

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE



VISION DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

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

Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 41
Septiembre, 2004



VISION DEL
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

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

INTRODUCCION

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, recientemente fallecido. En el número monográfico de la Revista de Derecho de la Universidad Austral correspondiente al año 2001, puede ser consultada 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 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.

I. 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, que el cambio es un rasgo inherente al

¹ Véase "La Constitucionalización del Derecho". *Revista de Derecho Público* N° 59 (1996) pp. 50 ss. De relevancia es también Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux: *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit* (París, Económica, 1998).

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* N°1(1998) pp. 112 ss.; Alejandro Guzmán Brito: *El Derecho Privado Constitucional* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001); y Juan Carlos Ferrada Bórquez: *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004).

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 he 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 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. Me preocupa 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 época³.

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 su significado y el aporte que el nuevo constitucionalismo implica para el Derecho chileno.

Tiendo a seguir, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas⁴. 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.

³ Ultimamente han sido publicadas las monografías del autor que cito a continuación; “La Transformación del Derecho por el Nuevo Constitucionalismo”, XIV *Revista Societas* N°8 (2004) pp. 235 ss; y “Estado Constitucional de Derecho y Transformación del Ordenamiento Jurídico”, *Revista Actualidad Jurídica* N°10 (2004) pp. 43 ss.

⁴ **The Structure of the Scientific Revolutions** (Chicago, Chicago Univ. Press, 1971) 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. Revítese al respecto Real Academia Española: **II Diccionario de la Lengua Española** (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2001) p. 1675.

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 esenciales⁵.

Efectivamente, 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. Útil es reseñar algunos de tales rasgos para captar el calado del cambio que va dejando el neoconstitucionalismo⁶.

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 Bodin⁷; que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes⁸, 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 Montesquieu⁹, es decir, conformarse como seres inanimados que

⁵ Consúltense *De Cive* o *El Ciudadano* (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y (1650) *El Leviatán* (Madrid, Ed. Sarpe, 1999). Cf. Norberto Bobbio: "Hobbes y el Iusnaturalismo", en sus *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci* (Madrid, Ed. Debate, 1991) pp. 151 ss.

⁶ Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid, Ed. Trotta, 2003). (1578) *Los Seis Libros de la República* (Madrid, Ed. Aguilar, 1963). Consúltense Jean-Jacques Chevallier: *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 45 ss.; y Dmitri Georges Lavroff: *Les Grandes Etapes de la Pensée Politique* (París, Ed. Dalloz, 1999) pp. 226 ss.

⁸ *De Cive*, cit., pp. 196-197.

⁹ (1748) *El Espíritu de las Leyes* (México DF., Ed. Porrúa, 1971).

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 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.

Aunque incomparablemente menos traumática, al amparo del antiguo paradigma se instauró también la estatización del régimen económico y del sistema social, con la expansión del empresariado público y la sumisión de los grupos intermedios a la burocracia administrativa.

En idéntica línea de raciocinio situó la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, hasta el extremo de la deslegalización de asuntos importantes para la comunidad nacional. A través de leyes medidas,

como las llamó Karl Schmitt¹⁰ ¿qué seguridad jurídica o certeza legítima cabía, seriamente, esperar del ordenamiento jurídico?

Por eso, 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.¹¹

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 inalienable¹². El ciudadano y los grupos quedaban así 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 comentario¹³, permítaseme avanzar al segundo de los paradigmas que deseo bosquejar para comprender el fenómeno que analizo. 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

¹⁰ **Legalidad y Legitimidad** (Madrid, Ed. Aguilar, 1971) pp. 106 ss.

¹¹ Véase **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia** (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

¹² (1754) **El Contrato Social** (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1965) pp. 64 ss.

¹³ 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.

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**¹⁴, 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?

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

¹⁴ Consúltense Klaus Von Beyme: **Teoría Política de la Postmodernidad** (Madrid. Alianza Editorial. 1997).

de Constitucionalidad¹⁵. Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa ni 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.¹⁶

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 Krügger¹⁷ 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 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 mayorías¹⁸.

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

¹⁵ Louis Joseph Favoreu y Francisco Rubio Llorente: **El Bloque de Constitucionalidad** (Madrid, Ed. Civitas, 1996).

¹⁶ **Teoría del Estado** (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 243 ss.

¹⁷ Citado por Otto Bachof: **Jueces y Constitución** (Madrid, Ed. Civitas, 1994) p. 43.

¹⁸ 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. Véase también Carlos Santiago Nino: **La Constitución de la Democracia Deliberativa** (Barcelona, Ed. Gedisa, 1997) pp. 258 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.

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 consigo¹⁹.

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.²⁰

II. CONSTITUCIONALIZACION DEL NUEVO PARADIGMA

Riccardo Guastini define la constitucionalización del ordenamiento jurídico en los términos siguientes: "Un proceso de transformación de ese ordenamiento, al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales."²¹

Tal constitucionalización se halla también acertadamente descrita por el profesor Juan Carlos Ferrada en 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

¹⁹ Véase Luigi Ferrajoli: **Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil** (Madrid. Ed. Trotta. 1999).

²⁰ Véase Rainer Wahl y Joachim Wieland: "La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al *Bunderverfassungsgericht*". XVII **Revista Española de Derecho Constitucional** Nº51 (1997) pp. 15 ss.

²¹ "La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico. El Caso Italiano". en Miguel Carbonell (editor): **Neoconstitucionalismo (s)** (Madrid. Ed. Trotta. 2003) p. 49.



transforman en el eje central del sistema (...), irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas.²²

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.

Creo, sin embargo, necesario puntualizar 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, la interpenetración del orden jurídico interno con el internacional 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 Weber²³.

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, esto es, el gobierno por medio del Derecho y que se

²² *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, cit., p. 7.

²³ Véase *La Economía y Sociedad* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 60, 145 y 433.

impone a la voluntad de quienes detentan el poder. He aquí el fascinante proceso de la institucionalización del mando en la sociedad política.²⁴

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 distinguido²⁵ 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.

III. INVESTIGACION ABIERTA

He llegado a plantearme diversas inquietudes. Permítaseme resumir algunas sugerencias al respecto, las que entrego con el ánimo de incentivar estudios rigurosos adicionales en el tema de esta exposición.

3. Constitución de Valores

Así llama Antonio Baldassarre a la Carta Fundamental típica de nuestra época²⁶. 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

²⁴ Georges Burdeau: *IV Tratado de Ciencia Política* (México DF., UNAM, 1975) pp. 240 ss.

²⁵ Revisese 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.

²⁶ "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 183 ss.

motivos que invoca, ponderada en el análisis balanceado de ellos y acuciosa en su justificación que, como escribe Alfonso García Figueroa²⁷, profesor en la Universidad de Castilla – La Mancha, se halla el método característico de la interpretación constitucional contemporánea.

Con base en tal argumentación la Ciencia del Derecho ha sido remozada y se desenvuelve un nuevo raciocinio jurídico. En éste, el intérprete de la Constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre los derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental. De la teorización lógico-formal se avanza a la argumentación razonable y práctica, infundiendo vida al ordenamiento normativo.

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 práctica 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 respetar²⁸.

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

²⁷ “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.

²⁸ Armando S. Andruet (h): **Teoría General de la Argumentación Forense** (Córdoba, Ed. Alveroni, 2003) pp. 39 ss.

queda incluida la ponderación o razonabilidad, con prioridad a las reglas hermenéuticas típicas de la codificación y en reemplazo de la subsunción positivista²⁹. 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 contemporánea.³⁰

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 promisorias³¹. 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 advierte que³²:

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

²⁹ Consúltese Juan Cianciardo: **El Principio de Razonabilidad. Del Debido Proceso Sustantivo al Moderno Juicio de Proporcionalidad** (Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo de Palma, 2004).

³⁰ Véase Fernando Quintana Bravo: “Discurso Político. Argumentación Jurídica y Justificación”. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social** Nº9 (1991) pp. 143 ss.

³¹ 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.

³² **Teoría de los Derechos Fundamentales** (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997) pp. 512, 516, 519, 520.

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.”³³

Resumo mi tesis en el punto declarando que el sistema jurídico, en su totalidad, tiene ahora que ser concebido, interpretado y aplicado desde la Constitución y con subordinación al *ethos* o espíritu humanista que fluye de ella. Este proceso avanza pero lentamente y, a raíz de ello, subsisten numerosas disposiciones, en códigos, leyes y reglamentos, que son inconciliables con el nuevo constitucionalismo.

5. Derecho Constitucional Procesal

En esta nueva disciplina³⁴ 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.

³³ Id. nota 31.

³⁴ Consúltense 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.. como asimismo. *Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2004) pp. 7 ss.

De éste, recuérdese, es característica medular la relatividad del casuismo decidido por fallos de la Judicatura común³⁵.

¿Cuán lejos o cercanos al precedente nos hallamos, entonces, con el efecto de irradiación de tales sentencias? ¿no es cierto, acaso, que el neoconstitucionalismo expresa una aproximación ostensible del constitucionalismo continental europeo y latinoamericano al homónimo norteamericano?³⁶ ¿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 después de cuatro años, que lleva consigo la derogación de la ley una vez que el Tribunal Constitucional la declare, en tres sentencias, sustantiva o formalmente insostenible ante el Código Político?³⁷

Mas, 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 Kelsen³⁸. 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.³⁹

³⁵ Reiner Grote: "El Desarrollo Dinámico de la Preceptiva Constitucional por el Juez Constitucional en Alemania". *El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2004) pp. 139 ss.

³⁶ 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.

³⁷ Revíscase la serie de monografías sobre la competencia del Tribunal Constitucional y la correspondiente a la Corte Suprema, publicada en *IV Ius et Praxis* N°1 (1998) pp. 279 ss. Véase también Gastón Gómez Bernal: *La Jurisdicción Constitucional. Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad* (Universidad Diego Portales, Informe de Investigación N°19 del Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004).

³⁸ "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)". *cit.*, pp. 130 ss.

³⁹ Helmut Simon: "La Jurisdicción Constitucional", en Ernest Benda et al.: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 834 ss.; y Horst Schönbohn: "La Corte Constitucional Federal y la Protección Jurídica que Otorga el Sistema Judicial", *Ius et Praxis* N°1 (1998) pp. 11 ss.

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.⁴⁰

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.⁴¹

Aquí cabe también destacar las sentencias interpretativas, llamadas manipulativas por la doctrina italiana⁴², porque respetan el espíritu de la decisión normativa del autor de la disposición controlada, pero sujetándolo al **telos** de la Constitución, de modo que no puede ser entendido con un significado distinto⁴³.

⁴⁰ Véase Patricio Zapata Larrain: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago. Biblioteca Americana de la Universidad Andrés Bello. 2002) pp. 69 ss.

⁴¹ *Los Derechos en Serio* (Barcelona. Ed. Ariel. 1989) pp. 209 ss.

⁴² *El Diccionario de la Lengua*, preparado por la Real Academia Española (Madrid. Ed. Espasa – Calpe. 2001). en su T. II p. 1438 define el verbo **manipular** en su cuarta acepción y que es la aquí más pertinente. en los términos siguientes: “Intervenir con medios hábiles y a veces arteros en la política. en la sociedad. en el mercado. etc.. con frecuencia para servir los intereses propios o ajenos.” Obviamente. tal acepción resulta inconciliable con el espíritu de legitimidad que singulariza a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Por eso y en suma. cabe desestimar. para el objetivo explicado y en nuestro idioma. tan inadecuada expresión.

⁴³ Interesante es destacar que el Tribunal Constitucional de Chile ha dictado. recientemente. varias sentencias interpretativas con el objeto explicado. Por ejemplo. así sucede con el considerando 77º de la sentencia Rol Nº410; el considerando 17º de la sentencia Rol Nº417; y el considerando 17º de la sentencia Rol Nº420.

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. El argumento resulta ser, invariablemente, el mismo: la injerencia judicial en la realización de los valores y principios del constitucionalismo humanista conlleva niveles inaceptables de incertidumbre o inseguridad jurídica. Sin embargo, quedó demostrado ya en este ensayo que, el paradigma del Estado Legislador jamás generó ni consolidó, en la realidad, cotas apreciables de certeza legítima. No es tampoco, entonces, reconozcámoslo, tal certeza el bien jurídico ganado por el formulismo legalista.

Planteo, en consecuencia, ayudar a la Magistratura persuadiéndola de 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, en la cual la postura postmoderna aboga por la manifestación libre de todos los sentimientos, actitudes y opciones de vida de las minorías, es en el plexo de valores aludido, superiores y objetivos, que se halla la mejor y mayor posibilidad de unidad o el consenso requeridos para preservar la integridad del sistema. En los jueces, superlativamente los magistrados constitucionales, recae, con carácter preponderante, la difícil misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto referido.

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 que 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. Pero esto último no se impone desde arriba, autoritariamente, sino que fluye desde abajo y también en dimensión horizontal, merced a la educación en valores y a la práctica social del altruismo. La ley tiene, por ende, que abrir y fomentar los cauces y medios que permitan el fortalecimiento de la Sociedad Civil, su autonomía y compromiso con la solidaridad. Esto es hacer democracia efectiva y precaver la recaída en el paternalismo estatal, casi siempre populista⁴⁴.

⁴⁴ Revisese Alexis de Tocqueville: (1835) *La Democracia en América* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1963) pp. 58. 78 – 79.

9. Democracia Continua

Realzo 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**⁴⁵, 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 decidido⁴⁶. Acanzar tan elevado y noble objetivo es también corroborar cuanto hemos realizado de la argumentación, razonable y convincente, en la interpretación constitucional. Esto es forjar, fallo tras fallo, en especial los de naturaleza constitucional, el valor de la seguridad jurídica, concretamente y no sobre la base de supuestos incumplidos.

10. Universalización del Constitucionalismo

Termino manifestando mi esperanza en el futuro del nuevo paradigma que he descrito. Efectivamente, se advierte la convergencia entre el constitucionalismo europeo y el anglosajón, por sobre la aproximación de ambos, aunque acercándose más el primero al segundo. Nosotros, reitero, ojalá aprovechemos el beneficio de esa integración.

⁴⁵ **La Justicia Constitucional en Europa** (Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) p. 107.

⁴⁶ Véase Paul Ricoeur: **Lo Justo** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 161 ss.

De la convergencia aludida son secuelas alentadoras una visión más práctica del constitucionalismo; la dogmática reelaborada con base en esa dimensión concreta y funcional del Derecho; y la conciencia creciente en torno a un Derecho que no es iusnaturalismo a secas ni positivismo formalista puro⁴⁷. Así es, porque esas visiones opuestas van siendo reemplazadas por un valor en que todos los juristas hallan espacio para el entendimiento, quiero decir, el marco trazado por la dignidad y los derechos humanos, cuyo reconocimiento, protección y estímulo nos permite convivir en la democracia, pero enriquecida en su configuración según el nuevo constitucionalismo.

⁴⁷ Carlos José Errázuriz Mackenna: "Hans Kelsen. Una Crítica al Derecho Natural", *Revista Humanitas* N°34 (2004) pp. 217 ss.