

Justificación de la Constitución Política como premisa normativa*

PABLO FUENZALIDA CIFUENTES**

*Estudiante de Derecho
Universidad de Chile*

La constitución escrita pudo haberse formulado de mil modos, sin que los hechos tomaran otro rumbo que el que efectivamente tomaron, porque estos nacían de los antecedentes sociales y aquella fue un accidente pasajero. ¿Puede calificarse de otro modo una constitución que se saluda hoy con aclamaciones y juramentos para escupirse mañana?

Andrés Bello, *Constituciones*

La paradoja de la superfluidad de la Constitución implica afirmar lo que a primera vista parece una locura: que, a pesar de todas las invocaciones casi sacramentales a la Constitución; a pesar de todas las luchas —con sus héroes, mártires y villanos— que se emprendieron en diferentes contextos históricos y regiones en defensa de una Constitución (como en Caseros y Pavón); a pesar de las intuiciones compartidas de que una es, como se dijo en el apartado anterior citando a Alberdi, “la carta de navegación de un país”, sin la cual éste divaga sin rumbo; a pesar de la realidad material que presenta una Constitución y su proceso constituyente; a pesar de los méritos excelsos que una Constitución puede encerrar; a pesar de todo ello, cuando hacemos un análisis cuidadoso de cómo la Constitución opera en el producto final que todos esperan de ella (la justificación de una acción, decisión o institución en lugar de otra —p. ej., la libre expresión de ideas o de culto en lugar de la censura o la inquisición—) advertimos que, aparentemente, la Constitución no juega ningún papel relevante.

Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*

En este artículo nos proponemos abordar la interpretación constitucional, la cual se encuentra enmarcada en el fenómeno denominado constitucionalización del derecho. Para comprender dicho tema, primero explicaremos a través del concepto de potestad constituyente (I) de dónde emanaría la fuerza normativa de la Constitución. Luego, comprenderemos el fenómeno de la constitucionalización del derecho (II), desde una perspectiva mundial y nacional, para finalmente tratar el tema de la interpretación constitucional (III), con especial referencia a lo acontecido en Chile.

* Deseo agradecer a los profesores Claudia Schmidt, Rodrigo Correa y Pablo Ruiz-Tagle por sus comentarios a un primer borrador de este artículo, y en especial, al profesor Lucas Sierra, por haberme incentivado constantemente con este tema y por haberme permitido realizar una clase al respecto, así como las correcciones y referencias, en especial algunas sentencias del Tribunal Constitucional.

** Alumno de sexto semestre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

I. Potestad constituyente

El gran problema que nos plantea la potestad constituyente consiste en ser el primer poder regulador con el cual se establece la Constitución, base de todo el ordenamiento jurídico, en la cual se determinan los modos de creación de las normas jurídicas, potestades y contenidos con los cuales asentar un sistema jurídico; pero a la vez ser el único poder o la única potestad no regulada de todo el ordenamiento. Este conflicto paradójico generalmente ha sido resuelto atendiendo a la teoría política y a la ciencia política, lo cual muchas veces ha restado importancia oscureciendo el problema para su aproximación jurídica, llegando a poner en duda el que realmente sea una potestad. Para una teoría de la argumentación jurídica, este concepto no deja de ser importante desde el momento en que se habla de constitucionalización del derecho, interpretación constitucional, revisión judicial de la ley, efecto horizontal de los derechos fundamentales, irradiación de los derechos fundamentales, etc., ya que al no poder dilucidar realmente si es o no una potestad, y si es o no legítima, se utilizan criterios procedimentales de validez en el razonamiento jurídico, sin poder considerarlos de manera clara como válidos. Por lo que intentaremos en esta sección entregar algunas pautas sobre la importancia de dicha potestad y su fundamentación, la cual directamente ha influido en la hermenéutica constitucional.

I.1. *La Constitución*

Uno de los fines de las revoluciones inspiradas en la Ilustración era limitar al poder monacal, lo que, por lo menos en la tradición jurídica continental, se logró a través de un nuevo tipo de derecho influido por ideas como derechos naturales seculares, la separación de poderes, el antifeudalismo, el racionalismo, el liberalismo, el estatismo y el nacionalismo, denominándolo derecho público, del cual brotaron numerosas instituciones y conceptos inéditos a la fecha de 1776, año de la primera Constitución escrita del mundo, la Constitución de Filadelfia, en Estados Unidos. De aquí que su origen sea absolutamente moderno sin raíces profundas ni en la era romana ni en la Edad Media¹, ya que su objetivo fue estructurar el Estado y delimitarlo en forma clara, no atendiendo a leyes naturales derivadas de Dios. Debido a la influencia del iusnaturalismo racional secular, se buscó establecer una norma que justificara y limitara a la vez el poder estatal, que dicha norma fuera la principal de todo ordenamiento jurídico, la cual fue denominada Constitución. Pero el problema con dicha norma se debió a su origen, debido a que su creación fue producto de procesos históricos y políticos determinados, sin utilizar un procedimiento regulado previamente, lo cual para una teoría del derecho no deja de plantearnos dilemas respecto al origen de su validez, y por ende de su fuerza normativa. Por eso, antes de ahondar en dicho conflicto, comenzaremos por entender desde un punto normativo qué es una Constitución.

En un sentido material, se ha entendido por Constitución "*el conjunto de normas fundamentales que regulan la configuración y los modos [de] actuación del estado, así como los derechos fundamen-*

¹ Merryman (1989: 38-45).

tales de los individuos"². Dicha norma, por regla general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se encuentra explícitamente determinada en un texto autoritativo, lo que se entiende como su variante formal (la Carta Fundamental). Un caso excepcional lo encontramos en Inglaterra, donde pese a no tener Constitución escrita, las instituciones conocen sus potestades y límites, así como los individuos sus derechos fundamentales, por lo que se habla de la Constitución como una práctica jurídicamente reconocida.

I.2. ¿Quién establece la Constitución?

Al hablar de poder o potestad, en un ordenamiento jurídico se nos plantean las siguientes preguntas: ¿Quién(es) es(son) su(s) titular(es)?, ¿cuáles son sus competencias específicas?, ¿bajo qué procedimientos actúa dicho poder?, ¿cuáles son sus límites? Respondiendo a la segunda de estas interrogantes, corrientemente se ha entendido que la Constitución ha sido establecida por la potestad constituyente o poder constituyente, entendido como "*aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez*"³. Lo que se busca a través de las restantes preguntas es encontrar la forma en la cual quienes se manifestaron como dicha magnitud y fuerza política elemental perseveren en lo manifestado y creado en un determinado momento histórico. Dicho de otra forma, que la Constitución mantenga su legitimidad no sólo al momento de su génesis, sino a lo largo de toda su existencia, distanciándose de dicho momento generalmente revolucionario⁴.

Una primera aproximación consistiría en suponer que existe una norma fundamental⁵, la cual no ha sido creada según algún procedimiento jurídico, que nos permitiría considerar al derecho como un conjunto de normas válidas, que se fundamentan en normas de superior jerarquía, las cuales establecen cómo crear a las normas de inferior jerarquía. Aplicada esta hipótesis al problema de la validez de la Constitución, supondría remontarse hasta el establecimiento de la primera Constitución histórica de un Estado determinado, la cual sería válida por esta suposición. Como Kelsen afirma, este ejercicio teórico sería sólo la constatación de una "*operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos*"⁶. Y, aunque para Kelsen sólo constituye una constatación típica y común propia de los juristas, la validez de dicha norma no resulta de dicha hipótesis científica, sino que, como él mismo afirma, una norma es válida si ha sido establecida conforme a reglas que establecen un procedimiento determinado para su creación⁷, lo cual no corresponde a este caso ya que la creación de dicha primera Constitución ha correspondido

² Bascañán (1998: 22)

³ Böckenförde (1986: 163). Bascañán define potestad constituyente como "*la atribución de establecer normas constitucionales, es decir, normas detentadoras del máximo rango jerárquico dentro del sistema jurídico*". *Ibidem*, 22.

⁴ Böckenförde, ob. cit., 168.

⁵ Para esto nos remitimos al clásico libro de Hans Kelsen *Teoría pura del derecho* (1987: 135-145).

⁶ *Ibidem*, 139-140.

⁷ *Ibidem*, 136-137.

históricamente a procesos generalmente revolucionarios, por lo tanto ausentes de derecho, los cuales han sido realmente los que han validado el orden constitucional establecido. Si es así, la afirmación de Kelsen de que *"Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también"*⁸, no puede ser respondida por la teoría del derecho sin dificultades y contradicciones.

Sobre esta pregunta, la de que corresponde a determinar la titularidad de la potestad constituyente, una segunda aproximación para responderla es dada en el primer caso de control constitucional o de revisión judicial de la ley en la historia, *Marbury vs Madison*:

"La base sobre la que se erige la totalidad del edificio americano se encuentra en la idea de que el pueblo tiene un derecho originario de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho originario supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y, puesto que la autoridad de la que proceden es suprema, y sólo ocasionalmente se manifiesta, están destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede detenerse aquí, o bien, fijar, además, límites que tales poderes no podrán transgredir" (Traducido por Varela, 1998: 92).

La solución que plantea el fallo es propia de la teoría política, la cual consiste en distinguir entre un poder originario o potestad constituyente originaria o en sentido propio, y un poder constituido o potestad constituyente derivada. La segunda no trae mayores problemas ya que consiste en la potestad establecida en la Constitución, la cual se encuentra reglamentada y con la cual se puede crear, modificar y derogar nuevas normas constitucionales atendiendo a los procedimientos debidamente establecidos en ella. Respecto a la potestad constituyente originaria, la solución no es una solución jurídicamente aceptable, pero sí lo es desde un punto de vista político, dado que la potestad constituyente originaria otorgaría en un principio legitimidad a la Constitución, en este caso, a la primera Constitución histórica. Al atender a contextos históricos, el sujeto histórico que tendría dicha titularidad sería el pueblo⁹. Pero dicho

⁸ *Ibidem*, 145.

⁹ He aquí otro problema, la indeterminación jurídica del titular de una potestad. ¿Puede el derecho aceptar que una potestad sea establecida por un titular indeterminado o no determinado con anterioridad al poder que va a ejercer? Como distingue Böckenförde, se podría entender pueblo, a nuestro entender mínimamente, en tres variables o tipos: en sentido político, como nación, o sea, un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política; como un determinado grupo o estrato social que exista en el pueblo, pero que sólo representa al pueblo político; y desde una perspectiva marxista, el poder constituyente le correspondería al proletariado. Ob. cit., 165-166. Observando este problema en Chile, el titular de la potestad constituyente originaria lo podemos encasillar en el segundo caso, pero sólo teóricamente. Además, el tema no deja de ser jurídicamente irrelevante, ya que si es el "pueblo" el titular de la soberanía, como dice la Constitución al establecer que será éste quien la ejerza, con respecto al tema indígena en Chile, se dio esta discusión a nivel del Tribunal Constitucional, respecto a la aprobación, y posterior requerimiento de un grupo de diputados para que se declarara inconstitucional el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En el considerando 34°, el Tribunal Constitucional falló: *"Que como puede apreciarse lo medular en esta inconstitucionalidad está en determinar el significado que debemos entender de el Convenio N° 169 a la expresión "pueblos indígenas", ya que si comparte la tesis de los requirentes, en orden a que a dicha expresión debe dársele el alcance que ellos le atribuyen, es indudable que el Convenio sería inconstitucional, pues se estaría creando una especie de nuevo Estado dentro del Estado de Chile. Si, por el contrario, se acepta la tesis sostenida por el Presidente de la República en el sentido que la expresión en estudio está tomada como un conjunto de personas de un lugar o país que no están dotadas de potestades públicas y que gozan de determinados derechos que se encuadran dentro de*

actor, debido a su magnitud y fuerza política, una vez que ha actuado, va a seguir estando ahí presente. De aquí entonces la necesidad de canalizar jurídicamente dicha magnitud, que en una primera respuesta la encontramos en la potestad derivada o poder constituido que acabamos de ver, con la cual se reforzarían tres aspectos¹⁰: se reforzaría la validez normativa de la Constitución, al someter estos poderes constituidos a la misma; se reconocería la necesidad y existencia de un poder legitimador supremo; y se restringiría la capacidad de esta magnitud política para intervenir en cualquier momento sobre la Constitución legitimada por él.

Una segunda posibilidad, que plantea Böckenförde (1986: 170-172), es buscar que por medio del desarrollo y prácticas de procedimientos democráticos se puedan articular las manifestaciones de dicho poder constituyente. Esto está directamente vinculado con la idea de democracia *dualista*¹¹. Este concepto busca explicar que en una democracia existirían dos grandes ocasiones en la vida política de una nación o pueblo: uno, llamado *momento constitucional*, en el cual la gente interviene de forma más directa en el ordenamiento jurídico; otro, llamado *momento normal o de legislación normal*, en el cual el pueblo se manifiesta a través de la participación canalizada ordinariamente a través de las urnas, delegando su “potestad” en representantes. El primer caso es descrito por Ackerman como “*dar a sus gobernantes órdenes de movilización*”. Estos “*momentos constitucionales*”, como los llama este autor, serían aquellos donde el pueblo realmente ejercería el poder constituyente, en contraste con los momentos de vida política ordinaria, donde será el poder delegado el que representará al pueblo. Para canalizar estos momentos constitucionales, Böckenförde constata cuatro procedimientos: a través de una Asamblea Nacional constituyente, conformada por medio de elecciones democráticas; convocar o elegir democráticamente una Convención que elabore un texto constitucional, el cual como proyecto se somete a plebiscito; una votación general del pueblo sobre una propuesta de reforma o la nueva elaboración de una Constitución jurídica, que partiría desde alguno de los órganos del Estado o de un número determinado de ciudadanos, lo que se conoce como iniciativa popular; y un cuarto procedimiento, donde también hay una votación general del pueblo, pero lo que es plebiscitado finalmente es una propuesta unilateral de un nuevo orden y que es propuesta por regla general por los gobernantes de ese momento, en la mayoría de los casos *de facto*, la cual genera cierto escepticismo y dudas respecto a su legalidad¹². Para Ackerman, en cambio, la forma de conservar dicha magnitud política es a través

la Carta Fundamental, resulta igualmente indudable, que el Convenio N° 169 no es inconstitucional”. Más adelante, el Tribunal define pueblos indígenas como “*un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado*”, considerando 44°. Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309.

¹⁰ Böckenförde, ob. cit., 170.

¹¹ Ackerman (1999: 150-151).

¹² Nos parece interesante este punto, ya que la historia constitucional chilena refleja que el ejercicio de la potestad constituyente originaria ha sido siempre enmarcada en el último procedimiento, por regla general, donde siempre es una minoría, generalmente *de facto*, que propone una carta constitucional, y donde el plebiscito donde ella es ratificada denota excesivas irregularidades. En el caso de la Constitución de 1980, dicho plebiscito fue realizado sin registros electorales, sin libertad de prensa, permitiendo un solo acto público de la oposición en el Teatro Caupolicán. Además, el texto fue propuesto por la Junta de Gobierno, la cual encomendó la preparación de dicho texto autoritativo a una comisión de estudios, integrada por académicos designados. El texto final aún no sabemos quién lo redactó. Sobre el proceso de redacción y posterior ratificación plebiscitaria de nuestra actual Constitución, ver Huneus (2000: 228-245).

del control constitucional ejercido sobre los representantes y las normas que ellos crean, como una forma de mantener las órdenes que el pueblo directamente le ha dictado a sus representantes, como soberano. En el caso que los representantes intenten salirse de dicho mandato, los órganos encargados de controlar que las actuaciones de los órganos legislativo y ejecutivo, por regla general, respeten la Constitución, velarán por mantener incólume la voluntad soberana del pueblo¹³.

I.3. ¿Está limitada la potestad constituyente?

Queda intentar responder el problema de si dicha potestad tiene límites y cuáles serían aquellos. Un poder no regulado con anterioridad a su ejercicio no tendría límite alguno, que sea realmente exigible a través de un procedimiento a la vez preconstituido. Se podría intentar establecerle límites impuestos desde afuera del ordenamiento derivados del derecho natural, o como límites internos a esa potestad, los que se traducirían en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Nuestra Constitución establece como límite al ejercicio de la soberanía “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inc. 2°). Pero, aunque expresamente el texto constitucional reconozca límites, no es real garantía de los mismos si dicho precepto puede ser modificado, aunque su quórum sea altísimo¹⁴. Se podría afirmar, junto a Bascuñán (1998: 31), que dicho límite sería una “condición de validez del ejercicio de toda potestad estatal”, pero el mismo autor coincide al señalar que en caso de modificación del artículo respectivo, aunque nos encontraríamos ante un “ejercicio abusivo de la potestad constituyente”, y que dicho abuso no podría ser considerado como un ejercicio válido de la misma, no es posible garantizar dichos límites de manera procedimental. Por lo tanto, desde una lectura jurídica, dicho límite no es tal al poder ser derogado; pero desde una perspectiva política, el precepto antes transcrito cumple otra función: “declara que ciertos bienes son tan fundamentales que su compromiso pone en riesgo la identidad de la comunidad política”¹⁵. Y que por lo tanto, siguiendo esta tesis, los únicos garantes del cumplimiento de dichos límites sería la acción de cada uno, que colectivamente se presenta a través de la acción política¹⁶. Por lo

¹³ Este punto no sólo es interesante desde un punto de vista teórico, sino que sobre todo desde una perspectiva práctica los órganos que velan por la constitucionalidad de las actuaciones de los otros órganos podrían estar ejerciendo la potestad constituyente originaria, sobre todo en el caso de los Tribunales Constitucionales, que debido a su forma de organización y facultades podría entenderse que estarían por sobre la misma Constitución. En nuestro sistema constitucional se ha dicho que este es el caso del control de constitucionalidad de los tratados internacionales, tema de por sí delicado, debido a la “pobreza institucional” de nuestra Constitución en dichas materias, por lo que nuestro Tribunal Constitucional ante los requerimientos sobre cuestiones de constitucionalidad de dichas normas ha “tenido que avanzar en” tierra virgen” para abrir senderos, como no ha sucedido con ningún otro asunto ante dicho órgano. En estos fallos, el Tribunal Constitucional ha tenido que llenar vacíos y resolver problemas que ni siquiera la doctrina había formulado. Por lo mismo, ha estado al borde de pasar de “guardián” del poder constituyente, a poder constituyente”. Carmona (2001: 67).

¹⁴ Respecto a las reformas constitucionales, nuestra actual Constitución reconoce dos quórumos diferentes dependiendo si recaen sobre distintos capítulos de la misma norma. La regla general es que dicho quórum consista en las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Y si recae sobre los capítulos I, III, X, XI, XIV, se requiere de dos tercios de los diputados y senadores, actualmente en ejercicio. Para el caso del artículo 5°, este último sería el quórum correspondiente. Ver artículo 116 de la Constitución.

¹⁵ Atria (2001: 18). Para este autor, lo que intenta el artículo 5° de la Constitución es pre-legitimar el derecho de rebelión.

¹⁶ Ídem, 19.

tanto, probablemente sea esto lo que vuelve a este concepto un concepto límite dentro de una teoría del derecho, el cual demuestra la incompletitud del sistema al considerar que sólo puede limitarse vía autorreflexión del mismo, en términos habermasianos, para poder llegar a un autocontrol¹⁷.

Al hablar de acción política, necesariamente debemos recurrir a la herencia cultural y espiritual incorporada en la nación, lo que en el plano normativo es concebido como los valores, los cuales no contribuyen a la estabilización de este problema, porque no permiten fundamentar desde sí mismos el consenso básico anteriormente referido¹⁸. Y éste es un problema que se presenta en la justicia constitucional constantemente, al recurrir a estos valores como premisas de argumentación jurídica.

II. Constitucionalización del Derecho

Cuando hablamos de constitucionalización del derecho nos estamos refiriendo, en términos simples, a que “*el derecho común [...] se encuentra ahora limitado por esta técnica de derechos fuertes*”¹⁹, constitucionalmente reconocidos. Esta concepción de que la Constitución deja de ser sólo una forma de organización de los poderes del Estado, para dar paso a ser concebida como norma del ordenamiento jurídico, norma que a su vez es la fundante del mismo, y de la cual emanan derechos y obligaciones directamente operativos, podríamos considerarla como un nuevo paradigma jurídico²⁰.

Aunque para Estados Unidos este es un fenómeno de larga data en su sistema constitucional, para la mayoría de los países este es un proceso bastante más cercano, posterior a la Segunda Guerra Mundial. Por las atrocidades producidas tanto en el período entre guerras en el contexto de los regímenes autoritarios y totalitarios como durante la guerra y lo que se conoció como el Holocausto, en diciembre de 1948 fue adoptada por unanimidad de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la resolución conocida como *Declaración Universal de Derechos Humanos*. El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, fue promover y potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales²¹. Desde el punto de vista normativo, y en particular de uno constitucional, esto se debió al fracaso del modelo mecanicista de Constitución, en el cual los derechos estaban garantizados por garantías internas, en particular la separación de poderes, la cual era concebida como garantía suficiente²². Como método de análisis las respuestas a los conflictos

¹⁷ Habermas (1988: 315).

¹⁸ Böckenförde, ob. cit., 180.

¹⁹ Peña (1995: 347).

²⁰ Rivera (1994: 32). A su vez distingue tres tipos de eficacias de las normas constitucionales: eficacia directa, eficacia derogatoria y eficacia interpretativa; 38-41.

²¹ Así Ackerman, ob. cit., 159: “Desde la Segunda Guerra Mundial, ha habido un esfuerzo creciente por *positivizar* los derechos fundamentales desarrollados por la tradición liberal, por traducir las conclusiones de la filosofía política liberal en derecho por medio de actos de voluntad política. Si bien la declaración de las Naciones Unidas fue importante para la inauguración de este proceso, no menos lo han sido una serie de iniciativas políticas regionales que han hecho de la protección de los derechos fundamentales una parte fundamental de sistemas jurídicos operativos”. Las cursivas son del original.

²² Troper (1999: 332-335).

constitucionales estaban determinadas por saber cuáles eran las constricciones —sobre todo jurídicas— que pesaban sobre los diversos actores²³. De ahí la necesidad de que la Constitución fuera no sólo la ingeniería del régimen político, sino que fuera concebida como una norma eficaz, que garantizara los derechos reconocidos en ella.

Esta necesidad de que la Constitución se sobrepusiera al gobierno de turno llevó al modelo normativo de Constitución, el cual estaría compuesto de dos elementos: “*la claridad y la precisión de los textos, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; la consciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales*”²⁴. Pero lo que realmente caracteriza y da un vuelco trascendental a la concepción que se tenía hasta ese momento de las constituciones fue la creación de controles constitucionales, generalmente a través de tribunales constitucionales de jurisdicción especial, que en conjunto con los puntos anteriores conformaron verdaderas garantías externas a la Constitución²⁵. De aquí se deriva un cambio en la respuesta a por qué la Constitución prima sobre las demás normas. Cuando vimos la potestad constituyente pudimos notar que dicha obligación no estaba establecida en ninguna norma; la supremacía constitucional no provenía de una norma anterior y superior a ésta. En cambio, en el modelo normativo es precisamente este control el que crea la supremacía constitucional, y no viceversa²⁶. El argumento para justificar el control de constitucionalidad de las leyes era el siguiente: “*el principio de constitucionalidad es idéntico al principio de legalidad y, de la misma forma que el reglamento es ejecución de la ley, la ley es ejecución de la Constitución. Si hay que controlar la legalidad de los reglamentos, hay que controlar asimismo la constitucionalidad de las leyes*”²⁷. Todo esto trajo como consecuencia que el derecho adquiriera carácter jerarquizado, carácter siempre graficado con la pirámide de Kelsen.

Otra faceta de este proceso tiene que ver con el paso de una concepción de derechos constitucionales de carácter individual concebidos como cartas de triunfo a lo Dworkin, que pueden oponerse en contra de la intervención del Estado y los poderes públicos, a una consistente en derechos a algo a lo Alexy, donde precisamente se requiere de una intervención estatal para lograr dicha prestación. Esto se debe al cambio económico que se produce después del fracaso del liberalismo económico decimonónico, en conjunto al fracaso de la concepción de Estado Gendarme el cual sólo intervenía para solucionar conflictos, lo que llevó a transformar el rol del Estado pasando a lo que se conoce como Estado Social, con el cual, para poder soslayar la crisis económica, tuvo que participar activamente interviniendo en la actividad económica, la cual hasta ese entonces era un área exclusiva del mundo privado. Constitucionalmente, esto se reflejó en los llamados derechos sociales, como los de sindicalización,

²³ *Ídem*, 336.

²⁴ *Ídem*, 337. En el primer aspecto discrepamos con Troper, ya que la Constitución, como veremos con más detalle más adelante al tratar la interpretación constitucional, contiene términos ampliamente valorativos, los cuales muchas veces no permiten conocer con claridad cuáles son las obligaciones ni los derechos a los que estamos sometidos y podemos someter u obligar, respectivamente.

²⁵ Antes de los tribunales constitucionales, en la tradición continental, se intentó crear jurados constitucionales. En el caso de Francia, fue una creación del abate Sieyès, que buscaba impedir las violaciones a la Constitución, lo que fue rechazado en su tiempo. *Ídem*, 335. En el caso estadounidense, los jurados tenían la facultad de revisión judicial, los cuales incluso eran concebidos como una real escuela cívica. Ver Amar (1998: 98-104).

²⁶ Troper, ob. cit., 338.

²⁷ *Ídem*, 343.

salud, educación, en los cuales al Estado le correspondía o un papel principal o uno de gestor de riesgos respecto de dichas actividades a través de subvenciones u otros incentivos.

Además, los derechos fundamentales, concebidos originalmente para tener eficacia vertical, en las relaciones Estado-individuo, donde *“la esencia del problema constitucional, [...] consistía en armonizar al Estado, con su autoridad y, al individuo, con su libertad”*²⁸, hoy en día se les reconoce eficacia horizontal, fenómeno denominado *drittwirkung*, entendido como la *“eficacia directa de las reglas constitucionales en el tráfico privado”*²⁹.

Ante la mayor importancia que adquirieron los derechos fundamentales, se volvió necesario para darles mayor eficacia en la vida práctica adoptar medidas tendientes a garantizarlos. Principalmente, esto ha sido recogido en las diversas constituciones del mundo de la siguiente forma: primero, a través de la consagración de ciertos derechos subjetivos anteriormente propios del derecho común, tanto privado como público (procesal, penal, administrativo), los que a su vez orientan las normas infraconstitucionales tanto en su aplicación como en su creación como mandatos de optimización tanto para el legislador como para el aplicador del derecho³⁰; y segundo, al establecer la posibilidad procesal de hacer efectivos dichos derechos a través de recursos expresamente instituidos como garantías jurisdiccionales. Es este aspecto el que principalmente nos interesa destacar, ya que en materia de interpretación constitucional la judicatura, en la práctica, posee mayor libertad y discrecionalidad al momento de adjudicación de la norma aplicable. Al respecto se ha señalado que *“en la interpretación constitucional, tanto los casos como las reglas de derecho que se usan para solucionarlos, son sumamente abiertos en cuanto a su definición. Por eso el juez con poder de interpretación constitucional es tremendamente libre y discrecional en sus resoluciones”*³¹.

La gran discrecionalidad judicial que se le confiere a la judicatura en materia de interpretación judicial constitucional ha traído como consecuencias que, por una parte, las minorías no sean aplastadas por las mayorías, lo que nos lleva a considerar que *“los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”*³², y por otra, a los problemas de concebir a los jueces no sólo como una objeción contramayoritaria al juego democrático, sino como una anomalía democrática propiamente tal, y al fenómeno que se conoce como activismo judicial, donde las líneas entre derecho y política se desdibujan fácilmente.

A grandes rasgos, en esto consiste el fenómeno de la constitucionalización del derecho. Ahora pasaremos a ver cómo este fenómeno ha penetrado en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁸ Amunátegui (1956: 303). Ya Hume había notado esto de manera magistral cuando señalaba que *“En todos los gobiernos se da una perpetua lucha intestina, abierta o secreta, entre autoridad y libertad, y en esta competencia ninguna de las dos puede prevalecer de modo absoluto. Todo gobierno ha de hacer necesariamente un gran sacrificio de la libertad; pero la autoridad que limita la libertad no puede nunca, ni quizá debe, en ninguna Constitución, llegar a ser total e incontrolable”*. Citado en Chuaqui (1998: 387).

²⁹ Peña, ob. cit.

³⁰ Sobre este aspecto volveremos más adelante al tratar la interpretación constitucional.

³¹ Ruiz-Tagle, Pablo (2002: 104).

³² Ferrajoli, ob. cit., 54. Cursivas en el original.

II.1. *Constitucionalización del derecho en Chile*

Siguiendo a Carlos Peña (s/f:154-157), se pueden distinguir tres etapas de este fenómeno: una primera etapa donde los derechos constitucionales funcionan como prohibiciones para el legislador y como una forma para los particulares de incidir negativamente en la producción de normas generales que deben respetar el contenido material de la norma constitucional. A esta etapa se vinculan temas como la supremacía constitucional y lo que se conoce como *judicial review* o revisión judicial. Una segunda etapa, que se conoce como *Drittwirkung*, en la cual las normas constitucionales se conciben como fuente genuina de derechos para los particulares, los cuales serían directamente vinculantes respecto a sus relaciones y negocios privados y, obviamente, para los poderes públicos³³. La tercera etapa consiste en aquella en la cual la Constitución adquiere eficacia procesal directa, donde los particulares pueden esgrimir solamente la Constitución para solicitar tutela judicial efectiva. Y podríamos agregar una cuarta etapa, la cual sería una extensión de la última a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales se incorporarían al ordenamiento jurídico atendiendo la redacción del artículo 5° inciso 2° que establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Este artículo ha venido a modificar las concepciones que se tenían del derecho y de los derechos fundamentales hasta ese momento, sobre todo respecto al tema de las fuentes del derecho, lo que ha traído como consecuencia que se haya discutido latamente por la dogmática nacional en dónde posicionarlos: si son supraconstitucionales, infraconstitucionales pero supraleales, o simplemente legales, y si esta jerarquía corresponde a los tratados o a los derechos consagrados en los mismos.

El gran problema respecto a estas etapas acerca de nuestro derecho está en que las mismas en el derecho comparado han sido fruto de la evolución jurisprudencial y dogmática; pero en nuestro país de la primera etapa habríamos saltado a las dos últimas. Esto debido a razones de técnica legislativa, mejor dicho, constitucional. Antes del establecimiento del recurso de protección de la Constitución de 1980, el único recurso procesal establecido para aplicar dicha normativa era el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Durante el siglo XIX, quien velaba por la supremacía de la Constitución, como vimos anteriormente, era exclusivamente el órgano legislativo, quien interpretaba y fijaba el sentido de la normativa constitucional. Durante la Constitución de 1833 los tribunales no poseían atribución expresa que los autorizara a controlar la constitucionalidad de las leyes³⁴. En 1867 se dio un primer cambio de esta situación, ya que a través de una circular dirigida a las Cortes de Apelaciones se les encomendó el dar preferencia a la Constitución en un caso donde la legislación ordinaria estuviera en pugna con ella. Luego, con la Constitución de 1925, se estableció que sería la Corte Suprema la que tendría la potestad de declarar inconstitucional las leyes, tanto en un

³³ Peña aclara esta etapa con un ejemplo propio de la esfera contractual: la Constitución sería parte constitutiva de un contrato, por lo que sería una limitación a la autonomía de la voluntad.

³⁴ Verdugo (1999: 246, 1).

juicio de su conocimiento como en uno ventilado ante otro tribunal. Además, se estableció que el alcance de dicha resolución se limitaba al caso particular³⁵. El fundamento de la inaplicabilidad se encuentra en la idea de la estructura jerárquica del sistema jurídico, y “*por eso se limita a asegurar la conformidad con la Constitución de las reglas producidas por el Estado, principalmente por el legislador. Lo que a través del recurso de inaplicabilidad la Corte hace, es declarar la incompatibilidad de una regla (usualmente de rango legal) con otra contenida en la Constitución. Al ser ambas incompatibles, la Corte solo ordena al tribunal que está conociendo del caso que ignore la regla cuya inconstitucionalidad ha sido declarada*”³⁶.

Hasta antes de la incorporación del recurso de protección, según Fernando Atria (2001b: 125-128), el recurso de inaplicabilidad estaba controlado por una autoconcepción judicial deferente hacia los órganos políticos. En otras palabras, la Corte intentaba evitar, de manera intuitiva, el adoptar una medida que debido al fondo del asunto controvertido implicaba una verdadera decisión política. Dichas decisiones debido a su gran envergadura le corresponden al legislador, no sólo por ser el órgano más representativo por excelencia, sino que en especial porque sus miembros son responsables por el contenido de sus decisiones. Este no es el caso de los jueces, quienes se presentan como una opción contramayoritaria y generalmente gozan de mayor irresponsabilidad, además de ser inamovibles. El problema con este tipo de interpretación consistió en no haber establecido ciertos esquemas para llevarla a cabo, sobre todo respecto a su procedencia y límites. La gran disyuntiva se planteó no en los casos en que el legislador hubiera violado el contenido de la Constitución en forma evidente, donde la Corte era llamada a restablecer la supremacía constitucional, sino que en aquellos casos en que el legislador la entendió e interpretó de una manera particular permitiéndole adoptar, conforme a dicha interpretación, decisiones políticas de real envergadura con el fin de reflejar en la legislación ordinaria el contenido de dicha normativa, sin llegar a entenderse como una infracción manifiesta a la Carta Fundamental.

Con la introducción del recurso de protección con el Acta Constitucional N° 3 (1977), cambió esta concepción del rol otorgado a los tribunales, en este caso, de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Como afirma Atria, “*el juez de protección... [es] uno que conoce de un caso concreto, que requiere de las autoridades recurridas informes, y que decide pudiendo ordenar a una autoridad (usualmente pública) que esta haga o deje de hacer algo. [...] el juez de protección es concebido como fiscalizador constante de las acciones de los órganos del Estado vis-à-vis los derechos de las personas*”³⁷.

Este salto que se ha producido en nuestra práctica constitucional no ha sido del todo satisfactorio, ya que ha producido la desnaturalización del derecho de propiedad extendiéndose a todos o casi todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en el sentido de que se reclama poseer el “dominio” sobre tal o cual derecho, con lo que no sólo se desnaturaliza el fin del recurso de protección, cual es garantizar las libertades individuales ante la arbitrariedad (protección e inmunidad que sólo es posible por la vía de acciones constitucionales, sin las cuales carecerían de significado legal y político ante personas privadas o al

³⁵ *Ibidem*, 247.

³⁶ Atria (2000b: 125).

³⁷ Atria (2000b: 129).

gobierno)³⁸, sino que al extenderse dicha acción constitucional a derechos que necesariamente están sujetos a valoraciones políticas se va en camino a una inflación de derechos con la cual se *"tiende a subvertir las relaciones funcionales entre los poderes del Estado, porque los jueces pasan crecientemente a tomar decisiones que tienen efectos presupuestarios, especialmente si se traspasa un delicado umbral en que la satisfacción de bienes públicos o la definición de porciones distributivas en la sociedad pasa a ser tarea judicial y no política"*³⁹.

Otro problema lo hemos encontrado respecto a la posibilidad de revisión de la constitucionalidad de los actos de la administración⁴⁰, donde a falta de tribunales contencioso-administrativos el recurso de protección se ha utilizado para proteger, no del todo satisfactoriamente, los derechos fundamentales que puedan ser amenazados, perturbados o privados de toda eficacia por actos de la administración. Como vimos anteriormente, durante el siglo XIX, debido a la influencia del liberalismo, los individuos sólo podían ver vulnerados sus derechos debido a actos de la autoridad pública. Por esto la Constitución de 1828 contemplaba la facultad de la Corte Suprema para conocer de los juicios contenciosos que resultaren de contratos que hubiera celebrado el gobierno o sus representantes. Esto fue modificado siguiendo el modelo francés de la época, radicando dicha competencia en el Consejo de Estado. Dicho órgano fue presa de duras críticas, encabezadas por Jorge Huneeus, quien concebía a dicho órgano como un resabio despótico, remedo de su par francés. Huneeus planteaba que toda la competencia de estas materias debía estar radicada en los tribunales ordinarios. Esto conllevó a que el año 1874 se eliminaran de dicho órgano las facultades que habían permitido el establecimiento de este tipo de jurisdicción especial, para radicar dichas facultades en la judicatura ordinaria, lo cual no alcanzó a tener verdadera trascendencia, ya que en 1875 la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia prohibió al Poder Judicial inmiscuirse en las resoluciones de las autoridades administrativas, sancionando penalmente dichas actuaciones. Con la Constitución de 1925 se estableció constitucionalmente la existencia de tribunales especiales que conocerían de los asuntos contencioso-administrativos, pero desgraciadamente la misma normativa estableció que su organización y atribuciones estarían establecidas por la ley. Dicha ley nunca fue dictada. Con la Constitución de 1980, y más precisamente con su modificación de 1989, se ha dicho que no se estableció realmente la obligación de crear tribunales contencioso-administrativos, sino que se obligó a que existiera jurisdicción para dichos asuntos. Por eso, nuestra Constitución vigente establece expresamente que serán los tribunales ordinarios los que tendrán competencia en materia contencioso-adminis-

³⁸ Barros (1987: 16).

³⁹ Barros (2002: E15). La verdadera amenaza, según este autor, sería que el derecho caiga en una especie de neovulgarismo, el cual sería pretencioso e inculco. Un ejemplo de esto en materia de presupuesto fiscal lo podemos encontrar en el fallo de enero del 2001, sobre un recurso de protección deducido por el Consejo Regional del Colegio Médico en contra del Servicio de Salud Viña del Mar, ordenando que se proceda a la práctica de las intervenciones quirúrgicas de personas que se encuentran en una lista de espera del Hospital Gustavo Frické. En el voto de minoría se explicitó este problema, consistente en alterar la política de bases y estrategia de salud regional, la cual se encuentra limitada por la disponibilidad presupuestaria, la cual depende del Fondo Nacional de Salud (FONASA). Al respecto, ver *La semana jurídica*, N° 50, semana del 22 al 28 de octubre de 2001. Lo que se estaría discutiendo aquí sería que los jueces estarían redistribuyendo los recursos fiscales que en nuestra Constitución corresponde asignar a través de la Ley de Presupuesto, que es materia exclusiva del Presidente de la República, quien somete tal proyecto a aprobación parlamentaria.

⁴⁰ Sobre esta sección en particular nos hemos basado en Pantoja (2001: 11-62).

trativa mientras sean establecidos los tribunales especiales correspondientes, hasta el día de hoy inexistentes. El no contar con jurisdicción especial para estas materias y debido a la lentitud de la jurisdicción ordinaria, ha llevado a utilizar al recurso de protección para impugnar los actos de la administración. Hoy, por lo tanto

“[...] no hay ningún acto administrativo imaginable que no pueda en definitiva afectar el derecho de propiedad, siendo la enunciación de la garantía afectada una mera fórmula en la presentación del libelo; que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto; donde no hay criterios estables o permanentes en materia de jurisprudencia, los Tribunales de Justicia proceden a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración y en general a realizar por esta vía el control jurisdiccional de la misma. Asuntos de gran cuantía y de enorme importancia para el interés general se discuten a través de este recurso, en que los fallos pueden incluso dictarse por la Corte Suprema, sin alegatos, en cuenta, y sin que exista propiamente tal una instancia de discusión adecuada de la materia” (Pierry, citado en Pantoja, 2001: 18-19).

La necesidad de compensar no sólo las disposiciones programáticas ni la lentitud del sistema judicial a través del recurso de protección, ha significado que la preocupación por la argumentación jurídica haya también sido dejada de lado, lo que ha llevado a afirmar que nuestra práctica constitucional sea considerada procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica. El arcaísmo de la argumentación jurídica nacional se ha intentado superar a través de darle una mayor eficacia procesal a la Constitución como único fundamento en un proceso, fenómeno que ha crecido de forma galopante. Y en caso de ser así, el objetivo del control de constitucionalidad de lograr la sujeción de la política al derecho podría llegar a reemplazar la política democrática del parlamento por la política de los tribunales⁴¹. A esto debemos sumar el fervor hacia los tratados internacionales de derechos humanos, con los cuales algunos autores postulan que se podría compensar la mala práctica legislativa en ciertas materias. Incluso se ha sostenido que los tratados internacionales de derechos humanos serían un procedimiento secundario de reforma a la Constitución, con lo cual adquirirían aplicación inmediata, volviéndose autoejecutables e incluso tendrían jerarquía superior a la Constitución⁴². Con esta concepción las disposiciones programáticas no desarrolladas legislativamente dejarían de ser obstáculo y podrían ser resueltas a través una *triple vía* de solución, la que consistiría en: la aplicación directa de los principios constitucionales en algunos casos; la derogación tácita de normas legales contrarios a ellos; y la interpretación de las normas legales con miras al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución como en los tratados internacionales constitucionalizados, al ser tales principios fuente integradora del ordenamiento jurídico⁴³. Desgraciadamente, aunque de intenciones muy loables, los riesgos pueden ser mayores que los beneficios de la puesta en práctica de dichas doctrinas. En un Estado de Derecho hay ciertos principios que se verían socavados al aplicar estas doctrinas, como los siguientes: “*que las leyes deben ser generales o al menos basadas en leyes*

⁴¹ Atria (2000a: 389).

⁴² Verdugo, ob. cit., 123, I.

⁴³ Schmidt (2002: 16).

generales, que las leyes deben ser conocidas de antemano, que su significado debe ser razonablemente claro, y que no pueden ser retroactivas.[...] Tales exigencias resultan difíciles de obtener si los tribunales aplican directamente los tratados internacionales, aun en contra de leyes claras”⁴⁴.

Teniendo presente todo esto, en nuestro sistema de justicia constitucional no cabría una afirmación del todo optimista como la siguiente:

“la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía existentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales”⁴⁵.

III. Interpretación constitucional

Este ha sido uno de los temas más complejos que han preocupado a la dogmática constitucional en general, aunque en Chile sea más bien de tipo incipiente. La complejidad del asunto se debe a que la cualidad de los bienes afectados es o debiera ser que dichos bienes fueran los más importantes para una sociedad determinada. De ahí que muchos autores pongan su énfasis en la calidad del razonamiento judicial en materia constitucional. De ahí el exigir que dichas decisiones nos obliguen principalmente por la autoridad misma de sus argumentos, y no solamente por la potestad o imperio que las revisten. En este sentido, se ha afirmado que: “es la expectativa de que las decisiones respaldadas con la fuerza del Estado no sólo nos obliguen, sino que también tengan alguna posibilidad de persuadirnos acerca de su corrección”⁴⁶. En un sentido similar, entre menos *potestas* tenga una decisión, mayor necesidad de *auctoritas* deberá emanar de dicha decisión, para que en un futuro no pueda ser ignorada por el Congreso ni los demás poderes del Estado⁴⁷. Esto se debe, en gran parte, por la mayor discrecionalidad con la que cuenta el juez al momento de interpretar la norma constitucional correspondiente, como por la alta y variable carga moral de ciertos conceptos claves en la Constitución, sobre todo su

⁴⁴ Correa (2001: 260-265).

⁴⁵ Ferrajoli (1999: 68).

⁴⁶ Sierra (1997:A2). Esta condición, afirma el autor, es propia de un Estado de Derecho, “donde el poder no sólo se ejerce, sino que también se justifica a los ojos de quienes deben obedecerlo”. *Ídem*.

⁴⁷ Atria (2000a: 391). Probablemente a esto apunta la metáfora de Ronald Dworkin de la novela legal en serie, en el sentido de que los jueces escribirían y pensarían dicha novela para persuadir: “según esto los jueces son personas reales que escriben y piensan para persuadir a gente real de manera que éstos actúen de acuerdo con el derecho. La metáfora de la novela legal en serie debe explicar cómo este texto será reconvertido, adaptado y adecuado de manera que los no-novelistas sean capaces de entenderlo.[...] Este libreto debe explicar cómo ejecutar actitudes y comportamientos reales y a la vez permanecer leales a la novela en serie”. Ruiz-Tagle, ob. cit. 51-52. En esta línea de argumentación, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “15°. Que, por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 171, del 22 de julio de 1993.

amplitud sustantiva⁴⁸. Es aquí donde juega un rol importante la dogmática constitucional, en lo que se ha llamado los casos difíciles donde a falta de normas que autonomicen el discurso jurídico, se falla sobre la base del puro y simple razonamiento moral o político del decisor⁴⁹.

La interpretación constitucional podríamos encasillarla dentro del tipo conocido como *interpretación operativa*, entendida como aquella en que “el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto”⁵⁰. En otras palabras, la interpretación de las reglas y principios constitucionales a través de criterios procedimentales de validez conlleva un fin pragmático y no sólo teórico, por lo que es otorgada a órganos determinados, generalmente especiales. Se ha llegado a plantear que la interpretación constitucional ha cambiado en forma completa todas las concepciones anteriores sobre interpretación y razonamiento jurídico, superando al *legalismo*, entendido como aquel modelo de argumentación jurídica donde lo principal son las normas, las cuales se interpretan a través de un modelo de subsunción, ya que el derecho ordinario (de rango legal) es independiente de las normas superiores, y el legislador democrático es un ente absolutamente autónomo⁵¹. Desde otra perspectiva, aunque se admite la interpretación de la Constitución según los contextos lingüístico⁵², sistémico⁵³ y funcional⁵⁴, lo que hace realmente característico a este tipo de interpretación es el mayor papel que adquiere el contexto funcional, en general, y de los factores políticos, en particular⁵⁵ en dicho razonamiento, por lo que el objetivo de esta interpretación deja de ser el desentrañar el sentido del texto escrito. Desde esta nueva postura, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en resolución del 14 de febrero de 1973, estableció:

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentidos y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional” (Citado en Habermas, ob. cit., 317).

Nuestro Tribunal Constitucional también ha fallado de manera similar en algunos casos. Por ejemplo, en el fallo que recayó sobre el proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones⁵⁶, podríamos analizar dicho fallo a través de estos contextos interpretativos. En un principio el Tribunal hizo una interpretación en base a contextos lingüísticos:

⁴⁸ Desde una perspectiva de análisis económico del derecho, entre más difuso sea este tipo de conceptos, los costos del litigio van en aumento. A *contrario sensu*, las disposiciones constitucionales precisas minimizan los costos del litigio, al no existir la incertidumbre que lo alimenta y a la vez reducen los “recursos destinados al conflicto político retirando algunas cuestiones de la arena política ordinaria”. Ver Posner (2000: 578-579).

⁴⁹ Atria (2000b: 123).

⁵⁰ Wróblewski (1985: 28).

⁵¹ Alexy (1994: 160).

⁵² Aquel que corresponde al lenguaje legal inconcreto. Wróblewski, ob. cit., 43.

⁵³ Entendido como aquel que atiende al sistema legal al que pertenece la regla. *Ídem*.

⁵⁴ Es aquel que contiene todos los factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento del derecho que no pertenecen a ninguno de los dos contextos anteriores. *Ibidem*, 45.

⁵⁵ Wróblewski, ob. cit., 56.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

8° Que en un primer análisis de este precepto, en conformidad a su estricto tenor literal, y con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental, conduce a pensar que el artículo 84° de la Constitución y las normas legales que lo complementan entrarán a regir, sin excepciones ni limitaciones de ninguna especie, en la fecha que señale la ley orgánica constitucional respectiva, con motivo de la primera elección de diputados y senadores. De esta manera, la vigencia del artículo 84° se vincularía exclusiva y directamente con la referida elección de parlamentarios [.]

Pero ante la ineficacia y restricción que representa dicho contexto por sí solo, nuestro Tribunal se apoya en el contexto sistémico:

9° Que, sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisibles, porque ella está en pugna o contradice el artículo permanente y las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental [...].

19° Que una interpretación que conlleve a tal conclusión resulta definitivamente inadmisibles. 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 cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella;

Finalmente, el Tribunal Constitucional falla el fondo del asunto atendiendo a contextos funcionales:

11° Que lo anterior, sin embargo, no podría cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimer transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la ley orgánica constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plebiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos;

12° Que la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima [...]

14° Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelve sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones *ad hoc*, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a "un" tribunal determinado.

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de, la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito

mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad⁵⁷.

Se han identificado principalmente tres tipos de funciones a la interpretación constitucional: una función de *orientación*, la cual consistiría en “ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales”⁵⁸; una función de *aplicación*, la cual la encontraríamos cuando se realiza una interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son las bases normativas de la decisión⁵⁹; y una función de *control*, la cual podemos identificar en caso de que “haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución”⁶⁰. Esta última es la que presenta mayor interés, debido a su relevancia dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la cual, eso sí no se excluye de las dos anteriores funciones de interpretación.

Además, podemos distinguir por lo menos cuatro características principales, respecto a la interpretación constitucional.

- En primer lugar, la gran variedad de reglas constitucionales, que podemos separar en la clásica división entre la parte orgánica de la Constitución donde encontraríamos las reglas de conducta *sensu stricto*⁶¹ y las reglas de organización⁶², y la parte dogmática de la Constitución donde encontraríamos reglas teleológicas⁶³ y las reglas directivas⁶⁴. Esta es una clasificación doctrinal, por lo que hay que aclarar que los límites no son tan claros entre unas y otras como aparecen señalados. Eso sí, los últimos tres tipos de reglas son aquellos que caracterizan a la interpretación constitucional de las demás interpretaciones de las otras áreas del derecho.
- En segundo lugar, la tipología de términos constitucionales donde se pueden distinguir términos valorativos, de un alto contenido axiológico⁶⁵, términos cuasidescriptivos, don-

⁵⁷ Otro ejemplo lo encontramos en el fallo que recayó sobre el proyecto que modificó la Ley Orgánica Constitucional N° 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que en su considerando 13° estableció: “Que esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también, con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía”. Ver sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 56, 9 de agosto de 1988.

⁵⁸ Wróblewski, ob. cit., 93-94.

⁵⁹ *Ibidem*, 94.

⁶⁰ *Ídem*. Wróblewski distingue dos formas de esta función, la de controlar la constitucionalidad de la legislación en general y de la promulgación de las leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, lo que la gran mayoría de las veces corresponde a la institución conocida como acusación constitucional o *impeachment*. Para el objeto de este trabajo, sólo nos va a importar la primera forma.

⁶¹ Aquellas que afirman directamente que un determinado tipo de conducta es un derecho o un deber del destinatario. *Ibidem*, 104.

⁶² Aquellas que determinan la organización y competencia de los órganos del Estado. *Ídem*.

⁶³ Aquellas que determinan los fines que deberían llevar a cabo los destinatarios de las reglas constitucionales. *Ibidem*, 104-105.

⁶⁴ Son aquellas que señalan las funciones que deberían realizarse mediante algún tipo de actividad o los valores que deberían conseguirse. *Ídem*.

⁶⁵ Por ejemplo, los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que atenten contra la moral, el orden público y las buenas costumbres.

de su definición es *prima facie* descriptiva, pero su estructura conlleva un carácter valorativo⁶⁶, y finalmente los términos descriptivos⁶⁷. La peculiaridad respecto a esta tipología la encontramos acerca de las controversias que se producen al momento de su interpretación; respecto a los términos valorativos se enlaza con axiologías de carácter político, y las suscitadas respecto a los otros dos tipos de conceptos o términos están unidas a los problemas políticos respecto al funcionamiento de las estructuras sociopolíticas determinadas del ordenamiento jurídico en particular⁶⁸.

- En tercer lugar, encontramos el problema respecto a la aplicabilidad de las reglas constitucionales. Aquí encontramos reglas que son simple y directamente aplicables, reglas que son directamente aplicables de manera gradual⁶⁹, y reglas indirectamente aplicables, que sólo son aplicables a través de leyes que deberían ser promulgadas⁷⁰.
- Y en cuarto lugar encontramos la controversia respecto al carácter político, que está presente a través de toda la normativa constitucional, propia de su establecimiento, como vimos en la primera sección de este trabajo. Esta probablemente sea la característica más pronunciada de la interpretación constitucional, o sea, el estar estrechamente unida a problemas políticos al decidir sobre problemas políticamente relevantes.

Dentro de los problemas antes enunciados, uno de los más interesantes lo representan las reglas teleológicas y las reglas directivas, lo cual se debe no sólo a su contenido de amplia discrecionalidad, sino que principalmente el que dichas normas estén relacionadas directa o indirectamente con los derechos fundamentales, ya sea consagrándolos o limitándolos. Para facilitar su comprensión, entonces, parece más razonable sistematizarlas sobre la base de un modelo de reglas y principios.

Siguiendo a Robert Alexy⁷¹, la distinción entre reglas y principios consiste en que los *principios* son mandatos de optimización mientras que las *reglas* serían mandatos definitivos. Los principios, al concebirse como mandatos de optimización, son normas que ordenarían que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, atendiendo a factores jurídicos como fácticos, por lo que admiten distintos grados de satisfacción atendiendo al caso concreto; además, son susceptibles de ponderación. Las reglas, en cambio, al ser mandatos definitivos, sólo admiten una aplicación del tipo todo o nada (o se cumplen o incumplen); la subsunción sería la forma en que ellas se aplican. Entre reglas y principios existe, entonces, una diferencia de tipo cualitativo. En los casos de interpretación, también se diferencian en la forma en que

⁶⁶ Como ejemplo sirva el artículo 60 número 20 de la Constitución: "*Sólo son materias de ley: Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*". El determinar qué se entiende por bases esenciales, requiere claramente de una valoración.

⁶⁷ V. gr., el artículo 32 número 9º dice: "*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores*".

⁶⁸ Wróblewski, ob. cit., 106-109.

⁶⁹ *Ibidem*, 109-110. Esto lo trataremos más adelante al diferenciar reglas y principios dentro de una misma norma.

⁷⁰ Este es el tipo de reglas conocidas como disposiciones programáticas, las cuales son ordenadas por la Constitución, para que sea el legislador quien las desarrolle a través de leyes especiales. Son mandatos de la Constitución de realizar una decisión política determinada. Ver *supra* notas 38 a 44.

⁷¹ Alexy, ob. cit. 162-177, Alexy (1988: 139-151), y Alexy (2000: 294-304). Deseo agradecer al profesor Rodrigo Correa por haberme facilitado su traducción del último texto.

se soluciona un conflicto entre reglas y una colisión de principios. Los conflictos entre reglas sólo pueden solucionarse, o introduciendo una cláusula de excepción en una de las dos reglas⁷², o declarando a una de ellas inválida. En las colisiones de principios, en cambio, se plantea que los principios no pueden ser aplicados de igual manera que con las reglas, porque si se excluye o invalida uno de ellos, pierde toda relevancia el principio invalidado. Por esto se dice que los principios se pesan. En consecuencia, sólo se le va a dar prioridad a un principio más que a otro en un caso particular, lo que significa que nunca dicha prioridad va a ser absoluta e inmutable, sino que está condicionada al caso concreto. De aquí se desprende la necesidad de una *Ley de la Ponderación*, que consista en la mayor realización de cada principio atendiendo a las posibilidades prácticas y jurídicas de cada uno. Por eso, ante una medida (*M*), que interfiera en la realización de un principio (*P1*) para la protección de otro (*P2*) pero sin necesariamente promover a este último, si abandonada dicha medida (*M*), no se produce ningún costo para *P2*, entonces dicha medida está prohibida, lo que recibe el nombre de *principio de adecuación*. Respecto al caso en que una medida *M1* interfiera de mayor manera respecto a *P1* y *P2*, cuando existe una medida *M2* que promueva *P2* aproximadamente igual que *M1*, pero interfiera en menor medida en la realización de *P1*, entonces necesariamente debe preferirse *M2*, lo que se conoce como *principio de necesidad*. Estos principios que forman parte de la Ley de Ponderación tienden a las posibilidades prácticas de la realización de un caso de colisión de principios⁷³. El *principio de la proporcionalidad en sentido estricto* consiste en la obligación de la realización lo más extensa posible relativa a las posibilidades jurídicas relativas a la realización de principios opuestos, lo que es sintetizado en la ley de la ponderación: mientras más intensa sea la interferencia en un principio, más importante debe ser la realización del otro principio.

Este modelo de los principios, esbozado brevemente aquí, en la práctica reporta varios beneficios. En primer lugar se conserva la fuerza vinculante del nivel de las reglas. En segundo lugar, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a los que puede recurrirse, por lo que el problema de las lagunas será más fácil de solucionar. Principalmente, desde una teoría de reglas y principios, los derechos fundamentales poseen realmente una fuerza propia en contra de las restricciones, al no poder ser desechados completamente, sino que a través de una ponderación, como la anteriormente expuesta.

⁷² Por ejemplo, el artículo 97 de la Constitución establece que “Existirá un órgano autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central [...]”. La idea de dicha autonomía es la de que sus funciones no puedan ser afectadas por otros órganos, en especial el Ejecutivo quien históricamente recurría a dicho organismo para solventar el gasto público o solicitar un préstamo. Así lo establece el artículo 98 inciso 2, al decretar que “Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central”, introduciendo una cláusula de excepción, consistiendo en que “en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas”.

⁷³ Un ejemplo que puede ilustrar este punto se ha dado respecto al proyecto de ley sobre límites al gasto electoral y la colisión que se produce respecto de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales como el derecho de propiedad. Al respecto, sirva el siguiente extracto: “El legislador entonces, entre dos reglas de intervención, debe escoger la que resulte más adecuada: entre la norma *N* que maximiza la participación igual y lesiona el principio *P* y la norma *N** que maximiza la participación igual y no lesiona el principio *P*, ha de preferirse esta última; entre la norma *N* que lesiona el principio *P* y no maximiza la participación igual, y la norma *N** que no lesiona *P* y maximiza la participación igual, ha de preferirse —bajo una regla de ponderación— a *N**. Como se argumentó ya, la regla que impone límites al gasto se encuentra en el caso de la norma *N*, puesto que hay otra regla —la regla de subsidios— que aumenta la participación igual y deja incólume el poder expresivo y global del dinero al no establecer límites al gasto”. Peña (2002: 169).

Críticas no han faltado eso sí a este modelo, las que tienen principalmente que ver con la equiparación entre principios y valores, o, en lenguaje de Alexy, entre lo que debe ser y lo que debe ser mejor. La afirmación de Alexy de que “*la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral*” (Alexy, 1988: 144) representa claramente dicho problema. Principalmente, porque muchas veces no se distingue entre principios y valores, con lo cual se asimilan tácitamente, sin mayor justificación. Como afirma Habermas:

Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto [...] (Habermas, ob. cit., 327. El destacado es del original).

Aunque la línea demarcatoria es bastante sutil en muchos casos, se vuelve realmente necesario⁷⁴ el concebir los derechos fundamentales como normas, y no como valores, por difícil que pueda ser esto. Concebidos como normas, regulan una materia en interés de todos por igual, con lo cual se domestican los objetivos y orientaciones valorativas del legislador al manifestarse de forma expresa una estricta primacía de los puntos de vista normativos; concebidos así los derechos fundamentales, éstos conformarían un modelo de normas obligatorias de acción. Si, por el contrario, son concebidos como valores, nos encontramos en presencia de un orden simbólico en el que se expresa la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica determinada, pero que al reducir y agotar la Constitución en un orden concreto de valores, los derechos fundamentales pasan a conformar un modelo más perdiendo la obligatoriedad clave de sus normas, volviéndose un modelo de bienes apetecibles sujetos a relaciones de preferencias intersubjetivamente, supuestamente compartidas. Ante estos problemas, se hace necesario no sólo una mayor rigurosidad en la aceptación y aplicación de un modelo de reglas y principios, sino que verdaderos procedimientos de argumentación que aseguren la racionalidad de la aplicación del derecho. En esto radica, principalmente, la tarea de la teoría de la argumentación jurídica, de la cual detallaremos dos formas con las que ha intentado solucionar el conflicto: una de ellas es a través del desarrollo de reglas metódicas que aseguren la vinculación al sistema jurídico tanto del nivel de reglas como del de principios; y la segunda consiste en que para mantener la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho, en los casos en que las valoraciones adicionales no puedan obtenerse necesariamente del material autoritativo, se deben volver accesibles a un control racional que permita poder juzgar en qué medida dichas valoraciones ha sido racionales⁷⁵. Debido a la amplitud que

⁷⁴ Aquí seguimos a Habermas, ob. cit., 328-329.

⁷⁵ Alexy (1994: 175).

requeriría abordar tan complejo tema, sólo enunciaremos cuatro postulados de lo que se ha llamado racionalidad práctica procedimental. Esta exigiría un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, un grado sumo de información empírica, un grado sumo de universalidad y un grado sumo de desprejuiciamiento⁷⁶.

Teniendo presente estas directrices se podría construir un modelo de constitucionalismo moderado, el cual no puede olvidar uno de los principales postulados del constitucionalismo moderno: limitar el poder estatal, sea quien sea el que lo ejerza, lo cual en el campo de la hermenéutica constitucional consiste en la exigencia de que el poder se justifique ante sus gobernados.

III.1. Interpretación constitucional en Chile

En Chile, la doctrina ha ido variando sin un desarrollo dogmático estable. La regla general ha consistido en recurrir a las Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, lo cual representa un gran problema de múltiples facetas. Por un parte, debido al proceso de redacción de la actual Constitución bajo un gobierno autoritario, su génesis sigue siendo criticada y deslegitimada por un no despreciable número de autores⁷⁷. Además, dichas actas sólo representan un tercio del debate constitucional, ya que faltaría para completarlo la posibilidad de acceder a las actas del Consejo de Estado y a las actas de la Junta de Gobierno. Desde una perspectiva jurídica, este recurso hermenéutico significa estancar la interpretación constitucional, otorgándole un carácter estático, similar a la concepción medieval que desconfiaba del derecho reformado, idealizando al “buen derecho viejo”.

Por otra parte, quienes se han apartado de esta línea de interpretación no han formulado una teoría clara, coherente, ni uniforme. Por ejemplo, Humberto Nogueira concibe que en el artículo 1º de la Constitución⁷⁸ se encuentran establecidos los valores que integran nuestro ordenamiento constitucional, los cuales tendrían carácter normativo, constituyendo así el “*fundamento y fin, al determinar el sentido último de las normas y conferir unidad de sentido al ordenamiento jurídico*”⁷⁹. Pero más que aplicarse directamente, su fin sería evitar, corregir, remover y eliminar las normas que lo amenazan y transgreden. Por lo que la interpretación constitucional, para

⁷⁶ *Ibidem*, 176. Obviamente, estas exigencias revisten el carácter de ideales, para dicho autor.

⁷⁷ Por ejemplo Atria y Suárez (2001: A2). Sólo un pequeño párrafo ilustra el punto: “*La Constitución debe formar parte de una cultura democrática, como la que tradicionalmente caracterizó a la nación chilena. La Constitución de 1980 no representa esa tradición, sino que la mirada escéptica, desconfiada y autoritaria hacia la cultura libertaria de la mejor parte de la historia de Chile*”.

⁷⁸ El artículo primero dice: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*”

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada una de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

⁷⁹ Verdugo, ob. cit., 114, II.

poder plasmar estos valores, tiene que ser antiformalista, flexible y finalista, como asimismo sistemática^{80, 81}.

Siguiendo al profesor Pablo Ruiz-Tagle (2001: 182-189) se han distinguido, bajo el régimen de la Constitución vigente, dos corrientes dogmáticas de mayor relevancia respecto a la interpretación constitucional en Chile:

1. *Concepciones constitucionales de carácter intuitivo y total o jerarquizadas*: se basan por lo general en consideraciones extraconstitucionales, no del todo explícitas (de allí su carácter intuitivo), aceptando muchas veces su aplicación inmediata sin someter dichas concepciones a un análisis razonado de las mismas. Además, sus criterios son totales, en el sentido de suponer que todos los conflictos se solucionarían de manera similar, ya que la relación entre los derechos fundamentales es de tipo jerárquico, donde unos prevalecen sobre otros y llegando, incluso, a establecer la conocida tesis numerológica que postula que el orden en el cual los derechos están establecidos no se debe al azar, sino que demuestra la primacía de ciertos derechos sobre otros por el número asignado. Un ejemplo de esta tesis la podemos encontrar en el caso *Luksic Craig, Andrónico y otros con Martorell Cammarella, Francisco y otro*, del 15 de junio de 1993, donde la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando octavo falló que: “Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12”. Esta postura podríamos enmarcarla en lo que Alexy concibe como un *orden duro* de principios, el cual consistiría en “un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente[sic] y que en cada caso condujera exactamente a un resultado⁸²”.
2. *Concepciones constitucionales de carácter razonado y parcial*: estas concepciones establecen que los elementos no jurídicos deben ser mencionados en forma expresa. Sus soluciones tienen el carácter de parciales y diferenciadas, prestando mucha atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando las ideas de

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ Nuestro Tribunal Constitucional ha fallado en forma similar, y aunque intenta ampliar dicha visión a todo el Capítulo I, finalmente sólo nombra ciertas disposiciones del artículo 1º, agregando el discutible principio de subsidiariedad, pero sin establecer criterios de interpretación a través de dicho Capítulo: “9º. Que, como lo sostuvo este Tribunal en sentencia de 21 de abril de 1992, la disposición transcrita “es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”;

10º. Que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”. Sentencia Rol N° 167, 6 de abril de 1993.

⁸² Alexy (1994: 170).

jerarquía por las de balance⁸³, delimitación⁸⁴ y ponderación⁸⁵ de derechos. Este sector de la doctrina se podría enmarcar en lo que Alexy llama una teoría de los principios que contenga un *orden débil* de los mismos, constituido por un sistema de condiciones de prioridad, uno de estructuras de ponderación y uno de prioridades *prima facie*⁸⁶. Respecto a las condiciones de prioridad, al momento de decidir casos concretos se pueden establecer relaciones de prioridad que serán precedentes para la decisión de casos nuevos. Respecto a las estructuras de ponderación, nos remitimos a lo señalado anteriormente. Respecto a las prioridades *prima facie*, éstas consistirían en establecer cargas de argumentación, con las cuales se crearía un cierto orden en el ámbito de los principios. Pero esto no significa que dicho orden sea inmutable, sino que si en un caso determinado son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, entonces se cumple de forma suficiente con la carga de la argumentación: el orden depende de la argumentación⁸⁷.

Uno de los principales temas que conlleva la interpretación constitucional se refiere a interpretación de la ley ordinaria conforme a la Constitución. Esto en nuestro sistema constitucional se encuentra establecido en el artículo 6º, el cual prescribe:

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

De esta disposición, la dogmática ha entendido que se encuentra establecida la primacía constitucional o supremacía constitucional. Esto quiere decir que la Constitución obliga a todos los que pisen territorio chileno. Por lo que respecto al poder judicial, que es lo que aquí nos interesa, la ley interpretada para el caso concreto debe incorporar como nuevo elemento de interpretación el de la conformidad del precepto interpretado con la norma constitucional. Esto reconocería dos facetas⁸⁸. Una, conocida como tesis de la *irradiación* de las normas de derechos fundamentales en la totalidad del sistema jurídico, la cual se manifestaría a través de los principios consagrados al nivel supremo del ordenamiento jurídico. Esta tesis traería ventajas e inconvenientes. Dentro de las ventajas encontramos a la flexibilidad, ya que dichos principios son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. Su inconveniente sería su imprecisión, ya que pueden llegar a inducir fundamentaciones jurídicas oscuras de tipo “de-

⁸³ Busca reconocer costos y beneficios sociales que puedan reconocerse en los conflictos entre derechos fundamentales. Además, le reconoce a algunos derechos una posición preferida, siempre en el contexto de un caso y evitando toda generalización de carácter total o jerárquico.

⁸⁴ Busca fijar límites de los contornos externos de los derechos sin afectar el núcleo de los mismos o su esencia.

⁸⁵ Atribuir un peso a un elemento o a un conjunto con el fin de obtener una proporción media.

⁸⁶ Alexy (1988: 146).

⁸⁷ *Ibidem*, 146-148.

⁸⁸ Alexy (1997: 506-524).

ductivo” o “derivativo”, de contenidos concretos a partir de principios abstractos⁸⁹. Otra faceta consistiría en lo que anteriormente vimos como *efecto horizontal en terceros* de los derechos fundamentales. Esta faceta ilustra el cambio de percepción respecto a la relación que jugaban dichos derechos en las relaciones entre ciudadanos/Estado, a su expansión a las relaciones entre ciudadano/ciudadano. Esto puede hacerse efectivo a través de tres niveles. Un primer nivel consistiría en los deberes del Estado, sobre los cuales recaerían de manera mediata dichos efectos como un orden objetivo de valores, lo cual implica que el Estado está obligado a tener en cuenta las normas de derechos fundamentales tanto en la legislación civil como en la jurisprudencia civil. Aquí ubicaríamos la garantía del artículo 19 número 26 que dice:

La Constitución asegura a todas las personas:

26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Un segundo nivel consistiría en los derechos frente al Estado relevantes para su influencia en terceros. Esto significa, a grandes rasgos, que los tribunales ordinarios sin competencia para declarar inaplicable una ley por inconstitucionalidad ni proteger en forma directa los derechos consagrados en la Constitución, vía acción de protección o de amparo, tienen que tomar en cuenta los principios concluidos de los derechos fundamentales que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes; y deben aplicar el derecho común, entendido como aquel de rango infraconstitucional, en la medida en que éste no sea incompatible con los principios anteriormente descritos.

Un tercer nivel, consiste en aquel que trata sobre los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los sujetos privados. Aquí nos encontramos con el problema del efecto inmediato en terceros. Para no producir un verdadero caos jurídico, que acabe con la certeza de todas las normas legales, es menester excluir algunas cosas.

No es posible que los derechos fundamentales propios del ciudadano frente al Estado sean al mismo tiempo derechos del ciudadano frente a los ciudadanos, ya que no es razonable que se pueda llegar a un efecto inmediato en terceros cambiando simplemente el destinatario de los derechos, los que han sido conceptualmente establecidos para ser ejercidos ante el Estado. Principalmente, porque ambos son titulares de los mismos derechos, no así en los casos entre

⁸⁹ Un ejemplo de esto lo encontramos en el concepto de Orden Público Económico. Dicho concepto se ha afirmado que *emana* de la Constitución, respecto a las normas de contenido económico. El problema práctico se ha dado en la interpretación jurisprudencial de determinadas normas económicas, a las cuales por el solo hecho de supuestamente pertenecer al Orden Público Económico, gozarían de una cierta supremacía especial para imponerse por sobre las demás normas, sin atender realmente a los modos de creación de dichas normas según lo establecido en la Constitución y las leyes, y a su respectiva jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico. Otro caso similar lo encontramos en Carmona, *ob. cit.*, 150-151, en el cual un tribunal ordinario determinó que un tratado internacional celebrado entre Chile y Alemania adolecía de nulidad de derecho público, porque consideró que dicho tratado contenía materias propias de ley, y como no se aprobó por el Congreso pero fue promulgado por el Presidente de la República, simplemente lo anuló sin siquiera demostrar cuáles eran las supuestas materias de ley.

individuo/Estado. Un particular no puede exigir que otro particular corrija una resolución administrativa por la vía del derecho a petición, o por la vía del recurso jerárquico en materia administrativa. Lo principal en estas materias está en zanjar el problema de que un juez ordinario en materia civil, en principio no puede decidir un caso particular sólo utilizando la Carta Fundamental, principalmente porque los principios derivados de los derechos fundamentales no establecen una respuesta única. De ahí la necesidad de que el juez civil esté *prima facie* sujeto al derecho civil vigente. Un buen ejemplo de cómo debiera interpretarse la Constitución siguiendo este modelo teórico, lo constituye el fallo de primera instancia del 3 de marzo de 1998 de 24º juzgado Civil de Santiago que en uno de sus considerandos falló:

UNDÉCIMO: que en la especie existe una aparente colisión de derechos entre la libertad de informar, consagrada en el número 12 del artículo 19, y el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República de Chile. Colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha salvado de forma expresa mediante la reforma que la Ley 19.048 introdujo al artículo 22 de la Ley 16.643, estableciendo que no se considerarán como hechos relativos a la vida privada de una persona, entre otros, los siguientes: los referentes al desempeño de funciones públicas, situación de autos, y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública⁹⁰.

IV. Conclusión

Nuestra intención con este artículo era contextualizar la interpretación constitucional dentro del fenómeno de la constitucionalización del derecho, y observar que la fuerte carga ideológica y moral que puede apreciarse en la interpretación constitucional dice relación con el establecimiento de la propia Carta Fundamental. Además, intentamos aproximar la dogmática constitucional moderna a nuestro sistema constitucional, sobre todo porque la jurisprudencia en estas materias ha sido bastante criticada en estos últimos años, después del retorno a la vida democrática, con lo cual deseábamos incorporar nuevos elementos y criterios al debate sobre la justificación del Constitución como premisa normativa. A su vez, ha existido un reducido debate en Chile respecto a las críticas que han surgido en los últimos tiempos sobre el control constitucional y, en general, sobre el fenómeno de la constitucionalización del derecho. Dichas críticas apuntan principalmente a la falta de categorías, conceptos y clasificaciones, las cuales permitirían una mayor comprensión por parte de nuestros tribunales a la hora de argumentar constitucionalmente. La Constitución no es superflua respecto a una teoría de la

⁹⁰ Citado en Ruiz-Tagle (2001: 189). Más discutible resulta la aplicación de los derechos fundamentales en forma directa, distinguiendo si el bien tutelado en rango legal es de orden público o de orden privado. Resulta razonable, por ejemplo en el derecho de familia, que si la Ley 19.585 de filiación, desatendiendo a la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19º número 2 de la Constitución, discrimina arbitrariamente respecto a la patria potestad al distinguir entre los derechos, deberes y responsabilidades de los progenitores, pueda en este caso, por ser un bien de orden público, impugnarse dicha norma por la aplicación de la norma constitucional en forma directa (Schmidt, ob. cit., 16). O en materia laboral o penal. Pero no resulta jurídicamente razonable que se declare inconstitucional el puro y simple incumplimiento de un contrato (Jana, 2000: 28).

argumentación jurídica moderna, como apuntaba Nino, por lo que si deseamos vivir realmente en un Estado de Derecho, entonces debemos evitar adoptar estos fenómenos sin mayor reflexión saludándolos hoy con aclamaciones y juramentos, y así evitar tener que escupirlos mañana y volver a empezar nuevamente de cero, no con gran fortuna como ha demostrado nuestra historia reciente.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Amar, Akhil Reed (1998). *The Bill of Rights*. U.S.: Yale University Press.
- Amunátegui, Gabriel (1956). *Principios generales de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, Robert (1988). "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En *Doxa* 5, pp. 139-151, <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>
- _____. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- _____. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (2000). "Sobre la estructura de los principios jurídicos". Traducción de "On the Structure of Legal Principles". En: *Ratio Iuris* 13. England: Oxford University Press, pp. 294-304, traducido por Rodrigo P. Correa G.
- Atria, Fernando (2000a). "Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Estudios Públicos* 79, Invierno. Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 347-402.
- _____. (2000b). "Concepciones de la función judicial: el caso de la igualdad ante la ley". En: Felipe González (ed.). *Igualdad, Libertad de Expresión e interés Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 111-143.
- _____. (2001). *Ubi ius, ibi remedium? La relevancia jurídica de los derechos humanos*, inédito.
- Atria, Fernando y Suárez, Christian (2001). *Constitución de 1980*. Santiago: Diario *El Mercurio*, sábado 24 de marzo. Cuerpo A, p. A2.
- Barros, Enrique (1987). "La democracia como forma del poder: un enfoque normativo". En: *Estudios Públicos* 26, Otoño. Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 1-23.
- _____. (2002). *Lógica y límites de los derechos fundamentales*. Santiago: Diario *El Mercurio*, domingo 8 de diciembre. Cuerpo E, pp. E14 y E15.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (1998). *Los Modos de Creación de las Normas Jurídicas en el Derecho Chileno*. Santiago: Facultad de Derecho. Materiales de clases inéditos.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (1986). "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional". En: E. Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 159-180.
- Carmona, Carlos (2001). "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas". En: *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 65-157.

- Chuaqui, Tomás (1998). "Selección de escritos políticos de David Hume". En: *Estudios Públicos*, 71, Invierno. Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 359-417.
- Correa, Rodrigo (2001). "Tratados internacionales bajo el embrujo de Brown". En: *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 249-266.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- Huneus, Carlos (2000). *El régimen de Pinochet*. Santiago: Editorial Sudamericana.
- Jana Linetsky, Andrés (2001). "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), Derechos Fundamentales*. Iquique: 7 a 10 de junio de 2001, <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/sprog01.htm> <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/sprog01.htm>
- Kelsen, Hans (1987). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Merryman, John Henry (1989). *La Tradición Jurídica Romanocanónica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pantoja, Rolando (2001). "Estudio preliminar. La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001". En: *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 11-62.
- Peña González, Carlos (1995). "Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil". En: *Estudios Públicos* 60, primavera. Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 327-348.
- _____. (s/f). *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- _____. (2002). "El sonido del dinero. Gasto electoral y la libertad de expresión". En: *Estudios Públicos* 87, Invierno. Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 131-174.
- Posner, Richard A. (2000). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivera, Julio César (1994). "El derecho privado constitucional". En: *Revista de derecho privado y comunitario* N° 7. Santa Fe, Rep. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 27-52.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2001). "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 63, tomo I, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 179-199.
- _____. (2002). *Derecho, justicia y libertad*. México: Distribuciones Fontamara.
- Sierra, Lucas (1997). *¿Razonamiento judicial?* Santiago: Diario *El Mercurio*, domingo 26 de enero. Cuerpo A, p. A2.
- Schmidt, Claudia (2002). "Estatuto de la persona natural en el Código Civil". En: *Duodécimo Seminario sobre Modificaciones a los Códigos Civil y de Comercio en Homenaje y recuerdo del profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas, abril del 2002.
- Troper, Michel (1999). "La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución". En: *Doxa* 22, pp. 330-347, <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>
- Varela Suanzes, Joaquín (ed.) (1998). *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Verdugo, Mario *et al.* (1999). *Derecho Constitucional*. Tomos I y II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada.

Wróblewski, Jerzy (1985). *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas.

Sentencias

Tribunal Constitucional de Chile, <http://www.tribunalconstitucional.cl/>

Microjuris.com Chile, <http://www.microjuris.com/MJCH/Chile.cfm>