.

En este contexto deben ser interpretadas las múltiples remisiones que la Constitución hace a la moral, la seguridad, la equidad, el orden público, la no discriminación arbitraria u otros valores semejantes. La relación entre derecho y ética en una sociedad democrática y pluralista no puede ser de integración necesaria y menos de identidad. Tampoco puede existir una separación tajante. Lo que cabe es una distinción metodológica y reconocer las zonas grises en la vida social.

Hay diferentes concepciones filosóficas sobre los derechos y su fundamento, que quedaron de manifiesto cuando se redactó la Declaración Universal de Naciones Unidas y los Pactos complementarios. En esa ocasión se dejaron de lado las disputas doctrinarias para alcanzar un consenso práctico, tal como lo había propuesto J. Maritain, confor-

mándose un mínimo común ético y jurídico compartido universalmente. Pero subsiste una discusión sobre el alcance y los límites de los derechos humanos, que se expresa, por ejemplo, en torno al carácter prestacional de los derechos económicos y sociales y su articulación con los derechos civiles y políticos, en los temas bioéticos, y en la forma en que ellos son asumidos por las diversas culturas.

Otro punto relevante es la amplitud del pluralismo político e ideológico de un determinado orden constitucional. Nuestra Constitución nació configurando una “democracia restringida” o “protegida” (antiguo artículo 8º) fundada en la discriminación ideológica y política, y con una clara definición de “grupos hostiles” a los cuales era preciso combatir. Luego de las reformas de 1989 la situación cambió radicalmente. Tal como se señaló en la sentencia Rol Nº 567-09 del Tribunal, “la afirmación de Ignacio de Otto Pardo referida a la Constitución española se aplica igualmente a la chilena en el sentido de que aquélla “no contiene un principio constitucional con valor normativo autónomo o, lo que es lo mismo, una decisión subyacente con relevancia jurídica propia en la que el constituyente configure nuestra democracia como una ‘democracia militante’(...) principio constitucional que tendría relevancia en la interpretación de toda la Constitución y, por tanto, del ordenamiento jurídico en su conjunto”, a lo que agrega que “la tesis de la democracia militante sólo puede tener fundamento en una teoría de la democracia vinculada a valores, no en una teoría relativista, valorativamente neutral.” (C. 19º).

Estas diferencias renacen con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la configuración de nuevos derechos, como ocurre en la actualidad con los derechos de carácter colectivo de los pueblos originarios y en un pasado reciente con los de las mujeres.

En nuestra sociedad hay áreas morales donde existen visiones encontradas; no hay una moral positiva compartida, es decir, normas intersubjetivas comunes. El legislador, con autonomía y legitimidad, expresa preferencias ideológicas, opciones políticas y juicios de oportunidad dentro de un orden político pluralista en una sociedad abierta<sup>84</sup>.

Una cosa son los principios de un Gobierno y otra los principios del Estado. El Tribunal sólo interviene si se vulnera la Constitución. No se debe imponer una ética mediante el derecho, como lo revela la polémica entre Lord Devlin vs. Hart (1960) en UK. Significativo fue, en este

<sup>84</sup> Sobre estos conceptos ver PETER HÄBERLE, *Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2003.

sentido, que el Tribunal Constitucional no formulara ningún reproche de constitucionalidad a la ley que consagró los llamados derechos reproductivos pese a haber, previamente, cuestionado una parte del Reglamento sobre normas de fertilidad.

El debate ciudadano y parlamentario sobre los valores siempre es positivo pues se recurre a la persuasión (Alf Ross). La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía entre ellos, exige prudencia en la ponderación para alcanzar una concordancia práctica o balance entre bienes jurídicos en juego. Zagrebelsky cita al juez norteamericano de 1940, Felix Frankfurter, quien afirmó que los casos deben resolverse según la Constitución y no según la propia fe (cristiana o judía) o filosofía (agnóstica). Siempre habrá una dialéctica entre el marco cultural del juez y los principios de la Constitución. Pero no se puede hacer decir a la Constitución lo que ella no señala, por motivos doctrinarios o ideológicos subjetivos de los jueces.

La Constitución tiene un carácter normativo que obliga a todos (artículo 6°). No es un catálogo de promesas. Pero contiene una heterogeneidad de normas y principios, lo que vuelve compleja y dinámica su interpretación. El Tribunal Constitucional está llamado a custodiar y a desarrollar la unidad de la Constitución y, en tal sentido, debe evitar que la ley limite en su esencia o impida el ejercicio de algún derecho fundamental (artículo 19 N° 26).

Una Constitución fija un marco de principios comprometido con el régimen democrático y con los derechos fundamentales, pero neutral y abierto frente a las grandes opciones filosóficas. Se trata de algo más que una democracia procedimental, pero menos que una democracia adscrita a una escuela ética determinada. Es el verdadero sentido de la laicidad del Estado, que no toma partido frente a las corrientes religiosas, filosóficas, científicas o estéticas<sup>85</sup>. Aunque existen diversos modos de asumir el principio de laicidad –según reduzca el fenómeno religioso a un asunto privado o le reconozca un carácter público– el Estado laico siempre opta por la libertad de conciencia, de pensamiento y de creación, por la búsqueda e investigación científica sin trabas, cortapisas ni censuras.

Como señala Jaime Bassa reflexionando sobre el aporte de Zagrebelsky: “el pluralismo actual de las sociedades no requiere de una constitución que desarrolle un determinado proyecto de vida, sino que asegure las condiciones para la realización de los diversos proyectos que convi-

---

<sup>85</sup> FRÉDÉRIQUE DIEU, *Le Principe de Laïcité érigé en Valeur de la Convention Européenne des Droits de L'homme*, Revue du Droit Publique N° 3, L.G.D.J., Paris, 2010.

ven en la sociedad...La Constitución se presenta como una propuesta de soluciones posibles, dejando abierta la posibilidad de concretización para diferentes proyectos políticos...al constitucionalismo actual se le exige la coexistencia de valores y principios dentro de un marco de compatibilidad, sin que uno de ellos pueda ser asumido en forma absoluta en desmedro de otros”<sup>86</sup>. Susana Pozzolo sostiene que pese a que toda Constitución tiene una visión ética –lo que era aceptado por Kelsen– “las constituciones contemporáneas no expresan una sola idea de bien; por el contrario, son pluralistas y son compatibles con un considerable número de concreciones posibles (de esta forma, al parecer, las constituciones casi implican la idea de conflicto)”<sup>87</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se advierte una oscilación entre una posición abierta y una adhesión a un conjunto definido de valores, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional alemán que considera que la Constitución de ese país ha establecido “un orden objetivo de valores (*eine objektive Wertordnung*), orden que debe irradiar sus efectos hacia todo el sistema jurídico, incluso el derecho privado, y la sociedad en su conjunto”<sup>88</sup>. Quienes se inclinan por esta segunda posición, recelan de la ponderación y del examen de proporcionalidad cuando, según ellos, entra en juego la dignidad de la persona humana o el derecho a la vida. Olvidan que una simple invocación de principios tan generales puede ser criticada calificándola de “derecho equívoco”, siguiendo a Kant.

El pluralismo rige también en el campo del llamado orden público económico. La Constitución debe permitir el libre juego de proyectos políticos que pueden ir desde un esquema neoliberal hasta otros que buscan un Estado social de derecho de carácter más solidario. En palabras de Nogueira: “Los principios y reglas contenidas en la Carta Fundamental, en materia económica, no establecen un específico sistema económico, sin perjuicio de establecer límites a la legislación económica y a la administración económica...La Constitución excluye solamente los modelos económicos extremos, una economía planificada centralmente y una economía ultra liberal abandonando el desarrollo a la espontaneidad del mercado, sin regulación estatal. Fuera de dichos extremos es posible una economía de mercado, una economía social de mercado,

<sup>86</sup> JAIME BASSA, op. cit. Pág. 94.

<sup>87</sup> SUSANA POZZOLO, *Reflexiones sobre la Concepción Neo Constitucionalista de la Constitución*, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, op. cit.

<sup>88</sup> *Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles Européennes*, Dalloz, Paris, 2008, Pág. 115.

una economía mixta con diversos grados de participación del Estado y de la iniciativa privada”<sup>89</sup>.

Es destacable, en tal sentido, que el principio de subsidiariedad no quedara consagrado en la Constitución, pese a que el tema fuera ampliamente debatido y se hicieran diversas propuestas al respecto. Sin embargo, como el texto constitucional contiene elementos de la subsidiariedad, como la autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1º, incisos tercero y cuarto), algunos autores han querido desprender de ahí la consagración de tal principio siguiendo un esquema neoliberal, que aplican especialmente a la libertad de emprender (artículo 19 N° 21). Como señala Pablo Ruiz Tagle, “la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino una forma ideológica variable”<sup>90</sup>. En otras constituciones tal reconocimiento ha sido explícito, como ocurre en países tan diversos como Italia, Ecuador, Venezuela y Colombia<sup>91</sup>.

No existe consenso sobre la neutralidad de la Constitución frente al sistema económico, como ocurre en cambio en Alemania. ¿Hasta dónde alcanzan los llamados principios del orden público económico? ¿Van más allá de garantizar la economía de mercado tal como lo hace la Constitución española? No cabe duda que la Constitución determina el papel del Estado en la economía con atribuciones regulatorias, fiscalizadoras y sancionadoras, y excepcionalmente productivas, las que se rigen por la ley común. Se discutió si introducir en la Constitución un capítulo especial sobre orden público económico y se desechó<sup>92</sup>. Como señala Pablo Ruiz Tagle, “Los conceptos de subsidiariedad y orden público económico, aunque sólo citados por la doctrina y la jurisprudencia como principios de derecho constitucional, no alcanzan una formulación clara y estable... Estos dos conceptos deben dejar paso a una concepción constitucional que recoja la verdadera tradición liberal democrática chilena y que se funda más directamente en los principios constitucionales de

---

<sup>89</sup> HUMBERTO NOGUEIRA, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Vol. IV, CE-COCH, Santiago, 2010.

<sup>90</sup> PABLO RUIZ TAGLE, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, en *Revista de Derecho Público*, N° 62, 2006, Universidad de Chile.

<sup>91</sup> EDUARDO NIÑO PARADA, *La Vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial del Estado*, LexisNexis, 2007.

<sup>92</sup> ENRIQUE NAVARRO, *El Estado Empresario a la Luz de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 62, 2000, y ROBERTO GUERRERO DEL RÍO y ENRIQUE NAVARRO B, *Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, 1998.

libertad e igualdad”<sup>93</sup>. Un criterio diferente tienen Arturo Fernandois y Enrique Navarro<sup>94</sup>. El Tribunal se ha pronunciado al respecto en la sentencia Rol N° 1144.

En todo caso, los principios del orden público económico, como indican Cumplido y Cea, no se contienen únicamente en la Constitución pues están contemplados sobre todo en diversos cuerpos legales.

Un aspecto relativamente reciente del pluralismo es el reconocimiento constitucional de la existencia y los derechos de los pueblos originarios, que existían con anterioridad a la formación del Estado. Se trata de un cambio de enfoque trascendente fundado en un adecuado equilibrio entre la igualdad de derechos y la diversidad cultural y étnica. Este paso no ha sido dado todavía en Chile, pese al prolongado debate parlamentario sobre la materia.

Así, la protección del pluralismo ha sido identificada como un principio constitucional relacionado con el régimen democrático.

## V PALABRAS FINALES

A modo de conclusión podemos afirmar que los principios jurídicos le permiten al Tribunal Constitucional ejercer sus funciones en un período complejo de la evolución de nuestro sistema institucional, favoreciendo el desarrollo de una democracia más plena y deliberativa, cuando el paradigma constitucional se extiende hacia todos los derechos fundamentales, la actuación de los poderes privados y las relaciones entre consumidores y empresas y hacia el ámbito internacional.

La Constitución no es sólo un dato empírico ni una norma básica, sino también una promesa y un mandato que es preciso concretar en el tiempo.

La evaluación de la constitucionalidad de las leyes tiene poco que ver con una simple comparación abstracta de normas según una lógica puramente formal. El significado de las normas cambia con el tiempo y no se las puede entender como algo separado de la sociedad y la cultura. La ponderación de los principios es coherente con una ética de res-

---

<sup>93</sup> PABLO RUIZ TAGLE, *op.cit.*

<sup>94</sup> ARTURO FERNANDOIS V., *Derecho Constitucional Económico*, Editorial Universidad Católica y ENRIQUE NAVARRO B., *Orden Público Económico y Libre Competencia*, en *Revista de Derecho Universidad, Finis Terrae*, 2003.

ponsabilidad republicana en que los ciudadanos se comprometan con la realización máxima posible de ciertos ideales, que expanda el horizonte del proceso político.

La clave de la legitimidad de una Constitución no está en su origen, sino en el presente y en el futuro. De ahí la responsabilidad de la justicia constitucional.

El Tribunal Constitucional debe moverse en la esfera que le es propia para hacer valer la supremacía formal y material de la Constitución. Pero ha de cuidarse de invadir el campo directamente político alterando los procesos deliberativos democráticos.

El derecho se vuelve razonable cuando asume la complejidad del sistema jurídico en un momento histórico determinado, y busca realizar su pretensión de justicia teniendo en cuenta la pluralidad social. El uso de los principios por parte de la justicia constitucional puede ser un instrumento útil para alcanzar tal propósito.

Termino citando un pensamiento de L. Ferrajoli con ocasión del doctorado honoris causa a Norberto Bobbio en la Universidad de Camerino: “en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho, y en la construcción del derecho, no existen alternativas a la razón”. Y lo razonable, en el momento presente, supone un esfuerzo libre y compartido por cumplir las promesas de la democracia y del derecho.

