

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE



ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y TRANSFORMACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

*José Luis Cea Egoña**
Ministro
Tribunal Constitucional de Chile
Profesor Titular
P. Universidad Católica de Chile
Universidad de Chile

Presentación del libro **La Constitucionalización del Derecho Chileno**, coordinado por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, don Juan Carlos Ferrada Bórquez, el lunes 31 de mayo de 2004 en la sede del Tribunal Constitucional en Santiago.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
Y TRANSFORMACION
DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

*José Luis Cea Egaña**
Profesor Titular
P. Universidad Católica de Chile
Universidad de Chile
Ministro del Tribunal Constitucional

*Presentación del libro *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, coordinado por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, don Juan Carlos Ferrada Bórquez, el lunes 31 de mayo de 2004 en la sede del Tribunal Constitucional en Santiago.

01822

Agradezco al Sr. Presidente de este E. Tribunal y al Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile el honor de dirigirles la palabra para presentar el libro **La Constitucionalización del Derecho Chileno**, coordinado por el profesor y buen amigo Juan Carlos Ferrada Bórquez, que con el sello de la Editorial Jurídica de Chile ha entrado recientemente en circulación.

Permítaseme, desde luego, manifestarles que la obra es el fruto maduro del esfuerzo de nueve académicos, todos juristas jóvenes y dedicados al cultivo de variadas disciplinas.

El texto se halla lógicamente organizado, abordando los tópicos más relevantes, con énfasis en los de índole procesal. Se lee fácilmente y no adolece de erratas. Apreciamos la prontitud con que fue entregado a la lectura del público.

I. RAIZ FORANEA CON REELABORACION CHILENA

De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la Constitucionalización del Derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia a través de una conferencia inolvidable que pronunció, en abril de 1994 durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreu. En el número monográfico de la **Revista de Derecho** de la Universidad Austral correspondiente al año 2001, Uds. pueden consultar una traducción de ese aporte señero.

Meses después, yo mismo sentí la obligación de contribuir a la clarificación y perfilamiento del tema, enfocándolo desde el ángulo del Derecho chileno. Me parece que fue la primera publicación nacional al respecto¹. Desde

¹ Véase "La Constitucionalización del Derecho", **Revista de Derecho Público** Nº 59 (1996) pp. 50 ss. De relevancia es también Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux: **La Constitucionalización Des Branches Du Droit** (París, Económica, 1998).

entonces supe de otras investigaciones, difundidas como libros, monografías y memorias de licenciado². Me produjo alegría saberlo, porque era evidente que el interés había prendido y que, tanto de catedráticos afanados como de docentes jóvenes, cabía aguardar avances valiosos en el tema.

Esa era la situación cuando supe del seminario celebrado en la Universidad Austral dos años atrás y, ahora, de la obra que presento. La he leído tres veces, anotando comentarios al margen de sus páginas o en las hojas que he traído. Son reflexiones suscitadas por su lectura. Admito que tantas evocaciones, juicios y comentarios me obligan a resumir sólo algunas de tales vivencias. Sin embargo, es un mérito del volumen, Uds. comprenderán, provocar ideas, sea para compartirlas, o con el ánimo de complementarlas o, en algunas situaciones, a los efectos de pensar en rectificaciones, precisiones o nuevos criterios que puedan enriquecer el debate sobre ellas.

II. MARCO DE REFERENCIA

La persona humana, uno mismo, va evolucionando, aunque en lo que somos hoy se halle la impronta de lo forjado en los años de formación intelectual y moral. Por lo mismo, creo, estimados amigos, que el cambio es un rasgo inherente al individuo y que en él debe hallarse no un afán de acomodamiento a las circunstancias sino que de asimilación a los signos de los tiempos.

Afirmo lo anterior porque Uds. y yo hemos seguido leyendo, escribiendo y discutiendo acerca de la Constitucionalización del Derecho. Está lejos de ser un asunto cerrado, diáfano y sin aristas desconcertantes. Por eso, tampoco

² Me refiero a los estudios del profesor Ramón Domínguez Aguila: "La Constitucionalización del Derecho Civil", incluida en **Veinte Años de la Constitución de 1980** (Santiago, Ed. Universidad Finis Terrae, 2001) pp. 200 ss.; Hugo Castellón y Laura Rebolledo: **Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil** (Concepción, Universidad de Concepción, 1996); Louis Joseph Favoreu: "La Constitucionalización del Derecho Penal", **XXIII Revista Chilena de Derecho** (1998) pp. 112 ss.; y Alejandro Guzmán Brito: **El Derecho Privado Constitucional** (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001).

puedo hoy conformarme con los enunciados, vacilantes y escuetos, que redacté en 1995. Mucho de lo que expondré a continuación es una revisión de mi postura en el tema, a veces reiterada y en otras reemplazada o contradicha. Son las nueve monografías reunidas en esta obra valiosa las que me han llevado a repensar qué es aquél fenómeno, dónde yacen sus limitaciones y potencialidades, por qué causa reticencias y cuál es su aporte a la democracia y al constitucionalismo de nuestra época.

Permítaseme, para explicar lo que digo, situar el análisis en un marco histórico y teórico de referencia, con la ayuda del cual espero que seamos capaces de responder las preguntas planteadas, descubrir el significado de este libro y su aporte al Derecho chileno.

Tiendo a seguir, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas³. En términos breves y simplificados, creo que, en lo concerniente a nuestro tema, en los cuatro últimos siglos de la civilización occidental tanto los europeos como, desde su independencia política, los pueblos latinoamericanos herederos de aquellos, hemos vivido dos grandes paradigmas, o sea, modelos que se imponen para el desarrollo de la ciencia o de la técnica y que significan dejar una época con la esperanza que sea para avanzar, progresando, a otra época mejor.

1. Estado Legislador

El primero de esos paradigmas fue el del Estado, fundado en la doctrina del pacto político-social, con Thomas Hobbes, en mi convicción, como el padre indiscutido de su origen y postulados esenciales⁴.

³ **The Structure of the Scientific Revolutions** (New York, Russell Foundation, 1974) pp. 12 ss. Útil es añadir que, la conceptualización de Kuhn, coincide con el sentido de ejemplo o ejemplar que el sustantivo **paradigma** tiene en su acepción natural y obvia. Revísese al respecto Real Academia Española: **II Diccionario de la Lengua Española** (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2001) p. 1675.

⁴ Consúltese **De Cive o El Ciudadano** (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y (1650) **El Leviatán** (Madrid, Ed. Sarpe, 1999).

Pues bien, aquella estructura política se caracterizaba por una serie de rasgos capitales, muchos de los cuales no se explican o se dan por sabidos y aceptados, sin evaluarlos. Util es reseñar algunos de tales rasgos para captar el calado del cambio que va dejando el neoconstitucionalismo⁵

Por ejemplo, me refiero a que el Estado nació como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin⁶; que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Despréndense varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu⁷, es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos.

Pues bien, mientras el pacto social, la soberanía y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a progresos ostensibles en

⁵ Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): **Neoconstitucionalismo (s)** (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

⁶ (1578) **Los Seis Libros de la República** (Madrid, Ed. Aguilar, 1963). Véase Jean-Jacques Chevallier: **Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días** (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 45 ss.

⁷ (1748) **El Espíritu de las Leyes** (México DF., Ed. Porrúa, 1971).

el gobierno racional de las comunidades políticas. Por desgracia, a raíz de múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa y de la ley, ésta como producto de los órganos gubernativos. Y llenando el lugar de ambas se elevó la soberanía al punto de erigirse en concepto matriz del Estado, de la democracia y del sistema jurídico.

Desde entonces, sobrevinieron décadas o, al menos largos años, de dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción legiferante y positivista del Estado y del Derecho. Todos eran, se ha dicho sin que pueda ser rebatido, Estados de Derecho desde tan reducido y pobre punto de vista. Las tragedias se multiplicaron, fueron resonantes por su oprobio, pero muchos callaron las causas y secuelas, ostensibles en el siglo XX, que en ellas tuvo la construcción sólo estatalista del ordenamiento normativo.

Por eso, queridos amigos, pienso que no descubre, entiende ni asimila los signos de los tiempos jurídicos quien sigue anclado a la visión del Estado, de la soberanía y de la ley que he descrito. Gustavo Zagrebelsky, hoy Presidente de la Corte Constitucional de Italia, ha acuñado la expresión **pulverización** para denominar la situación en que se halla el cúmulo de supuestos, enseñados aún en ciertas Facultades de Derecho, seguidos a menudo en la Judicatura y la abogacía, que habían convertido a la ley, y sobremanera a los códigos, en una construcción intocable, inobjetable, cuasi divina en su perfección.⁸

Para confirmar lo escrito basta rememorar a otro contractualista de fuste, Jean Jacques Rousseau, quien, en el epítome del entusiasmo con que caracterizó a esa elaboración racionalista, llegó a calificarla de expresión de la voluntad general, por ende siempre democrática, y con cualidades de infalible, absoluta, indelegable e inalienable⁹. El ciudadano y los grupos quedaban así

⁸ Véase *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

⁹ (1754) *El Contrato Social* (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1965) pp. 64 ss.

entregados a la voluntad de los órganos públicos, superlativamente del legislador. Se aguardaba de la heterotutela todo cuanto se rechazaba de la autotutela como modelo jurídico.

2. *Estado Constitucional de Derecho*

Prescindiendo de otros elementos dignos de comentario¹⁰, permítaseme avanzar al segundo de los paradigmas que deseo bosquejar para comprender el fenómeno analizado en este libro. Me refiero a la irrupción de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que fluyen de ella. La densidad del cambio que involucra el nuevo paradigma puede ser sintetizada afirmando que, si por siglos se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios se ha ido imponiendo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Imperativo es observar que este nuevo parámetro de legitimidad no se limita a rectificar el paradigma precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios, de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe.

En nuestra época, llamada **postmodernidad**¹¹, se ha planteado, como lugar común, la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley con el carácter de rasgos matrices del proceso que vivimos. Este es el momento propicio para declarar mi coincidencia con esa aseveración, adhesión que no significa, sin embargo, propugnar la supresión de tal forma política, ni de la soberanía, como tampoco de la legislación en cuanto instrumento de configuración de la convivencia legítima.

Pues bien ¿cuáles son las características matrices del nuevo paradigma?

¹⁰ Véase mi **Transformación del Derecho por el Constitucionalismo** (Tribunal Constitucional de Chile, 2004). Un panorama, nítido y completo, de este complejo asunto se halla en Luis Prieto Sanchís: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales** (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 21 ss.

¹¹ Consúltense Klaus Von Beyme: **Teoría Política de la Postmodernidad** (Madrid, Alianza Editorial, 1997).

Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del Gobierno con sujeción a la Constitución, cuya Parte Dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al Instrumento de Gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad¹². Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa o ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella los gobernantes igual que los gobernados.¹³

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su Parte Dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger¹⁴ lo plantea en la aseveración siguiente: si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de

¹² Louis Joseph Favoreu y Francisco Rubio Llorente: **El Bloque de Constitucionalidad** (Madrid, Ed. Civitas, 1996).

¹³ **Teoría del Estado** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 243 ss.

¹⁴ Citado por Otto Bachof: **Jueces y Constitución** (Madrid, Ed. Civitas, 1994) p. 43.

frenos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los Tribunales Constitucionales. Esta es una Magistratura diferente de la Judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político; y resueltamente configurada por el Poder Constituyente para proteger los derechos fundamentales, v. gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías¹⁵.

Por supuesto, el garantismo resulta ser clave en el paradigma que describo. Así es, pues poco o nada vale, en los hechos, lo asegurado por la Constitución si la persona y los grupos carecen de acceso, fácil y expedito, a las acciones y recursos, deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar los atentados en contra de la dignidad humana y del ejercicio legítimo de los derechos que tal cualidad única lleva consigo¹⁶.

En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa Magistratura.¹⁷

¹⁵ Louis Joseph Favoreu: "Los Tribunales Constitucionales", en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica** (Madrid, Ed. Kykinson, 1997) pp. 103 ss. Recuérdese, además, que Hans Kelsen se percató de esta finalidad en 1928, siendo hoy posible leer tan premonitoria advertencia en sus **Escritos sobre La Democracia y el Socialismo** (Madrid, Ed. Debate, 1988) pp. 152 ss.

¹⁶ Véase Luigi Ferrajoli: **Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil** (Madrid, Ed. Trotta, 1999).

¹⁷ Rainer Wahl y Joachim Wieland: "La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al *Bunderverfassungsgericht*", **XVII Revista Española de Derecho Constitucional** N°51 (1997) pp. 15 ss.

III. CONSTITUCIONALIZACION DEL NUEVO PARADIGMA

Tal Constitucionalización se halla bien descrita por el profesor Ferrada en la introducción del libro en comentario. De allí leo las frases siguientes:

"(...) a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivado del nuevo carácter normativo de ésta (...), se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema (...), irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas."¹⁸

A raíz del gobierno militar, es claro que a ese proceso nos incorporamos casi con dos décadas de atraso, pero hemos avanzado rápido en la consecución de sus objetivos.

Ahora bien, creo que la Constitucionalización del Derecho es uno de los efectos o resultados, con certeza de los más importantes, del nuevo paradigma que vivimos. Pero tal Constitucionalización no es sinónimo de aquel paradigma, pues tampoco lo abarca plenamente o en la variada gama de asuntos que comprende.

Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derecho equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional que elaboró Max Weber¹⁹

¹⁸ *La Constitucionalización del Derecho*, cit., p. 7.

¹⁹ Véase *I Economía y Sociedad* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 60, 145 y 433.

De ese nuevo paradigma es elemento esencial la mayor independencia del Derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado Constitucional de Derecho supone la aproximación máxima a que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, este es, el gobierno por medio del Derecho y que se impone a la pura voluntad, es decir, la institucionalización del mando en la sociedad política.²⁰

Bien se razona, entonces, cuando se asume tan densa trama y se dispone el jurista a compartir sus consecuencias. Perseverar en el paradigma estatalista, como lo hace todavía más de un jurisconsulto distinguido²¹ equivale, por ende y sin más, a continuar insistiendo en concepciones casi por completo superadas, ojalá que irreversiblemente por el costo enorme que la humanidad sufrió bajo tal designio, incluyendo la destrucción de la democracia o el sufrimiento para recuperarla.

IV. CONTRIBUCIONES REALIZABLES

Demos ahora una mirada al contenido del libro que presento.

El profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, don Eduardo Aldunate Lizana se refiere al efecto de irradiación u horizontal de la Constitucionalización del Derecho. En una concisa y lúcida síntesis, el lector

²⁰ Georges Burdeau: **IV Tratado de Ciencia Política** (México DF., UNAM, 1975) pp. 240 ss.

²¹ Revítese Eduardo García de Enterría: "El Principio de Protección de la Confianza Legítima como Supuesto Título Justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador", **Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación** (Madrid, 2003) N°33 pp. 138 ss. Cf. la profunda y trascendental discusión epistolar, ocurrida entre García de Enterría, de una parte, y Pablo Lucas Verdú, de otra, a propósito del tópico enunciado, en el T. IV del **Curso de Derecho Político**, del segundo de los autores nombrados (Madrid, Ed. Tecnos, 1984) pp. 97 ss. En la doctrina chilena puede revisarse José Antonio Ramírez Arrayás: **Disposiciones de Principio Constitucional y Actividad Social y Económica del Estado** (Santiago, Ed. Universidad Central de Chile, 1993) pp. 17 ss.

queda interiorizado de tan importante secuela, por vez primera examinada en nuestra doctrina.

Continúa el profesor Kamel Cazor Aliste analizando ciertos rasgos del nuevo paradigma, concluyendo que presenciamos el ocaso del positivismo y que nunca fue cierta o segura la aplicación del Derecho en el paradigma estatista.

Prosigue el profesor Ferrada refiriéndose a la incisión de tal proceso en el Derecho Administrativo, declarando reiteradamente su adhesión a la tesis, que hago mía sin reticencias, en el sentido que el proceso justo se aplica, en plenitud, al Derecho Administrativo tanto Disciplinario como Sancionador.

Eduardo Court Murasso, docente de la Universidad Adolfo Ibáñez, dedica su estudio al impacto del fenómeno en el Derecho de daños, aclarando la terminología, tras lo cual efectúa una revisión, somera pero acertada, de la jurisprudencia chilena sobre la reparación de los perjuicios morales, más correctamente llamados **extrapatrimoniales y personales**.

Declaro que disfruté especialmente leyendo la contribución de Susan Turner Saelzer. En particular, le agradezco dilucidar tantos conceptos, llegando más allá de los límites de su monografía para demostrar que la Constitucionalización del Derecho debe ser efectuada con el Derecho Civil y no prescindiendo de éste o en contra de sus elaboraciones dogmáticas. En otro rasgo encomiable del libro, advertirá el lector que la profesora Turner complementa lo expuesto por el profesor Aldunate a propósito del efecto de irradiación o reflejo, pues ilustra sobre la ponderación como método que el juez constitucional debe utilizar para lograr decisiones, balanceadas o de equilibrio justo, entre derechos esenciales en conflicto muchas veces sólo aparente y no real.

Análogamente interesante es el capítulo en que Juan Andrés Varas Braun demuestra la coherencia que existe entre la esencia de dominio, sus limitaciones y obligaciones a la luz del Derecho Civil, por un lado, y el enunciado de esos conceptos en la Constitución, más la función social de la propiedad, de otro. Culmina demostrando la armonía y complementación de tales disciplinas y cómo la tesis correcta consiste en, conjugarlas unificadas por los criterios matrices que hoy se encuentran articulados en el Código Fundamental.

Humberto Nogueira Alcalá, Alex Carocca y Andrés Bordalí Salamanca se refieren, desde ángulos distintos pero confluyentes, al proceso justo en la Constitución, los tratados internacionales y su incisión en los códigos de enjuiciamiento vigentes en Chile. La sistematización del profesor Nogueira ya es conocida y ha encontrado acogida en sentencias, incluso una muy reciente de la Corte de Alzada de Santiago²². Firme pero elevado en la crítica es el Sr. Carocca cuando analiza el texto escueto de los principios que la Carta Fundamental contiene en la materia. Andrés Bordalí, por último, deja de manifiesto que la Constitucionalización comentada no ha logrado aún penetrar en otros ámbitos legales del proceso debido, siendo notable la inconstitucionalidad por omisión en lo pertinente a la instauración de tribunales para conocer y decidir, con independencia, en el contencioso tributario.

V. INVESTIGACION ABIERTA

La lectura del libro que presento me llevó a plantearme diversas inquietudes, algunas de las cuales aparecen bosquejadas en sus páginas y otras escritas con el carácter de proposiciones, en sentido lógico, de los autores respectivos. Permítaseme resumir algunas sugerencias al respecto, las que entrego con el ánimo de incentivar estudios rigurosos adicionales en el tema del libro.

²² Consúltese *Gaceta Jurídica* N°286 (2004) y *IX Ius et Praxis* N°2 (2003).

3. Constitución de Valores

Así llama Antonio Baldassarre a la Carta Fundamental típica de nuestra época²³. Ella, que corresponde a los grandes Códigos Políticos de Italia, Alemania, Francia, España y a los que siguen su huella, no puede ser entendida, interpretada ni aplicada valiéndose de los cánones hermenéuticos que la dogmática de la ley estructuró como claves en la codificación del Derecho positivo. Por el contrario, es en la argumentación, persuasiva por los motivos que invoca, ponderada en el análisis balanceado de ellos y acuciosa en su justificación que, como escribe Alfonso García Figueroa²⁴, profesor en la Universidad de Castilla – La Mancha, se halla el método característico de la interpretación constitucional contemporánea.

Con base en tal argumentación se ha remozado la Ciencia del Derecho y se se desenvuelve un nuevo raciocinio jurídico. En este, el intérprete de la Constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental.

No se trata de eliminar de la hermenéutica constitucional las reglas que, como la exégesis, la subsunción y la resolución de antinomias, siguen siendo útiles en la interpretación de la legislación. Tampoco puede prescindirse de la lógica, los anales fidedignos y la comparación. Si, en cambio, la misión del jurista constitucional supone reconocer y obedecer a cuanto fluye de los valores, principios y normas articulados en la Carta Fundamental. Razonando en la línea de la argumentación ya descrita, ese jurista tiene que juzgar lo que es exclusivo de cada caso, de acuerdo a lo que debe ser según la Constitución y que ésta exige respetar.

²³ "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador): **Parlamento y Justicia Constitucional** (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 183 ss.

²⁴ "La Teoría del Derecho en Tiempos del Constitucionalismo", en Miguel Carbonell (editor), **Neoconstitucionalismo (s) cit.**, pp. 264 ss. En semejante sentido consultar Luis Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", en la obra colectiva recién citada, pp. 142 ss.

En la más de dos veces milenaria y hermosa Teoría de la Argumentación, originada en la Retórica de Aristóteles y explicada y defendida en la década de 1960 por Theodor Viehweg, Joseph Esser, Stephen Toulmin y Chaim Perelman, encontramos, por ende, la clave de la tarea que la Constitución exige cumplir por el juez constitucional. En esa argumentación queda incluida la ponderación o razonabilidad, con prioridad a las reglas hermenéuticas típicas de la codificación y en reemplazo de la subsunción positivista. Repito: no se trata de eliminar ni olvidar las reglas clásicas de la interpretación jurídica, pero sí de comprender que ellas son insuficientes o inadecuadas, sin más, para la hermenéutica constitucional.²⁵

4. Derecho Irradiante y Derecho Irradiado

En el Estado Constitucional de Derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Este es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la Constitucionalización del Derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias²⁶. Debe sin embargo, cuidarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado donde escribe que²⁷:

"Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos (...). Influyen en la interpretación del Derecho privado,

²⁵ Véase Fernando Quintana Bravo: "Discurso Político, Argumentación Jurídica y Justificación", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°9 (1991) pp. 143 ss.

²⁶ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, dictada el 15 de enero de 1958, reproducida en Jürgen Schwabe (compilador): *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Montevideo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003) p. 132.

²⁷ *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997) pp. 512, 516, 519, 520.

sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho privado siguen aplicándose (...). El juez debe examinar el Derecho privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias (...). No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales."

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el Derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al sentenciar lo que leo enseguida:

"Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho."²⁸

5. Derecho Constitucional Procesal

En esta nueva disciplina²⁹ estimo apremiante preocuparse de la sentencia constitucional, desde múltiples puntos de vista pero, con urgencia, en punto al efecto de irradiación u horizontal que lleva consigo.

En realidad, tales sentencias son de alcance necesariamente *erga omnes*, rasgo que obliga a evaluar la aplicación al ámbito de los derechos esenciales, de la concepción clásica plasmada en el artículo 3 del Código Civil. De éste, recuérdese, es característica medular la relatividad del casuismo decidido por fallos de la Judicatura común.

¿Cuán lejos o cercanos al precedente nos hallamos, entonces, con el efecto de irradiación de tales sentencias? ¿no es cierto, acaso, que el

²⁸ Id. nota 26.

²⁹ Consúltase Domingo García Belaúnde: **De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional** (Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2003). Del mismo autor, **Derecho Procesal Constitucional** (Bogotá, Ed. Ternis, 2001); y Juan Colombo Campbell: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional, "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", 2002 pp. 137 ss.

neoconstitucionalismo expresa una aproximación ostensible del constitucionalismo continental europeo y latinoamericano al homónimo norteamericano?³⁰ ¿responde nuestra inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales al viejo paradigma pro legalista? ¿es presagio alentador, en cambio, de la entronización del nuevo paradigma la reforma, aún en el Senado, que lleva consigo la derogación de la ley después que el Tribunal Constitucional la declare, en tres casos, sustantiva o formalmente insostenible ante el Código Político?

Más, como he dicho, la sentencia constitucional justifica investigaciones adicionales. Una de ellas estriba en que tal pronunciamiento no es más, ni principalmente, la obra de un legislador negativo, como la tipificó Hans Kelsen³¹. Antes y por el contrario, la defensa de la Constitución se realiza de diversas maneras y no sólo para eliminar preceptos, sean legales o reglamentarios, a raíz de resultar inconciliables con el Código Político.³²

6. Deferencia Razonada

Pertinente es subrayar, en la prosecución de tal orden de ideas, la deferencia razonada, la autocontención o la prudencia que debe demostrar el Tribunal Constitucional ante la competencia ejercida por los demás órganos fundamentales en el Estado democrático.³³

³⁰ Suscita optimismo y satisfacción constatar que la filosofía de John Locke en sus **Dos Tratados del Gobierno Civil** (1690) (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1963) pp. 153 ss., tan influyente en el constitucionalismo norteamericano, ha comenzado a reemplazar la doctrina de Hobbes, Rousseau y Hegel, entre otros.

³¹ "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", *cit.*, pp. 130 ss.

³² Helmut Simon: "La Jurisdicción Constitucional", en Ernest Benda *et al.*: **Manual de Derecho Constitucional** (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 834 ss.; y Horst Schömborn: "La Corte Constitucional Federal y la Protección Jurídica que Otorga el Sistema Judicial", **Ius et Praxis** N°1 (1998) pp. 11 ss.

³³ Véase Patricio Zapata Larraín: **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional** (Santiago, Biblioteca Americana de la Universidad Andrés Bello, 2002) pp. 69 ss.

Por consiguiente, sólo cuando el análisis del caso lleva, inexorablemente, a una conclusión reprobatoria de la ley o del acto administrativo controlado, entonces procede que sea declarado el vicio, que culmina en la nulidad de los preceptos respectivos. Pero el Tribunal tiene que razonar sobre la base, para mí opuesta a la desarrollada por Ronald Dworkin, que nunca un caso es idéntico a otro y que, por lo mismo, tampoco existen las respuestas universales y únicas, excluyentes y exclusivas.³⁴

7. Realce de la Magistratura

Cabe reforzar el rol de los jueces en el nuevo paradigma, doblegando los recelos que, con frecuencia, se levantan en contra de un hipotético activismo judicial. No es tampoco, reconozcámoslo, la certeza legítima el bien jurídico ganado por el formulismo legalista.

Planteo, en consecuencia, ayudar a la Magistratura explicándole su rol en el Estado Constitucional de Derecho y capacitándola en la argumentación, ponderada y razonada, de cada asunto o gestión que involucre la promoción y defensa de los derechos esenciales. Más todavía: resulta menester demostrarle que el Derecho puede adentrarse más en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente cuando los valores y principios constitucionales se irradian hacia todos los confines del régimen preceptivo.

En la sociedad pluralista de nuestro tiempo, es en ese plexo de valores, superiores y objetivos, que se halla la unidad o el consenso requeridos para preservar la integridad del sistema. En los jueces, superlativamente los magistrados constitucionales, recae la difícil misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto referido.

³⁴ **Los Derechos en Serio** (Barcelona, Ed. Ariel, 1989) pp. 209 ss.

El cambio es de gran envergadura y a las Facultades de Derecho incumbe darle impulso y canalización. Entre otros beneficios, ese esfuerzo redundará en el incremento de la seguridad jurídica.

8. Renovación de la Ley

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la Constitucionalización del Derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo qué proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo.

Más allá del respeto de la supremacía surge, sin embargo, la necesidad de revisar la naturaleza y funciones de la ley en la democracia contemporánea. Tal especie de norma jurídica sigue y continuará siendo indispensable para implementar los grandes parámetros constitucionales. A dicha conclusión evidente se agrega otra, cuyo significado me parece más problemático. Me refiero a que en la democracia actual la ley debe servir a la Sociedad Civil, a la persona y al Estado, no únicamente a este último, en la concreción de los derechos sociales o de la segunda generación. El principio de subsidiariedad, entonces, ha de ser paralelamente implementado y promovido con el principio de solidaridad social.

9. Democracia Continua

Termino realzando un mérito, pocas veces mencionado, de la Constitucionalización del Derecho. Me refiero a que, en dicho proceso, ha sido decisiva la Judicatura Constitucional la cual, impulsándolo, ha fortalecido la democracia.

Dominique Rousseau se percató de eso, denominando al fenómeno como la *democracia continua*³⁵, es decir, que aumenta la participación de la ciudadanía en el control diario de nuestros representantes y que lo hace a través del Derecho, esto es, pacíficamente.

Acudiendo a consideraciones sustantivas, se culmina así en lo que la sentencia siempre debe ser, o sea, que las partes y la comunidad, sin excepción, la hacen suya por ser irrefutable la legitimidad tanto del proceso que lleva a ella como del contenido de lo decidido³⁶. Alcanzar tan elevado y noble objetivo es también corroborar cuanto hemos realizado de la argumentación en la interpretación constitucional.

EPILOGO

Señor Presidente, y queridos amigos:

¡Ya es hora de terminar y despedirme!

¡Lo hago felicitando a la Universidad Austral de Chile y a su Facultad de Ciencias Jurídicas por la publicación del libro que he comentado!

Sólo espero que, después de oír mis reflexiones quede en todos Uds. la convicción que se trata de una obra valiosa, fruto maduro de la institución que la generó y de la cual, como es natural, confiamos que sigan resultando nuevos aportes, tan meritorios como este, para el despliegue del Estado Constitucional de Derecho en la Décima Región y en toda nuestra Patria.

³⁵ *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) p. 107.

³⁶ Véase Paul Ricoeur: *Lo Justo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 161 ss.