

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO. BASES PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO*

SEBASTIÁN CHANDÍA OLIVARES**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, CHILE

sebastian.chandia.olivares@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo se refiere a los principios jurídicos, su calidad de fuente del derecho y sus relaciones con el derecho legislado, en una perspectiva teórica general. Luego se estudian los principios jurídicos y su rol en el sistema jurídico nacional tomando como base la Constitución y los textos normativos que estructuran cada sector del derecho. Del mismo modo, se analiza el rol y función de los principios jurídicos en el “neoconstitucionalismo” y su impacto en el sistema constitucional. Finalmente, se desenmascara la noción de principios jurídicos y se propone restringir su uso en la praxis institucional y fortalecer la disciplina de la actividad interpretativa y del método de construcción normativa sobre la base de los postulados de la teoría estructurante del derecho de Friedrich Müller.

Palabras clave: *Principios jurídicos, Fuentes del derecho, Constitución, Neoconstitucionalismo, Teoría Estructurante del derecho.*

LEGAL SYSTEM, AND LEGAL PRINCIPLES. BASIS FOR A GENERAL THEORY OF LEGAL PRINCIPLES IN CHILEAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

ABSTRACT: This work refers to legal principles, as a source of law and its relationship with statutory law, in a general theoretical perspective. Then we study the legal principles and their role in the national legal system based on the Constitution and legal texts that structure every area of law. Similarly, he examines the role and function

* El presente estudio se desarrolló en base a los contenidos de la Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas “Concepto y funciones de los principios jurídicos. Estado de la cuestión”, dirigida por el Prof. Dr. Eduardo Aldunate Lizana. Trabajo recibido el 20 de julio y aceptado el 15 de agosto de 2012.

** Egresado de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ayudante de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional de la misma casa de estudios.

of the legal principles in the “neoconstitutionalism” and its impact on the constitutional system. Finally, it debunks the notion of legal principles and intends to restrict its use in institutional practice and strengthen the discipline of interpretive activity and regulation of the construction method based on the principles of the law structuring theory of Friedrich Müller.

Keywords: *Legal principles, law sources, Constitution, neoconstitutionalism, structuring theory of law.*

1. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO Y SU IMPORTANCIA

1. El tratamiento doctrinario de los principios jurídicos, su concepto y su naturaleza¹, está estrechamente vinculado al tema de su consideración como fuente del derecho². La calificación de los principios jurídicos como fuente del derecho no es un tema pacífico; tampoco lo es el concepto mismo de fuente del derecho y su utilidad.

2. Los principios jurídicos son considerados frecuentemente por la doctrina como fuentes del derecho³. Ahora bien, podría preguntarse cuál es la importancia de considerar a tales

¹ Es abundante la bibliografía que directa e indirectamente se refiere a los principios jurídicos. Más profusa aún ha sido la producción literaria en torno a la conceptualización de los principios jurídicos. Así, se ha señalado: (i) que los principios jurídicos serían entidades lógicas distintas a las normas, y en ese sentido serían ya un estándar de comportamiento [DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, España: Bosch casa editorial, 1984, pp. 61- 145], ya especiales pautas de conducta [BARROS BOURIE, Enrique, “Reglas y principios en el Derecho” en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad chilena de Filosofía*, N° 2, 1984, pp. 379- 281], ya particulares pautas jurídicas [CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1970, pp. 21 y ss.]; (ii) que los principios jurídicos son norma, y en esta medida serían consideradas normas jurídicas [PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del racionamiento jurídico*, Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 62- 64; COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” en: *Revista Doxa*, N° 21, II, 1998, p. 21; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas” en: *Revista Doxa*, N° 10, 1991, pp. 329- 332], normas jurídico- morales [ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 y ss] o normas finalistas [ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011, pp. 70 y ss].

² En este sentido, en el extranjero: ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. Eduardo ValtíFíol), Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1961, pp. 169- 179; Díez-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 1973, pp. 206-207; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997, pp. 93- 95 y 137-145; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, España: Editorial Dykinson, 1998, pp. 49-50; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2000, pp. 83- 90. En este sentido, en la doctrina nacional: BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Introducción al estudio del derecho y de las ciencias jurídicas*, Santiago, Chile: Serie apuntes de clases, 1953, pp. 154-156; HÜBNER GALLO, Jorge, *Introducción al derecho* –7ª edición–, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, (1995), pp. 159- 162; BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *et. al., Los modos de creación de la norma jurídica en el derecho chileno*, inédito, 1998, pp. 6- 7 y 11-12; SQUELLA NARDUCCI (2000), pp. 270-289; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo General* –2ª edición–, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, pp. 58-102.

³ Siguiendo una clasificación propuesta por BASCUÑÁN VALDÉS, los principios jurídicos –en tanto, principios generales del derecho– serían “fuentes mixtas”, toda vez que simultánea o alternativamente sirven al saber jurídico (en esa medida serían “fuentes de conocimiento jurídico” o “fuentes para el conocimiento jurídico”) y al ordenamiento jurídico (en esa medida serían “fuentes

principios como fuente del derecho. Dicha importancia estará determinada por el valor que se le ha venido atribuyendo al concepto mismo de fuente del derecho y a la enumeración y jerarquía de estas fuentes del derecho en un sistema jurídico.

- a) Algunos autores, como Díez- PICAZO y GULLÓN, sostienen que la enumeración y jerarquía de las fuentes del derecho reviste una importancia política y una importancia sociológica. Una importancia política, por cuanto solucionaría un problema de tipo político que entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder –poder mandar y poder hacerse obedecer– que en última instancia es un poder de naturaleza política⁴. Una importancia sociológica, por cuanto, en el fondo y en la realidad, de lo que se trata es de luchas entre grupos sociales (grupos industriales o capitalistas, jueces y juristas, sindicatos y corporaciones profesionales, etc.)⁵⁻⁶.
- b) Otros autores, en cambio, cuestionan la idoneidad del concepto de fuente del derecho. Ya Hans Kelsen, había denunciado la total inutilidad del concepto de fuente del derecho⁷. Por su parte, Ignacio DE OTTO –partiendo de su concepto de fuente del derecho⁸– señala

jurídicas” o “fuentes para el ordenamiento jurídico”) [BASCUNÁN VALDÉS, Aníbal, *op. cit.* (n. 2), pp. 154- 155]. En esa misma línea y con fundamentación similar, otros autores califican a los principios jurídicos como una “especial fuente del derecho” [DÍAZ COUSELO, José, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Plus Ultra, 1971, p 83], como una “fuente supletoria del derecho” [BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1994, p. 111 y SQUELLANARDUCCI, Agustín, *Introducción al estudio del derecho*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2000, p. 271] o “fuente subsidiaria” [DÍEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.* (n. 2), p. 144] Otra parte de la doctrina, los califica también como “fuentes mediatas” [DERUGGERIO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Ciudad de México, México, 1939, p. 56] y “fuentes materiales indirectas” [HÜBNER GALLO, Jorge, *op. cit.* (n. 2), pp. 141, 159- 162]. No obstante lo anteriormente señalado, existe otro grupo de autores que no ubican a los principios jurídicos en el tratamiento del sistema de fuentes del derecho y, por lo tanto, no los consideran como tal, sino que los sitúan dentro del tratamiento de la interpretación de las leyes y los mecanismos de integración del derecho. Así, Máximo PACHECO entiende que los principios generales del derecho son “mecanismos de integración” [PACHECO, Máximo, *Teoría del Derecho -5ª edición-*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 420, 423- 426], Agustín SQUELLA los trata como “métodos de integración de la ley” [SQUELLANARDUCCI, Agustín, *op. cit.* (n. 3), p. 489] y Carlos MOUCHET y Ricardo ZORRAQUÍN los identifican como parte del “sistema de integración de la ley” [MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN, RICARDO, *Introducción al Derecho -12ª edición-*, Buenos Aires, Argentina: Editorial AbeledoPerrot, 1967, pp. 268- 292].

⁴ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.* (n. 2), p. 95. Así, según los autores, en la edad media, la lucha entre la ley la costumbre es una lucha entre el poder real (encarnado en la ley) y el poder de los señores feudales (encarnado en sus costumbres); a partir de la revolución francesa, por su parte, la lucha entre la ley y la costumbre representa la lucha entre el espíritu de renovación del Estado revolucionario de la burguesía liberal (representado en la ley) y el mantenimiento de las tradiciones defendidas por las fuerzas conservadoras (representado en la costumbre). *Ibid.*, pp. 95- 96.

⁵ *Ibidem.*

⁶ De algún modo esto ya era advertido por BENTHAM en su crítica a la concepción de derecho subyacente al *common law*, estructurada sobre la base de la existencia de una razón “artificial” del derecho como una forma especial de conocimiento práctico administrado por abogados y jueces quienes la usaban para fomentar sus “siniestros intereses” de grupo. Así lo pone de relieve ATRIA LEMAITRE, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico” en: *Revista Doxa*, N° 27, 2004, pp. 100 y ss.

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho -10ª edición-* (trad. Moisés Nilve), Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires, 1953, p. 151.

⁸ Según DE OTTO, fuente del derecho es “aquello a lo que el ordenamiento jurídico confiere la virtualidad de crear una norma”; la expresión fuentes se utilizaría “para designar no el proceso causal que lleva a crear la norma, sino aquello a lo que el ordenamiento

que “decir que unos actos normativos son fuentes, y otros no, no significa en modo alguno decir que el ordenamiento confiere a los primeros una virtualidad que no confiere a los segundos, porque el ordenamiento jurídico no prevé unas consecuencias específicas que sólo concurren en los actos llamados fuentes, en todos ellos, y no en los demás”⁹⁻¹⁰.

2. Hechas estas consideraciones desde el punto de vista que tradicionalmente se utiliza para tratar el tema de las fuentes del derecho y los principios jurídicos como fuente del derecho, vale efectuar una última consideración relativa a una concepción diferente de las fuentes del derecho que permitirá afirmar, finalmente, que deviene irrelevante considerar los principios jurídicos como fuente del derecho.

- a) Según Alf Ross, las fuentes del derecho son el “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”¹¹. Según Ross, existirían tres grandes tipos de fuentes del derecho, atendiendo al mayor o menor grado con que ellas presentan al juez una regla formulada para su utilización como fundamento de su decisión, y que Ross denomina como “grado de objetivación” de la fuente, en el siguiente esquema: (i) fuentes de objetivación completa –formulaciones revestidas de autoridad; legislación en el sentido más amplio–; (ii) fuentes de objetivación parcial –costumbre y precedente judicial–; y, (iii) fuentes carentes de objetivación –la “razón” o la “tradición de cultura”–¹². Aunque Ross no lo dice expresamente, puede concluirse que los principios jurídicos, en este esquema, se ubicarían en el nivel de las “fuentes carentes de objetivación” como parte de la razón o tradición del derecho y, en cuanto tales, tendrían influencia en la formulación de las reglas en cuya virtud el juez decide.

jurídico atribuye la virtualidad de producir ese efecto”. DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 1988, p. 70.

⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹⁰ Con todo, el tratamiento de la doctrina sobre el rol específico que juegan los principios del derecho en un ordenamiento jurídico y su calificación, ya sea como fuente del derecho o como parte integrante de los mecanismos de integración del derecho, generalmente estará condicionado por lo que haya determinado o resuelto el propio ordenamiento jurídico. Piénsese, por ejemplo, en lo prescrito por el capítulo primero, del título preliminar del Código Civil español, el cual dentro de la regulación de las “fuentes del derecho” sitúa a los “principios generales del derecho” como “fuente del ordenamiento jurídico español” (artículo 1.1., Código Civil español); o en lo prescrito por el título preliminar referido a “las leyes” del Código Civil argentino, que hace aplicable “los principios de leyes análogos” para el evento que una cuestión civil no pudiese resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, y los “principios generales del derecho” para el evento en que la cuestión siga siendo dudosa (artículo 16, Código Civil argentino). En estos casos, la apreciación doctrinaria pareciera estar más limitada o dirigida si se quiere; no así, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico nada establezca expresamente en relación a la posición y función de los principios jurídicos, como es el caso de algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, y el propio caso chileno. Ello justifica que sean en su mayoría autores españoles quienes consideran a los principios jurídicos fuente del derecho [Con francas excepciones, por todos: DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *op. cit.* (n. 8), pp. 72, 74- 75] y autores latinoamericanos quienes consideran a los principios jurídicos mecanismos de integración de la ley.

¹¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia-3ª edición-*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 75.

¹² *Ibid.*, p. 76, 95 y ss.

- b) El jurista argentino CUETO RUA, también teniendo presente la forma en como en definitiva los jueces resuelven, ha señalado que “las fuentes del Derecho son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto [de] vista que no sólo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social”¹³.
- c) Siguiendo de cerca esta definición, e inserto en la construcción normativa propia de la teoría estructurante del derecho –que se analizará más adelante– ALDUNATE LIZANA señala que fuentes del derecho “son todas aquellas instancias a partir de las cuales [se puede] afirmar la existencia de ciertas normas como normas vigentes en el ordenamiento jurídico”¹⁴; y aquí la expresión instancia quiere ser lo suficientemente amplia como para recoger la pluralidad de fenómenos sociales a los cuales, en distintos tiempos y lugares, se les otorga o reconoce, la cualidad de servir de base a una afirmación sobre una o más normas vigentes¹⁵. Lo conceptualizado anteriormente queda aún más claro si se tiene presente alguna de las ideas centrales de la teoría del método jurídico estructurante (o teoría estructurante del derecho) postulada por Friedrich MÜLLER¹⁶.

¹³ CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial AbeledoPerrot, 1961, p. 33.

¹⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Curso Introducción al estudio del Derecho*, inédito, 2010, p. 8.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas” (trad. Luis Villacorta Mancebo) en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, N° 27, septiembre- diciembre, 1989, pp. 111- 126 y Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico) (trad. Salvador Gómez de Arteché y Catalina), Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2006. El trabajo de MÜLLER ha influido en la doctrina ibérica y latinoamericana. En España, destaca la labor de Luis VILLACORTA MANCEBO en la traducción (“Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, 1980) y difusión de las obras del jurista alemán (“Postpositivismo”, 2008); asimismo, destaca el trabajo sistematizador de Salvador GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA en la traducción de los “Métodos de trabajo del derecho constitucional” (2006). En Brasil, desde 2000, se vienen traduciendo las obras de MÜLLER al portugués destacando las traducciones de Peter NAUMANN (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000; *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, 2007 y *Teoriaestruturante do directo*, 2008) y la difusión del trabajo del jurista alemán por Paulo BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, 1994). En Colombia, destacan los trabajos de Luis CASTAÑO ZULUAGA (“La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, 2009). En Chile, aunque Francisco ZÚÑIGA URBINA en un artículo de 1992 había tomado nota del método estructurante (ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional” en: UNIVERSIDAD DE CHILE y UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1992), es Eduardo ALDUNATE LIZANA el principal difusor de las ideas de la teoría estructurante del derecho de MÜLLER. Vid., ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica” en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 27-31; “Categorías para el análisis de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional. Argumentos sobre la base del tenor literal y la interpretación armónica” en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 115-120; “Interpretación, valores y sistema constitucional” en: Cuadernos de Derecho Público, Madrid, España, N° 15, enero- abril, 2002, pp. 77-90; “Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional” en: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Piura, Perú, 2002, pp. 259-273; y, “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho” en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 1er semestre, 2009, pp. 443-484.

Para esta teoría la “norma jurídica” será el resultado de una compleja labor llevada adelante por el “operador jurídico” o “trabajador del derecho” (*Rechtsarbeiter*): precisamente, la norma es inexistente como realidad sustancial separada de un caso, toda vez que se concreta o se realiza con motivo de la resolución de éste. En efecto, el trabajador del derecho construye la norma general y abstracta que ha de formarse por la coordinación de un “programa” y un “ámbito de la norma” y, en vista del caso particular, la individualiza para llegar a crear la “norma de decisión”¹⁷: norma individual y concreta (*konkrete und individuelle Entscheidungsnorm*) como resultado final. Según se aprecia, la norma jurídica (*Rechtsnorm*) es generada o establecida por el jurista a través del trabajo de concretización normativa. Y una de las fases de este proceso de construcción normativa se lleva a cabo inicialmente por medio de una labor de interpretación que se desarrolla a partir de los postulados de la moderna teoría del lenguaje y de datos lingüísticos; estos últimos comprenden textos normativos y no normativos tales como doctrina, textos históricos u otros referentes de la técnica de solución de casos¹⁸. Se observa entonces que en este proceso, el operador jurídico podrá recurrir a todas aquellas instancias que en el tiempo y lugar respectivo tienen la cualidad de servir de base a la afirmación de una norma de decisión. En este proceso de construcción normativa, inciden entonces las fuentes del derecho en el sentido apuntado; y dentro de aquellas fuentes del derecho, pueden encontrarse, los principios jurídicos; pero así como pueden encontrarse éstos, pueden encontrarse también una pluralidad de instancias u otros factores sociales que pueden incidir en la afirmación de la norma de decisión; es en este sentido en que deviene irrelevante considerar a los principios jurídicos como fuente del derecho, porque el gozar de esa calidad, no le otorga ni le resta protagonismo a dichos principios en el proceso construcción normativa.

3. En definitiva, la consideración de los principios jurídicos como fuente del derecho, como una sutil disquisición teórica, no importa o importa muy poco: los principios jurídicos y las teorías que puedan forjarse en relación a ellos importarán –y aquí se sigue a ALDUNATE LIZANA– en la medida que permitan identificar o sostener la racionalidad de determinados principios y en la medida que permitan su uso disciplinado en la construcción normativa; aquí, y de ese modo, tendrían un lugar en la argumentación jurídica¹⁹.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich, *Tesis acerca...* (n. 16), p. 122.

¹⁸ VILLACORTA MANCEBO, Luis, *El proceso estructurante de producción normativa propuesto por Friedrich Müller* en JusNavigandi, Teresina, año 16, N° 2823, 25.III.2011, disponible en la worldwide web: <http://jus.com.br/revista/texto/18769> [última consulta: 20 de junio de 2012], p. 6.

¹⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Principios jurídicos y neoconstitucionalismo” en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, p. 153.

2. RELACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DERECHO POSITIVO

§ I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Se ha constatado que en cada comunidad se desarrolla, de manera consciente o espontánea, un conjunto de fuentes, entendidos como instancias o elementos a partir de los cuales se sostiene la existencia de determinadas normas como vigentes. El Estado contemporáneo lo hace fundamentalmente a través de un derecho puesto, de producción estatal, y comunicado a través de textos –textos normativos–²⁰. Pero aún cuando se ha pretendido la monopolización de la creación del derecho por el estado, subsiste aún hoy el derecho no escrito²¹. Esto deja abierta la puerta no sólo a regulaciones producidas por fuentes orgánicas no estatales, sino que también a otros “misteriosos pobladores del mundo jurídico”²², como lo son los principios del derecho.

En efecto, casi desde la época de la Codificación, pero con renovado ímpetu en las últimas décadas, viene insistiéndose en que el derecho no es sólo un “universo de normas”, sino que comprendería también principios²³⁻²⁴. Precisamente, ESSER ya advertía que el derecho “no se restringiría ni a ‘la’ ley ni a un sistema interpretativo de ésta, sino que comprende[ría] un acervo siempre maleable de principios, máximas y reglas susceptibles de convertirse en positivos y que constituyen partes de la convicción viviente de los jueces y con respecto a los cuales, debe, pues, plantearse de una vez el problema de su localización y procedencia”²⁵. Ésto, porque “en la medida que el texto y la estructura de un derecho codificado dejan de aparecer como símbolos de la sapiencia legisladora y como garantía de soluciones preconcebidas, el pensamiento jurídico que hasta ahora argumentaba ateniéndose rígidamente ‘a la ley’, debe atreverse a tomar como base de su argumentación principios que sólo a duras penas pueden fundamentarse en la ley, pero que según la *communis opinio doctorum* forman parte del derecho”²⁶. Así, los principios de un tiempo a esta parte, se han introducido en la mente de los operadores jurídicos quienes de hecho los asumen como entidades que forman parte del ordenamiento jurídico, que tienen una posición dentro de él y que cumplen ciertas funciones.

²⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Sistema de fuentes*, inédito, 2008, p. 2.

²¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 2003, pp. 226- 227.

²² La expresión es de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico” en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, pp. 29- 64.

²³ PRIETO SANCHÍS (1992), p. 17.

²⁴ En la gran mayoría de las obras que se hacen cargo del tema de los principios jurídicos y que, a su vez, destacan este rasgo del derecho actual, suelen remitirse a la obra de DWORKIN, como si acaso el jurista norteamericano hubiese descubierto con “*Taking rights seriously*” estos “principios”. Ya antes de él, existieron otros que se ocuparon del tema, como el jurista alemán Josef ESSER o el norteamericano Roscoe POUND; y aún hasta antes de ellos, puede rastrearse la utilización de la voz principio hasta los juristas medievales, vid. MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales del derecho: repertorio de reglas, máximas, aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, España: Bosch casa editorial, 1979, pp. xxx- xxxi

²⁵ ESSER, Josef, *op. cit.* (N. 2), p. 30.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

§ 2. EFECTOS DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN RELACIÓN AL DERECHO POSITIVO.

1. Ahora cabría preguntarse cuál sería la específica relación existente entre los principios jurídicos y los ordenamientos jurídicos o, en términos más generales, el derecho positivo. Para la gran mayoría de los autores existiría una estrecha relación entre los principios jurídicos y el derecho positivo: los principios jurídicos en cuanto realidades metafísicas existirían en algún lugar del derecho, ocupando un lugar en él; serían, según las poéticas palabras del Tribunal Supremo español “la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica” y “el oxígeno que respiran las normas”²⁷. Con todo, las relaciones entre los principios jurídicos y el derecho positivo no es algo pacífico en la doctrina.

- a) Algunos autores entienden que los principios del derecho constituirían derecho vigente sin que sea necesario que medie instrumento jurídico alguno que los positivice. En efecto, se ha reconocido que los principios jurídicos tendrían una especial naturaleza de principios ético-jurídicos y que, en cuanto tales, constituirían derecho vigente²⁸: se habla incluso de una “justiciabilidad directa de los principios”²⁹ y se dice que ellos estarían generalmente formulados en forma expresa en los diversos textos normativos vigentes; pero otras veces, ellos no estarían expresamente formulados y formarían parte de un llamado “derecho supralegal”³⁰ o “derecho natural”³¹, constituyendo los llamados “principios extrajurídicos”³² o “no positivados”.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de abril de 1988 y del 16 de mayo de 1990. Citado en GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *op. cit.* (n. 2), p. 89.

²⁸ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, Salamanca, España: Librería Cervantes ediciones, 1991, p. 253. En el mismo sentido: ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, España: Editorial Civitas, 1990, p. 94 y ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, España: Editorial Trotta, 1999, p. 118.

²⁹ BELADIEZ ROJO, Margarita, *op. cit.* (n. 3), p. 115. Para la autora, no obstante, esto no implicaría que el juez o la Administración que se encuentren con un algún precepto contrario a un principio general del derecho puedan fundar su decisión acudiendo al referido principio, sino que en estos casos el juez o la Administración deben acudir a otra fuente del derecho distinta para solucionar el caso planteado. *Ibid.*, p. 114.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *op. cit.* (n. 2), p. 86 y ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del derecho: su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, pp. 57 y ss. Este último autor expresa el fundamento de derecho natural, con un matiz. Sostiene, por una parte, que tiene “plena conciencia de que la sola mención del derecho natural puede provocar una mueca de ironía en ciertos ambientes intelectuales, alguno de los cuales, todavía seducidos por un acentuado ‘snobismo jurídico’ propugnan un relativismo jactancioso que, paradójicamente, es el que mejor encierra los vicios del absolutismo y soberbia que suelen achacar a la doctrina que ellos combaten”. (*Ibid.*, pp. 61- 62). Por otra parte señala que, en su concepto, “[los preceptos del derecho natural] son propiamente jurídicos, en cuanto están referidos a ‘lo justo’, es decir, al Derecho. Así pues, se olvida que la justicia no constituye un concepto metajurídico, extraño al derecho, el cual, si prescinde de ella, termina empobrecido y entregado a la suerte que determinen los consensos sociales imperantes en un momento dado” (*Ibid.*, p. 63).

³² Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho* (trad. Juan Igartúa Salvatierra), San Sebastián, España: Servicio Editorial Universidad del país vasco, 1988, p. 153 y ss. Los llamados “principios implícitos del derecho” y los “principios extrasistémicos del derecho”.

- b) Otros autores en cambio entienden que los principios jurídicos requieren ser incorporados al derecho positivo, esto es, deben ser “positivados”. Para ESSER “un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no [contiene] ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones”³³. Se señala que los principios jurídicos, entendidos “como dictados por la razón o por el Derecho ideal o natural”, no serían parte del derecho vigente; pero si lo serían aquellos que estén contenidos implícitamente en el sistema y que deriven directamente del conjunto de normas³⁴. De esta forma, “son principios de derecho positivo, y sólo aquellos, que son directamente expresados por, o al menos pueden ser persuasivamente derivados de, disposiciones positivamente formuladas por las fuentes del derecho vigente”³⁵⁻³⁶.

2. Así las cosas, los principios jurídicos estarían en una relación dialéctica con el sistema jurídico: de una parte, los principios jurídicos actuarían en éste y, de otra, el sistema jurídico funcionaría con y sobre la base de aquellos. En este último caso, el ordenamiento jurídico se vale de los principios y los incorporaría en virtud del proceso antes descrito de la positivación³⁷. Los principios jurídicos, en cuanto parte del derecho, han sido incorporados al sistema jurídico a través del proceso de la Codificación³⁸ y, en general, por los diversos modos de fijación del derecho previos al proceso codificador³⁹. Estos procesos codificadores, nacionales e internacionales,

³³ ESSER, Josef, *op. cit.* (n. 2), p. 65.

³⁴ DERUGERIO, Roberto, *op. cit.* (n. 3), p. 56.

³⁵ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1999, p. 154.

³⁶ Para Kelsen ni aún estas circunstancias harían posible la “positivación” de los principios: “(...) sólo ciertas normas, esto es, las que ordenan actos coercitivos específicos, se ‘positivan’, ya que fueron generadas de una manera específica por el propio derecho”. Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Ciudad de México, México: Editorial Trillas, 1994, p. 124. Por su parte, Guzmán Brito reconoce que los principios del derecho inspiran instituciones, figuras y normas, pero “[c]umplido ello, el principio no se agota, pues conserva su capacidad de inspirar otra vez el sentido de nuevas instituciones, figuras, soluciones, técnicas o normas (...). Esta es la razón por la cual los principios del derecho no puedan ser positivados, lo que supone incluso que no puedan ni ser formulados. Al serlo, se transformarían en normas”. Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho privado constitucional*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 66.

³⁷ Es necesario tomar con cautela la expresión “positivación” y tener recelo de su uso, porque uno de los presupuestos epistemológicos de las anteriores posiciones en relación a los principios es la consideración de existencia de un “derecho positivo”; y “derecho positivo” es un concepto, de algún modo, referencial: sólo tiene sentido hablar de un “derecho positivo” en relación a otro derecho que se estima no es “positivo”. De esta manera, quien emplea la expresión “derecho positivo” de un modo encubierto -ora consiente, ora inconscientemente- está reconociendo la existencia de un derecho no positivo, como podría ser un “derecho natural”.

³⁸ El Tribunal Constitucional nacional ha reconocido que los códigos son, precisamente, “cuerpos jurídicos sistematizados a partir de principios generales”. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en causa rol N° 1144-08 del 23.XII.2008, considerando 28°.

³⁹ Se asume lo propuesto por Guzmán Brito quien diferencia la codificación moderna de las anteriores formas de fijación del derecho: precisamente, la codificación no es sino un tipo histórico de fijación del derecho. Guzmán Brito, Alejandro, “El origen y desarrollo de la idea de codificación del derecho” en su: *El Código Civil de Chile (1855- 2005). Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2007, p. 44. Cfr.

han producido ciertos efectos en la formación del derecho positivo o legislado⁴⁰ y consuetudinario, nacional e internacional. Extrapolando el esquema de las relaciones entre el derecho convencional y consuetudinario internacional –lúcidamente formulado por el internacionalista JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA⁴¹–, al ámbito de las relaciones entre el derecho legislado y los principios jurídicos, puede afirmarse que el derecho positivo recoge ciertos supuestos de interacción entre el derecho legislado y los principios jurídicos, a saber: el de un principio preexistente que es declarado o enunciado en una ley (efecto declarativo), el de un principio en formación que se consolida como tal mediante la entrada en vigencia de una ley (efecto cristizador) y el de la formación de un principio a partir de la disposición de una ley gracias a una práctica y desarrollo posterior por parte de los operadores jurídicos (efecto constitutivo o generador)⁴².

A) EFECTO DECLARATIVO

La interacción declarativa se refiere al supuesto de un principio jurídico ya existente que es recogido y declarado en un texto normativo con el efecto general de precisarlo y sistematizarlo por escrito⁴³. De esta forma, el precepto de derecho positivo no es más que la exposición escrita y formal de un principio jurídico previamente existente⁴⁴.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.

⁴⁰ “Derecho positivo o legislado”, entiéndase aquí, en un sentido muy amplio, comprensivo de los textos normativos que suelen identificarse con la ley, en el derecho nacional, y de los textos normativos que se identifican con los tratados internacionales, en el plano del derecho internacional público. Y “ley”, entiéndase también en un sentido amplio, comprensivo de todos los preceptos legales regulados y reconocidos en nuestro sistema jurídico, así como también a preceptos de naturaleza reglamentaria.

⁴¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1978, pp. 14 y ss. Este esquema ha sido asumido por la doctrina iuspublicista internacional, en particular, por la española. En este sentido: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público -5ª edición-*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2002, pp. 232- 234; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales -10ª edición-*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, pp. 74- 76 y DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público -16ª edición-*, Madrid, España, Editorial Tecnos (2007), pp. 141- 147. Por otra parte, y como prevención metodológica, el posterior análisis toma como base el armazón conceptual de los sobredichos autores en relación a los efectos del derecho convencional y la costumbre para elaborar sobre esa base una propuesta en torno a las relaciones entre derecho legislado y principios jurídicos. De esta manera, las referencias que hagan en lo sucesivo a las obras de estos autores, deben entenderse realizadas con ese propósito.

⁴² Aunque pueda sostenerse que los principios jurídicos y la costumbre jurídica internacional tienen diferencias estructurales (por de pronto, una consiste en ser una conducta revestida de ciertos atributos especiales y otra consiste en ser una entidad puramente intelectual), es posible intentar aplicar el mismo esquema de las relaciones entre derecho convencional y derecho consuetudinario internacional, al ámbito de las relaciones entre derecho legislado y principios jurídicos. Esto, porque como se observará en las páginas que siguen, en la praxis institucional el legislador nacional toma los principios y los incorpora en sus leyes (incluso en algunos casos, expresamente), el juez incorpora a su razonamiento los principios jurídicos teniéndolos como base de su decisión y los demás operadores jurídicos utilizan a los principios jurídicos para evaluar la juridicidad de la actividad estatal general. En suma, ese esquema es revelador de la forma en que los operadores jurídicos utilizan los principios jurídicos

⁴³ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.* (n. 41), p. 143.

⁴⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *op. cit.* (n. 41), p. 232.

Quizá el caso más paradigmático de interacción declarativa entre principios jurídicos y derecho positivo es el del principio de buena fe. El principio de buena fe es un principio que viene desarrollándose desde el derecho romano y fue incorporándose poco a poco en las modernas codificaciones. El principio de buena fe, en el ámbito del derecho privado, se bifurca en dos direcciones⁴⁵: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva; la primera, encontraría su reconocimiento más claro en el artículo 706 del Código Civil; la segunda, reconocería su más clara positivación en el artículo 1546 del Código Civil., y tendría a su vez distintas manifestaciones con variado sustento normativo en el cuerpo legal antedicho (en el desenvolvimiento del contrato, esta última manifestación se proyectaría: en los tratos preliminares, en el instante de su celebración, en su cumplimiento, en las relaciones postcontractuales y en su interpretación⁴⁶). Así, el principio de buena fe no sólo se alza como un principio rector en el ámbito del derecho privado, sino que se alzaría como un principio general del derecho⁴⁷ y, como tal, se manifestaría en diversos ámbitos del mismo, ya en el derecho procesal (artículos 84, 85 y 88 Código de Procedimiento Civil), en el derecho del trabajo (artículos 425 y 430, Código del Trabajo), en el derecho tributario (artículo 26, Código Tributario); además fundamentaría determinadas instituciones (como el matrimonio putativo -artículo 51, ley 19.947-, la doctrina de los actos propios⁴⁸, el fraude a la ley -artículo 83 U, ley 20.123- y el levantamiento del velo corporativo⁴⁹) y sería el sustento de otros principios jurídicos (como el principio de la primacía de la realidad en sede laboral). En fin, en todos estos casos, se ha estimado que los preceptos de derecho legislado no han sino declarado o recogido un principio jurídico ya existente.

B) EFECTO CRISTALIZADOR

Un precepto constitucional o legal puede constituir el punto final de la formación de un principio jurídico que hasta entonces no había alcanzado plena madurez (por ello se habla de un efecto cristalizador)⁵⁰.

⁴⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Los contratos. Parte General*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2005, p. 397.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 405. Para un panorama general del principio de buena fe en su función como principio jurídico y, en su caso, como supuesto de hecho de ciertos preceptos, vid. BOETSCH-GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2011 y DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La buena fe como dispositivo de ponderación* en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, pp. 260- 269.

⁴⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *op. cit.* (n. 45), pp. 397- 398.

⁴⁸ Vid. EDKAHL ESCOBAR, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias del pasado*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1989.

⁴⁹ En virtud de lo sentenciado reiteradamente por la Corte Suprema, puede concluirse que en virtud de determinados principios (entre otros, fundamentalmente, el de la buena fe) puede desestimarse la entidad legal que revisten ciertos tipos societarios, reconociendo la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Vid. Sentencia de la Corte Suprema del 2.VI.2008, recaída en causa rol N° 1527- 2008.

⁵⁰ PASTOR RIDRUEJO, Juan Antonio, *op. cit.* (n. 41), p. 76.

Para explicar este efecto, se recurrirá al análisis de la evolución de la consagración del principio de probidad, transparencia y publicidad en el ordenamiento jurídico nacional. Dicha consagración normativa, tiene varios hitos relevantes. (i) En primer lugar, cabe señalar la importancia de la ley 19.653 que estableció los principios de probidad, transparencia y publicidad en el artículo 13, inciso tercero de la ley 18.575; pero no obstante el reconocimiento del principio de publicidad, se establecían francas excepciones: entre ellas, la reserva o secreto que pueda establecerse en virtud de una “norma legal o reglamentaria”. (ii) A pesar del reconocimiento expreso del principio de publicidad en virtud de la modificación legal, al poco tiempo, el Ejecutivo, en virtud del decreto supremo N° 26 de 2001, estableció la reserva o secreto de una serie de actos, documentos y antecedentes, aprovechándose de la autorización que la propia ley otorgaba, cuando señalaba que la reserva o secreto podía establecerse por “norma legal o reglamentaria”. Hasta ese momento, en virtud de las francas excepciones establecidas por la ley y los reglamentos, un operador jurídico hubiese podido decir que el principio de transparencia era todavía un principio en gestación. (iii) Con posterioridad, la reforma constitucional de 2005, tuvo una trascendental importancia en el reconocimiento del principio de probidad y transparencia, al modificar el artículo 8 CPR, consagrando constitucionalmente dichos principios. (iv) Respecto de la consagración constitucional del principio de publicidad, se produce un importante cambio en relación al esquema de la publicidad vigente al amparo de la ley 18.575 con las modificaciones de la ley 19.653⁵¹. (v) Este cambio constitucional, motivó luego la dictación de la ley 20.285 de 20.VIII.2008 sobre acceso a la información pública que regula, precisamente, “el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información” (artículo 1). Así, sólo en virtud de la consagración constitucional y legal del principio de transparencia, es que el operador jurídico puede afirmar que el principio de transparencia alcanzó su plena madurez⁵².

⁵¹ Se producirían importantes cambios: (i) mirado desde el punto de vista del rango normativo del precepto en cuya virtud puede establecerse la reserva o secreto, ahora el texto constitucional exige una ley de quórum calificado para establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, (ii) mirado desde el punto de vista de las causales de reserva o secreto, esta sólo procede en virtud de las causales señaladas por la propia Carta Fundamental, (iii) mirado desde el punto de vista de la extensión de la publicidad, ahora alcanza a todos los “órganos del Estado”; (iv) por último, mirado desde el punto de vista de la forma de la consagración constitucional, ya que si bien establece como regla general la publicidad como carácter de los actos de los órganos del Estado, permite que una ley de quórum calificado sustraiga determinados actos de este principio y los establezca con carácter reservado o secreto, de este modo, la extensión del efecto normativo del principio de publicidad queda entregado a la ley; y si ésta era la idea, no tenía sentido incorporarla en la Constitución.

⁵² Cfr. BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política de la República comentada. Parte dogmática*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2012, pp. 56- 57.

C) EFECTO CONSTITUTIVO O GENERADOR

Este efecto se caracterizaría porque ciertas disposiciones de la constitución o de la ley son el punto de partida para dar lugar a un nuevo principio jurídico⁵³; dicha disposición es una propuesta de un nuevo principio de derecho, constituyendo el inicio para su desarrollo progresivo ulterior⁵⁴.

El artículo 3 de la ley 19.947, señala que “[l]as materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”. Según la doctrina, este precepto viene a consagrar, en términos más generales, el “principio de la protección del interés del cónyuge más débil”⁵⁵; y, según PIZARRO WILSON, la institución que mejor reflejaría este principio sería la compensación económica⁵⁶ (artículos 61 y ss., LMC).

Ahora bien, a partir de lo preceptuado por el artículo 3 y del principio que de él se extrae, para el operador jurídico contemporáneo, sería perfectamente posible generalizar aún más ese principio a fin de hacerlo aplicable aún fuera de la institución del matrimonio, en específico, a las uniones de hecho (o relaciones de convivencia, o concubinato), entendiendo que existe un “principio de la protección del interés del concubino más débil”; esto, para poder fundar jurídicamente una “compensación económica” a aquel concubino que, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, durante el concubinato, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, extrapolarlo así el supuesto de la compensación por menoscabo económico regulado en la ley para las relaciones matrimoniales, a las relaciones de convivencia no constitutivas de matrimonio.

Lo anterior pareciera forzado y apartarse en demasía del texto normativo cuya función es acotar las posibilidades de discrecionalidad judicial⁵⁷. No obstante ello, la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁵⁸, revocando una sentencia de primera instancia, concedió a una concubina (demandante en autos) una “compensación económica” por “haberse dedicado al cuidado, atención y apoyo [del otro concubino]” (considerando tercero), dedicación que “deriva del concubinato de ambos”, como se lee en la parte resolutive, fundando su resolución en los principios

⁵³ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.* (n. 41), p. 144.

⁵⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *op. cit.* (n. 41), p. 232.

⁵⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil” en: *Revista Chilena de Derecho Privado, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales*, N° 3, 2004, pp. 84- 85 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil” en su: *El nuevo derecho chileno del matrimonio de la ley 19.947 de 2004*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006, pp. 217- 218.

⁵⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, *op. cit.* (n. 55), pp. 7- 14.

⁵⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación de las reglas...*, *op. cit.* (n. 16), p. 261.

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del 04.XI.2010, recaída en causa rol N° 1298-2010

de equidad⁵⁹ y en la aplicación de las “reglas y principios de derecho común aplicables al concubinato” (considerando cuarto). La Corte Suprema⁶⁰ rechazó los recursos de casación en el forma y en el fondo que se dedujeron contra la sentencia de segunda instancia, en una sentencia interesante⁶¹.

De esta forma, determinados preceptos de un texto normativo pueden constituir un punto de partida para dar lugar a nuevos principios jurídicos, principios que, a su vez, pueden generalizarse, y servir de base a las decisiones de los tribunales. Son precisamente, estas operaciones, las que revelan la faz más peligrosa de los principios: siempre parecieran servir directamente a los intereses del operador que los extrae –de algún lado y algunas veces sin sujeción a texto normativo alguno– y los aplica ya en eventual beneficio de otro (en el caso de un abogado, de su cliente), ya a favor de sus convicciones morales, políticas o religiosas (en el caso de un individuo situado en una posición tal, que pueda incidir en los derechos de otros)⁶².

§ 3. ROL Y POSICIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

1. Se ha señalado que los principios jurídicos –aparte de las funciones esbozadas *supra*– cumplirían también una función normativa, en cuanto colaboran en la “aplicación y producción de normas por parte de los órganos jurídicos correspondientes”⁶³. A partir de lo expuesto puede preguntarse cuál es el fundamento jurídico para sostener esta función atribuida a los principios y si efectivamente se reconoce esta determinada función en el ordenamiento jurídico chileno. Para responder a estas preguntas, es necesario efectuar algunas consideraciones previas.

⁵⁹ Una equidad muy peculiar. Sobre la base de una cita a FUEYO, el tribunal funda la decisión de equidad en “los principios inspiradores de la *equity* anglosajona que han llegado a cristalizarse en una sistematización simple (...)”, aplicando al caso ciertas reglas de esa sistematización: “1. Prescindir de las formas para tomar en consideración; 2. Opera (sic) sobre las personas y no sobre las cosas; 3. Protege al diligente, no a quien descuida su derecho y 4. La igualdad es en principio, equidad” (considerando octavo). Inmediatamente después de lo dicho, en el considerando noveno, establece en favor de la demandante una compensación económica de cargo de la comunidad hereditaria o de los herederos; todo esto, sin argumentar lógicamente cómo de las reglas que el mismo sentenciador dice extraer de los principios de la *equity* anglosajona, se sigue racionalmente el establecer un derecho a favor del demandante (derecho que además cuantifica).

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema del 07.III.2012, recaída en causa rol N° 337- 2011.

⁶¹ De la sentencia de casación se extraen varias conclusiones “interesantes”: (i) de la sola relación de convivencia o concubinato es posible extraer consecuencias jurídicas directas, esto es, derechos subjetivos a favor de uno de los miembros de la relación –esto, aún en contra de la jurisprudencia reiterada de la propia Corte Suprema e incluso a pesar que el propio tribunal quiere aparentar seguir esa línea– (considerando décimo octavo, vigésimo quinto y vigésimo octavo); (ii) es posible dar lugar a una indemnización de daños, sin probar los supuestos que la configuran, sólo en base a la equidad (considerando vigésimo octavo); (iii) es lícito afectar los derechos hereditarios de los legitimarios por “desapego” al causante (considerando vigésimo noveno); (iv) los principios generales del derecho, junto a la ley, pueden llamar a la equidad para integrar la ley (considerando vigésimo tercero); (v) y, finalmente, la función integradora de la equidad, en supuesto de falta de ley, tiene su fundamento en la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 CPR (considerando vigésimo cuarto).

⁶² En un sentido similar: NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2011, pp. 42- 43.

⁶³ SQUELLANARDUCCI, Agustín, *op. cit.* (n. 3), p. 286.

- a) Puede aseverarse –y con razón- que la constitución constituye el fundamento último del ordenamiento jurídico, del sistema de fuentes y su configuración efectiva⁶⁴. Por lo tanto, debiera ser ella la que estructure el sistema de fuentes y determine la posición y relaciones recíprocas de cada fuente, de manera general, para todo el ordenamiento.
 - b) Afirmar la existencia de este sistema de fuentes, por un lado, implica aseverar la existencia de una pluralidad de instancias que se encuentran relacionadas entre sí; pero respecto de las cuales cada rama del derecho determinaría la posición que dentro de ellas asumen y atribuiría una determinada importancia a algunas fuentes por sobre otras⁶⁵.
 - c) En el contexto de un sistema de fuentes como el descrito, pueden distinguirse dos funciones que cumplen aquellas instancias en el proceso de construcción normativa. En primer lugar, algunas fuentes aparecen como datos reconocidos por el propio sistema como datos a partir de los cuales se inicia –directamente- el procedimiento de construcción normativa, y en los cuales en definitiva se puede fundar jurídicamente una norma (aquí se ubicarían los textos normativos, la costumbre y la equidad); en segundo lugar, otras fuentes aparecen como datos que inciden en la construcción de las normas a partir de las fuentes directas, pero sin vinculatoriedad ni eficacia normativa autónoma (aquí se ubicaría la doctrina, la jurisprudencia y los dictámenes de órganos consultivos)⁶⁶.
2. Teniendo presente lo anteriormente expuesto, puede señalarse:
- a) En primer lugar, que en el texto de la Constitución Política de 1980 nada se expresa respecto de los principios jurídicos, de su posición y de su relación con las demás fuentes del

⁶⁴ En efecto, se ha afirmado que “la constitución es el fundamento del ordenamiento jurídico positivo”, DE OTTOY PARDO, IGNACIO, *op. cit.* (n. 8), p. 22. Se previene, si, que aseverar esto no implica necesariamente asumir un concepto de Constitución que entienda que ella es, además, el fundamento inmediato de todas las fuentes del derecho. Cfr. ALDUNATELIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 16), pp. 480- 481.

⁶⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 20), pp. 2- 3. En un sentido similar VERGARA BLANCO reconoce que en cada disciplina jurídica o rama del derecho se desarrollarían principios propios y tendrían características e instituciones propias (VERGARA BLANCO, Alejandro, “Reconstrucción de los límites actuales del Derecho Administrativo chileno y su núcleo dogmático. Una primera formulación”, en: CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Estudios sobre la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Actas de las terceras jornadas de Derecho Administrativo*, Antofagasta, Chile: Ediciones Universidad de Antofagasta, 2008, p. 91). Sin perjuicio de reconocer en otro lugar que, al mismo tiempo, habría un constante flujo y reflujo de esos principios e instituciones de una disciplina o rama a otra, en especial de algunas ramas del derecho al derecho administrativo (VERGARA BLANCO, Alejandro, *Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica* en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, p. 331).

⁶⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 20), p. 3.

sistema, de manera que mal puede predicarse, *opeconstitutione*, una determinada función que debieran cumplir los principios jurídicos de un modo general en todas las ramas y en todos los ámbitos del derecho⁶⁷.

- b) En segundo lugar, y mirando en lo sucesivo la configuración de los distintos sectores del derecho en particular, puede señalarse que en ellos participan de modo más o menos intenso, los principios jurídicos. En este sentido, y analizando los textos normativos que sirven de base para la estructuración de cada sector del derecho, se aprecia en ellos una presencia expresa o implícita de los principios jurídicos, que ha variado durante los años. Así, y como postulado general, puede decirse que en los textos normativos de más reciente data –como en las reformas introducidas al derecho codificado y legislado general– se observa una utilización más intensa (y en forma expresa) de los principios jurídicos, ya declarando, cristalizando o constituyendo el punto de partida de principios del derecho⁶⁸. Esta especial y reciente técnica legislativa de carácter principal, no estaba presente (o, al menos no en la misma intensidad) en los textos normativos de más antiguo origen. Dicho lo anterior, se examinarán los principales textos normativos que estructuran el sistema de fuentes de los principales sectores del derecho en particular, para determinar si en ellos estarían (o no) presentes los principios jurídicos, y si lo están, que rol jugarían en ellos.

(i) En cuanto al esquema del sistema de fuentes del derecho privado estructurado a partir de los preceptos del título preliminar del Código Civil, se aprecia que no hay referencia expresa a la posición y funciones de los principios jurídicos⁶⁹ o de los principios

⁶⁷ Y aún cuando así fuera, puede ser criticable considerando que se ha estimado que los principios jurídicos son lo más propio de la tarea del jurista y son el resultado de su comprensión y del recorrido de aquellos lugares que según su método hacen al derecho. VERGARA BLANCO, Alejandro, *op. cit.* (n. 65), p. 319. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *op. cit.* (n. 2), p. 91.

⁶⁸ Vid., ley 20.285 del 20.VII.2008, artículos primero (y en el, los artículos 1, 4 y 11), quinto, sexto, noveno y décimo. Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, “Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión ‘principios’ por el legislador” en: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la administración pública*, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2010, pp. 281- 283.

⁶⁹ Más allá de los preceptos del título preliminar, el Código Civil utiliza la expresión “principio” a lo largo de su articulado en el sentido de señalar: (i) ya un límite temporal determinado o primer instante de ser algo (por ejemplo, cuando se refiere al “principio y fin de la existencia de las personas” en el título segundo del libro primero y así en otras disposiciones como las de los artículos 77, 81, 672, 673, 705, 1032, 1361, 1577, 1721, 2046 y 2065), (ii) ya un punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa (por ejemplo cuando se establece que el testamento militar deberá “siempre [ser] rubricado al principio y fin de cada página por el jefe o comandante” respectivo, en el artículo 1045 y así en otros preceptos como los artículos 1020, 1029, 1045 y 1904), (iii) ya un determinado estándar o valor probatorio (en este sentido, el artículo 1133 se refiere a un “principio de prueba por escrito”, luego en el mismo sentido otros artículos como el 1711 y 1713 utilizan la misma expresión). Mención aparte requiere el artículo 1792-2, introducido por la ley 19.335 del 23.IX.1994 sobre el régimen económico- matrimonial de participación en los gananciales: el antedicho artículo es el único artículo en todo el texto del Código Civil que puede estimarse emplea la voz “principio” en el sentido que se ha estado atribuyendo a la expresión “principio jurídico”, al señalar que “[l]os principios anteriores rigen en la forma y con las limitaciones señaladas en los artículos siguientes y en el párrafo I del Título VI del Libro Primero del Código Civil”. La referencia está hecha al inciso primero del mismo precepto

generales del derecho, ni en función interpretativa, ni en función integradora, como si se establece en otros sistemas jurídicos⁷⁰ y otros ámbitos del derecho; complementando tales disposiciones, la legislación procesal civil tampoco hace referencia alguna a principios de naturaleza jurídica⁷¹. Por su parte, específicamente en sede mercantil –y a pesar de la importancia atribuida al derecho no estatal⁷²– no hay referencias expresas a los principios jurídicos, salvo disposiciones aisladas⁷³ y sin perjuicio de la importancia de ciertos principios que, como *lexmercatoria*, se imponen en el tráfico jurídico comercial internacional⁷⁴.

(ii) Por su parte, tratándose del esquema del sistema de fuentes del derecho penal, el libro primero del Código Penal –que constituye la parte general de aquel sector del derecho–, salvo una referencia expresa a un principio ya consagrado⁷⁵, nada prescribe en relación a los principios jurídicos. Si bien es cierto que el derecho penal sustantivo nada (o poco) prescribe en relación a los principios, no obstante ello, la legislación procesal penal pareciera ser más generosa. Así, por una parte, en el Código de Procedimiento Penal se

que, junto con establecer la separación total de bienes entre marido y mujer durante la vigencia del régimen, prescribe que al finalizar aquel, se “compensa[rá] el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente”; en este sentido, se explica ahora la referencia al párrafo I, del título VI, del libro primero del Código Civil, que regula, precisamente, la compensación como modo de extinguir las obligaciones. De esta forma, la ley parece expresar que el inciso primero declara un principio, que luego ordena aplicar en la forma prescrita por otra parte del mismo Código. Esto puede ser un argumento para sostener que la técnica legislativa principal es de reciente data: precisamente, este precepto no estaba presente en la formulación original del Código, lo que se explicaría –en parte– por la comprensión del fenómeno codificador como una reacción frente a la dispersión normativa, la profusa aplicación de doctrinas, criterios y máximas no positivadas y el establecimiento de un sistema que tiende hacia una arbitrariedad casi a la perfección.

⁷⁰ Vid., *supra.*, capítulo primero, acápite III, § 4, c).

⁷¹ Si en cambio, hace referencia a los principios de equidad a que deben recurrir los jueces en la fundamentación de sus sentencias como forma de integración en defecto de ley, en el artículo 170, N° 5 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, el proyecto de Código Procesal Civil, mensaje 004- 360 del 12.III.2012, hace referencia a los “principios generales del derecho procesal” en función interpretativa en el artículo 13 y a los “principios generales del derecho” en función integradora en el artículo 206 N° 6, que viene a sustituir al actual artículo 170 N° 5, a propósito de la regulación de los requisitos de la sentencia definitiva.

⁷² Cfr., artículos 4, 5 y 6 del Código de Comercio.

⁷³ Cfr. Artículo 564 del Código de Comercio, a propósito de la regulación del contrato de seguro terrestre.

⁷⁴ Muchos de estos principios, no obstante denominarse como tales, asumen la forma propia de la codificación. En este sentido puede señalarse la importancia de los “principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales” del Instituto para la unificación del derecho privado del año 2004 y los “principios de derecho europeo de los contratos” de la Comisión de Derecho Europeo de los contratos de 2002. Un análisis de la formación de estos últimos puede verse en DÍEZ-PICAZO, Luis y MORALES MORENO, Antonio, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, España: Editorial Civitas, 2002. Por su parte, un análisis general de las relaciones entre la *lexmercatoria* y los principios generales del derecho puede verse en NEHME ZALAQUETT, Nicole, *El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales: un acercamiento a la lexmercatoria*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica Cono Sur, 2001, pp. 183- 192.

⁷⁵ El artículo 89 bis, introducido por la ley 20.507 del 08.IV.2011, a propósito del cumplimiento de condena derivada de ciertos delitos, respecto de los extranjeros, expresa la aplicación del “principio de reciprocidad”, con lo cual, muy probablemente, se está haciendo referencia al principio que se extrae del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales pronunciadas por tribunales extranjeros que señala que “[s]i no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile”.

establece como requisito de la sentencia definitiva de primera y segunda instancia la cita de las leyes o de los “principios jurídicos” en que se funda⁷⁶; por otra parte, inserto en la moderna técnica legislativa principal, el Código Procesal Penal declara⁷⁷ y cristaliza⁷⁸ principios jurídicos y establece un conjunto de preceptos que el propio texto entiende como “principios generales”⁷⁹.

(iii) En el ámbito del derecho internacional público, destaca lo preceptuado por el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia que señala que “[l]a Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. El tema de los principios generales del derecho internacional ha sido ampliamente estudiado por la doctrina extranjera⁸⁰ y nacional⁸¹. No es baladí constatar que en ninguna ocasión ha decidido un tribunal internacional en ningún supuesto litigioso sobre la base exclusiva de un principio general⁸².

(iv) En relación al esquema de las fuentes del derecho administrativo, vale lo dicho en relación al texto constitucional, así como lo señalado a propósito del título preliminar del Código Civil⁸³. Cabe mencionar, habida consideración de la importancia que para este sector del derecho revisten los dictámenes de la Contraloría General de la República, la utilización de los principios jurídicos por dicho órgano, ya sea que se trate de

⁷⁶ Artículo 500 del Código Procedimiento Penal. Sin perjuicio de dar cabida a otros principios jurídicos como los “principios de derecho internacional” en el artículo 637, 647 y 651.

⁷⁷ Artículo 67 y 98 del Código Procesal Penal, en relación al “principio de objetividad” del Ministerio Público.

⁷⁸ Artículo 449, lit. [b] del Código Procesal Penal en relación a los “principios generales del derecho internacional”. También se produce un efecto cristalizador del principio de inocencia reconocido expresamente en los artículos 4, 5, 44, 250, 473, 478 y 479 del Código Procesal Penal.

⁷⁹ V.gr., el título I, del libro primero, denominado “principios generales”; el párrafo primero, del título V, del libro primero, denominado también “principios generales”; ambos del Código Procesal Penal.

⁸⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *op. cit.* (n. 41), pp. 172- 177; PASTOR RIDRUEJO, Juan Antonio, *op. cit.* (n. 41), pp. 38- 42 y Díez DE VELASCO, Manuel, *op. cit.* (n. 41), pp. 119- 124.

⁸¹ Por todos: GARFEJARUFE, Farouk, “Algunos problemas que plantean los principios generales del derecho como fuente formal del ordenamiento jurídico internacional”, en: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *Trigésimo séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, pp. 543- 556.

⁸² RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *op. cit.* (n. 41), p. 175. Cfr. Díez DE VELASCO, Manuel, *op. cit.* (n. 41), pp. 121- 122.

⁸³ Al menos para quienes defienden la aplicación subsidiaria, y como derecho común, del Código Civil. Vid. entre otros, CORRAL TALCIANI, Hernán, “La descodificación del Derecho Civil en Chile”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (coordinador), *El Código Civil de Chile (1855- 2005). Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2003, p. 307 y BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Civil extracontractual*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006, pp. 482, 501. En contra, por todos: VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo: el mito del Código Civil como Derecho Común*, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing- Abeledo- Perrot, 2010, pp. 67- 91.

los principios propios del derecho administrativo⁸⁴ o los generales del derecho⁸⁵; cumpliendo tales principios, una función interpretativa e incluso una función normativa directa.

(v) Finalmente, en lo referido a otros específicos sectores del derecho, cabe destacar la importante función integradora que cumplen los principios generales del derecho en el ámbito del derecho aeronáutico: el artículo 6 del Código Aeronáutico, señala que “[e]n lo no previsto en este código ni en los convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho”.

- c) Del análisis de los textos normativos anteriormente señalados, se puede extraer la siguiente conclusión: a nivel constitucional, no hay una referencia expresa a la posición, rol o funciones que cumplirían los principios jurídicos, de un modo general, para todo el sistema jurídico; por lo tanto, en cada sector o rama del derecho, los principios jurídicos pueden jugar diversos roles. Así, los textos normativos que organizan el sistema de fuentes de cada rama del derecho o sector del ordenamiento establecen en cada caso la función que cumplirían los principios jurídicos y prescriben a qué principios jurídicos se les reconocerían tales funciones; así, en ciertos casos, se reconoce que los principios cumplirían una función interpretativa, integradora o ninguna (al menos ninguna, expresamente), al mismo tiempo que se reconoce que estas funciones son atribuidas a los principios jurídicos en general, sólo a los principios del respectivo sector o a los principios generales del derecho.
3. Volviendo sobre los pasos dados –y por la importancia atribuida a las reglas que organizan este sector– puede retomarse el análisis de la función que cumplen los principios en el ámbito del derecho privado. Se afirmó que en el Código Civil no existe referencia expresa a los principios jurídicos. No obstante lo cual, a partir de un precepto del Código Civil, puede sostenerse un reconocimiento a los principios jurídicos generales de este sector en función interpretativa.
- a) El precepto al que se hace referencia es el artículo 24, ubicado en el § 4, del título preliminar, referido a las reglas que gobiernan la “interpretación de las leyes”. Dicha disposición

⁸⁴ V.gr., dictamen N° 64894 del 15.XI.1959, dictamen N° 55085 del 16.VII.1973 (“principios generales que informan el derecho administrativo”) y dictamen N° 7318 del 09.II.2010 (“principios generales en que se sustenta la organización de la Administración del Estado”).

⁸⁵ V.gr., dictamen N° 26011 del 10.V.1960, dictamen N° 82913 del 23.X.1973, dictamen N° 9306 del 21.IV.1986, dictamen N° 26759 del 04.X.1989, dictamen N° 9772 del 23.IV.1992, dictamen N° 5065 del 11.II.1994, dictamen N° 47554 del 18.XII.2001, dictamen N° 78248 del 15.XII.2011, dictamen N° 17873 del 28.III.2012, entre otros.

señala que: “[e]n los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

- b) La doctrina, en forma mayoritaria —y con pretensiones de generalidad—, ha afirmado que este es un precepto referido en forma exclusiva a la interpretación de las leyes⁸⁶ y que tiene un supuesto de aplicación específico: el “fracaso del establecimiento del genuino sentido de la ley”⁸⁷ por medio de la aplicación de las “reglas de interpretación precedentes [a este artículo 24]”. En ese supuesto, a fin de hallar “el genuino sentido de la ley”, el precepto autorizaría recurrir al “espíritu general de la legislación”. Para GUZMÁN BRITO⁸⁸ el término “espíritu” significaría razón o finalidad objetiva, en cuanto razón de “una cierta generalidad de la legislación”; esta generalidad, podría ser más acotada por instituciones o figuras, pudiendo alcanzar incluso a toda la legislación chilena⁸⁹⁻⁹⁰.
- c) Al mismo tiempo, la doctrina entiende que el giro lingüístico “espíritu general de la legislación” no puede aludir a “principios generales del derecho”. GUZMÁN BRITO justifica esta posición señalando que en materia interpretativa “lo buscado es el ‘sentido’ de la norma legal existente, que se encuentra oculto por la oscuridad o contradicción; por lo tanto, no hay ningún principio que aplicar al caso, porque de lo contrario se fallaría conforme con aquél, no según la ley que se interpreta, como si ésta no existiera, igual que en

⁸⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992, p. 114.

⁸⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, Chile: Editorial Lexis-Nexis, 2007, p. 188. Según el autor, este fracaso normalmente consistirá en una “duda” interpretativa y no una “perplejidad”.

⁸⁸ En cuanto a las fuentes histórico-jurídicas e inteligencia del artículo 24 del Código Civil, interesa lo expuesto por el autor en GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el derecho chileno”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18- 19, 1981, pp. 111- 143; (1992), pp. 75- 76; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 86) y GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 87), pp. 183- 211.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 87), pp. 191- 192. El autor, en un trabajo previo, parecía ser más restrictivo con el alcance atribuido al “espíritu general de la legislación” al señalar que se trataría del espíritu “(...) general de toda la legislación chilena. Precisamente, porque el espíritu específico de la ley singular no pudo servir de conjetura para descubrir su verdadero sentido, es que el artículo 24 autoriza un recurso al espíritu general de la legislación”. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 88), p. 76.

⁹⁰ La doctrina también entiende que “espíritu general de la legislación” y “equidad natural” son conceptos distintos. En este sentido: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “El ‘espíritu general de la legislación’ como elemento de interpretación ante la ciencia jurídica y la jurisprudencia nacional”, en: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y FÁBREGA VEGA, Hugo (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Santiago, Chile: Universidad del Desarrollo, 2009, pp. 478- 479 y BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, primer año, según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado*, Santiago, Chile: Editorial Imprenta de Chile, 1915, p. 20.

evento de laguna”⁹¹. ALCALDE RODRÍGUEZ⁹² Y DUCCI⁹³, optan también por descartar los principios generales del derecho como contenido de la expresión “espíritu general de la legislación”.

- d) A favor de esta posición, puede señalarse que el íter codificador que dio lugar al actual Código Civil, conoció un precepto en el que, expresamente, se hacía referencia a los principios jurídicos en su función integradora. El artículo 4 del Proyecto de Código Civil de 1853 expresaba: “[e]n materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, i a falta de éstas, conforme a los principios jenerales del derecho i de equidad natural”⁹⁴. Finalmente, esa disposición fue rechazada en la Comisión Revisora por estimarse que se trataba “de un artículo más propio del Código de Enjuiciamiento”, aún en contra de la oposición de BELLO⁹⁵.
- e) A pesar de todo lo dicho, se afirmará aquí que al artículo 24 del Código Civil puede atribuírsele un sentido en virtud de cual es posible afirmar que los principios generales del derecho privado proyectarían una función interpretativa en dicho ámbito. Esto en virtud de argumentos (i) vinculados al método interpretativo, (ii) de carácter histórico y (iii) de la praxis institucional.

(i) En cuanto al método interpretativo, en este trabajo se sigue el método semántico-pragmático de la interpretación propuesta por MÜLLER⁹⁶ en Alemania y difundido en Chile por ALDUNATE LIZANA. No este el lugar para fundamentar esta teoría interpretativa⁹⁷, aunque si es ocasión para señalar alguno de sus postulados básicos. El

⁹¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 87), p. 185. Agrega que “no es posible identificar sin más el espíritu general con los principios generales del Derecho, que siguen siendo principios objetivos y no razones o finalidades adoptadas. No bien que en ciertos casos el espíritu de la ley pueda consistir en insertar un principio general, y que, en otros, a partir de las razones de la legislación se pueda construir un principio, debe, con todo, mantenerse rigurosamente la distinción conceptual entre ambas nociones”. *Ibid.*, p. 192

⁹² ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *op. cit.* (n. 91), p. 477.

⁹³ DUCCI (1977), pp. 152 y 153.

⁹⁴ Citado en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 88), p. 116.

⁹⁵ ALFONSO (1882), p. 27. Lo constata GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 88), pp. 116- 117.

⁹⁶ MÜLLER (1966), (1975), (1986) y (1993), citados en ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 80. Teoría que viene a complementar la teoría del método jurídico estructurante o estructurante del derecho, explicada *supra*.

⁹⁷ Sobre el desarrollo de los fundamentos y postulados de esta teoría interpretativa, puede consultarse: en Chile, en relación a sus implicancias en la interpretación jurídica general: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Consideraciones preliminares... op. cit.* (n. 16), pp. 27- 31; en relación a sus implicancias en la interpretación constitucional: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Categorías para el análisis... op. cit.* (n. 16), pp. 115- 120; ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), pp. 77- 90 y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación de las reglas... op. cit.* (n. 16), pp. 259- 263 -sobre la base de Friedrich MÜLLER y BUSSE (1992)-; en un mismo sentido, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Las mutaciones de la constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en: *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 7, N° 2, 2009, pp. 392- 402. En el extranjero,

rasgo fundamental de esta teoría es el abandono de un concepto de significado como constante de las señales del lenguaje y su sustitución por noción de significado como resultado de la actividad del intérprete⁹⁸; la interpretación no pretende basarse más como una búsqueda de un significado presente en las señales del lenguaje (para estos efectos, en los textos normativos) sino que se desvela como un fenómeno de asignación de significados a partir de un proceso complejo, dentro del cual incide de manera fundamental el contexto pragmático del sujeto y su situación comunicacional⁹⁹; se pone énfasis además en la distinción entre “texto normativo” –como material de inicio de la actividad interpretativa- y la “norma” –como resultado de dicha actividad: la “norma” es una categoría que debe ser situada en el ámbito del significado y, en esa medida, no puede ser considerada como el contenido de un texto, sino como el resultado de la actividad interpretativa a partir de un “texto”¹⁰⁰; finalmente, se afirma que la función de una teoría de la interpretación no consiste en aportar elementos para encontrar el “significado de una norma” –como tradicionalmente se dice- sino en buscar una disciplina de los elementos introducidos por el intérprete para justificar el sentido normativo que atribuye al texto¹⁰¹⁻¹⁰². Entre otras cosas, este método interpretativo lleva a rechazar argumentos basados en la existencia de una *voluntas legislatorum* o una *ratio legis* que tocaría al intérprete descubrir; estas ideas, sólo esconden postulados políticos que permiten al juez liberarse de toda responsabilidad en la interpretación, desplazando la misma a agentes abstractos de un poder legislativo al cual ya no pueden exigírsele cuentas; los resultados para un estado de derecho son –como se verá- de vastas consecuencias¹⁰³. Así, si se rechaza la existencia de una *voluntas legislatorum*, una *ratio legis*, o razones o finalidades ínsitas a una ley, con mayor razón puede rechazarse la existencia de razones o finalidades intrínsecas a una legislación (o a un sector de legislación) que toca al intérprete descubrir.

aparte de MÜLLER y BUSSE, en un sentido similar: HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; ASCARELLI, Tullio, (1959), “Interpretazione y giurisprudenza Costituzionale” en *Probleme-giuridici*, Milán, Italia: Editorial Giuffrè, 1959, p.140 y GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Coimbra, Portugal: Editorial Almedina, 2000, p. 143, citados en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.* (n. 97), p. 392.

⁹⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 79.

⁹⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación de las reglas... op. cit.* (n. 16), p. 260.

¹⁰⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), pp. 79- 80.

¹⁰¹ IBÍDEM. También en: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Consideraciones preliminares... op. cit.* (n. 16), p. 31. Sobre los elementos que permiten una disciplina interpretativa en materia constitucional: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación de las reglas... op. cit.* (n. 16), pp. 262- 273.

¹⁰² Cuando se dice que se busca una “disciplina de los elementos interpretativos”, quiere señalarse que esos elementos puedan ser puestos a disposición de un examen intersubjetivo, en que las afirmaciones sobre el sentido que se atribuye a una determinada expresión del lenguaje no pertenezcan al mero dominio de la competencia lingüística del intérprete. Sin embargo, se reconoce, que en este esquema, dichos elementos no permitirían justificar todo el iter de la decisión interpretativa, existiendo por tanto un momento subjetivo, momento en el que se manifiesta una valoración, una opción por parte del intérprete, de acuerdo a sus propios valores, donde lo más que puede exigírsele es que haga explícito los mismos. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), pp. 80- 81.

¹⁰³ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación de las reglas... op. cit.* (n. 16), p. 261.

(ii) En segundo lugar, en una perspectiva histórica, puede recurrirse a las fuentes del artículo 24 del Código Civil y del eliminado artículo 4 del Proyecto de 1853. GUZMÁN BRITO observa que la expresión “principios generales del derecho” es una expresión agregada en algún momento por BELLO que no está presente en las fuentes expresas del artículo 24 del Código Civil¹⁰⁴. Las fuentes posibles de esa expresión son el artículo 15 del Código Sardo de 1837 (que utilizaba la expresión *principes généraux du droit*) y el artículo ix del Código Civil peruano de 1852 (que hacía referencia a los “principios generales del derecho”)¹⁰⁵. Así las cosas, la aplicación de principios jurídicos generales de un sector del derecho, no eran desconocido por el redactor del Código Civil, quien además defendía a tales principios como un elemento disciplinador de los criterios interpretativos de los jueces¹⁰⁶. De otro lado, tampoco la idea misma de principio era extraña a la legislación nacional la cual, ya en 1837, incorporaba a los principios generales del derecho en la ley sobre fundamentación de las sentencias del mismo año, redactada por Mariano EGAÑA¹⁰⁷.

(iii) No es baladí señalar, que las primeras interpretaciones de la expresión “espíritu general de la legislación” parecían entenderla como principios jurídicos generales del derecho privado. En este sentido, José Clemente FABRES, en 1882, señalaba que

*“el espíritu jeneral de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate”*¹⁰⁸, señalando luego que *“constituyen, por ejemplo, espíritu jeneral de la legislación (...) dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la división de la propiedad i la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc”*¹⁰⁹.

Todo lo señalado por FABRES es lo que cualquier operador jurídico identificaría como principios jurídicos generales del derecho privado, incluso hoy.

¹⁰⁴ A saber, el artículo 21 del Código de la Luisiana y la obra *Cours de code civil* de DELVINCOURT.

¹⁰⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 87), pp. 62- 63.

¹⁰⁶ Demostrativas son las palabras del propio BELLO en relación a la sentencia de los jueces: “Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílfelas (sic), o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla general de equidad que haya determinado su juicio”. BELLO (1839) citado en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op. cit.* (n. 88), p. 121.

¹⁰⁷ FIGUEROA, María Angélica, “Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad”, en: *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos*, XVIII, 1996, p. 195. En el mismo sentido: GUZMÁN BRITO Alejandro, *op. cit.* (n. 87), pp. 64- 65.

¹⁰⁸ FABRES, José Clemente, *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, Chile: Editorial Cervantes, 1882, p. 114.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

(iv) De otra parte, mirando ahora la praxis institucional, se observa la profusa utilización de los principios propios de cada sector y de los principios generales del derecho en la jurisprudencia de los tribunales en una función interpretativa¹¹⁰ y hasta integradora a la par con la equidad¹¹¹. Además se constata que, cuando se recurre al “espíritu general de la legislación”, dicho “espíritu” se extrae y se formula de la misma manera como se extraen y enuncian los principios jurídicos por los mismos tribunales¹¹².

4. Así, habiendo rechazando los argumentos referidos a una *voluntas legislatorum* o una *ratio* intrínsecas a una legislación, la expresión “espíritu general de la legislación” no puede identificarse simplemente con las razones o finalidades de una legislación que debe el jurista descubrir. El “espíritu general de la legislación” más bien debe entenderse referido a principios jurídicos; pero no a los “principios generales del derecho” en el sentido señalado *supra*, ya que pueden resultar muy amplios o pueden no responder a las singularidades de la cuestión; sino, en particular, debe entenderse referido a los principios jurídicos generales del derecho privado; y la generalidad de tales principios, estará determinada ya por una materia o institución de derecho privado (como los bienes, el contrato, la sucesión, el matrimonio, etc.) o bien por las particularidades del derecho privado en su conjunto, debiendo evaluarse los principios comunes a todas las instituciones y a todo ese sector del derecho (como el principio de buena fe, el principio de autonomía de la voluntad, el principio de protección a la parte más débil de una relación, el principio de protección a los terceros, etc.). Todo lo cual, se reafirma si se tiene en consideración, en perspectiva histórica, que el recurso a los principios jurídicos propios del derecho privado en la labor interpretativa no era extraño a la doctrina y legislación chilena de épocas pasadas y tampoco lo es para la doctrina, legislación y praxis institucional contemporánea.

Con todo, una interpretación así, exige al operador jurídico una disciplina en su labor interpretativa, porque para precisar tales principios el operador debe determinar si la cuestión de derecho privado exige centrar la atención en principios propios de una materia o institución jurídica determinada o bien en el derecho privado en general; y al mismo tiempo, tal disciplina le exige fundar el principio jurídico que invoca ora recurriendo a textos normativos, ora recurriendo a la dogmática particular del derecho privado.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 26.X.1990.

¹¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda del 12.III.1984

¹¹² Sentencia de la Corte Suprema del 16.IX.1993.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

§ 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. En lo sucesivo, cabe situar a los principios jurídicos en el lugar donde más propiamente la teoría jurídica actual los ha situado; de este específico lugar, los principios jurídicos se proyectarían a todo el sistema jurídico y a todos los sectores del derecho; este específico lugar sería, además la fuente más propia de gran parte de los principios jurídicos. Este lugar sería la constitución. Pero bien podría decirse que los principios jurídicos venían forjándose desde hace mucho, casi junto con el desarrollo mismo de la ciencia jurídica¹¹³. ¿Cómo conciliar entonces esta constatación, con lo dicho precedentemente? Para comprenderlo, es necesario constatar la ocurrencia de importantes hechos durante el desarrollo del siglo xx, cuyas consecuencias se proyectaron en el campo del pensamiento jurídico. A su alero, surgieron corrientes de pensamiento que vinieron a consolidar ciertas ideas *in nuce* en el pensamiento jurídico, a desarrollar otras y a forjar una determinada forma de producir, interpretar y manejar el derecho sobre la base de principios jurídicos, utilizando para ello la constitución, en tanto fuente suprema del ordenamiento jurídico.

§ 2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

- a) Contexto histórico-jurídico del surgimiento de nuevos constitucionalismos. Exordio de un neoconstitucionalismo liberador del positivismo jurídico y sus horrores

1. Existe meridiano consenso en la doctrina contemporánea sobre el impacto de la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias en el campo de la teoría del derecho y la configuración efectiva de los distintos ordenamientos jurídicos¹¹⁴. En particular, en relación a la acentuación y desarrollo de ciertas críticas a la que era hasta ese entonces la filosofía jurídica imperante, el positivismo jurídico: el positivista, que en su batalla contra el derecho pre-moderno había defendido la contingencia del derecho¹¹⁵, se enfrentaba entonces a duras acusaciones tanto por

¹¹³ MANSPUIGARNAU, Jaime, *op. cit.* (n. 24), p. 30.

¹¹⁴ Vid., por ejemplo, ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 2001, p. 203; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi) -4ª edición-, Madrid, España: Editorial Trotta, 2004, p. 67 y PRIETO SANCHÍS, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, p. 213.

¹¹⁵ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 129.

su influencia en la configuración jurídica de los regímenes totalitarios –en particular, el régimen nacionalsocialista alemán– que dieron lugar al referido conflicto bélico¹¹⁶ como por ciertos postulados que le eran atribuidos¹¹⁷.

El impacto de esos cambios tuvo una particular recepción, en particular, en el constitucionalismo y en la ciencia del derecho constitucional. En efecto, se señala que se transformaron varios de los presupuestos que sustentaron al estado como organización política y, en particular, al constitucionalismo como teoría política y jurídica¹¹⁸; y más aún, respecto de este último punto, podría sostenerse que el constitucionalismo contemporáneo habría (re) definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años¹¹⁹. Así las cosas, el proceso de reconstrucción europea con post segunda guerra mundial y el término de los regímenes autoritarios (en el plano fáctico), daría lugar a la promulgación de nuevos textos constitucionales en ciertos países europeos –particularmente, Alemania e Italia–, los que como reacción a las atrocidades y a la barbarie recientemente vivida, establecerían un entramado de valores y principios materiales y un sistema de garantías a los derechos y libertades del hombre que influirían en todo el ordenamiento jurídico (en el plano jurídico)¹²⁰. Este contexto fáctico-jurídico sería propicio para el desarrollo del proceso que se ha venido en denominar “constitucionalización del derecho”¹²¹.

2. Según la doctrina, existirían una serie de condiciones que un ordenamiento debiese satisfacer para ser considerado como impregnado por las normas constitucionales¹²². Estas condiciones serían las siguientes: la existencia de una constitución rígida que incorpora derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la constitución, la fuerza vinculante de la constitución, la sobreinterpretación de la constitución (en el sentido que se le interpreta extensivamente y de

¹¹⁶ A modo ejemplar, pueden exponerse las palabras de Gustav RADBRUCH quien señaló que “[p]or medio de dos principios supo el nacionalsocialismo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra parte a los juristas: ‘órdenes son órdenes’ y ‘la ley es la ley’ [...] El principio ‘la ley es la ley’ no conocía [...] limitación alguna. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó durante muchos decenios, casi sin ser contradicho, a los juristas alemanes”. RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en su: *El hombre en el Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1980, p. 127.

¹¹⁷ Como el “principio de legalidad formal” o la “mera legalidad”. FERRAJOLI, Luigi, ob. cit. (n. 114), p. 66.

¹¹⁸ NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Una introducción al constitucionalismo posmoderno y al pluralismo constitucional” en: *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 31, N° 1, 2004, p. 115.

¹¹⁹ CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en su: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España; Editorial Trotta, 2003, p. 9.

¹²⁰ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Presentación”, en: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, *La constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2003, p. 7.

¹²¹ Sobre la “constitucionalización del derecho” vid., en el extranjero: FAVOREU, Louis, “La constitucionalización del derecho”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XII, 2001, pp. 31- 43 y GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003, pp. 49- 75; en Chile, por todos: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del derecho”, en: Tavolari, Raúl, *Doctrinas esenciales: derecho constitucional*, Santiago, Chile: Serie Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica, 1996, pp. 106 y ss.

¹²² GUASTINI, Riccardo, *op. cit.* (n. 121), p. 50.

ella se deducirían principios implícitos), la aplicación directa de las normas constitucionales (no sólo respecto de los poderes públicos sino también en la regulación de las relaciones entre particulares), la interpretación conforme de las leyes y, finalmente, la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas¹²³.

3. Lo anterior constituiría el telón de fondo para el desarrollo de un constitucionalismo postmoderno de carácter plural¹²⁴. Esta postmodernidad jurídica –para lo que en este trabajo interesa– en general, se caracterizaría por revalorizar la idea de principios generales del derecho¹²⁵; y en ámbito del constitucionalismo, por una extensión y transformación en la idea misma de constitución¹²⁶, entendiendo que presentaría un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices)¹²⁷.

En el contexto de este constitucionalismo postmoderno surgiría (y se consolidaría en otros casos) una corriente de pensamiento en el plano iusteorético y una determinada praxis jurisprudencial que haría eco de los cambios experimentados por el constitucionalismo y la ciencia del derecho constitucional. Esa praxis jurisprudencial recogería la idea de un “orden objetivo de valores” presente en una constitución –en particular, de la Constitución alemana– y se inauguraría con la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en el difundido “caso Lüth” del 15 de enero de 1958¹²⁸. Al mismo tiempo, se estaría desarrollando una corriente de pensamiento que alguna autora denominara “neoconstitucionalismo”.

b) Aproximación conceptual al neoconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo y la vuelta de viejos conocidos de la teoría jurídica

¹²³ *Ibid.*, pp. 50- 57.

¹²⁴ El pluralismo jurídico es uno de los rasgos descriptivos de la postmodernidad en el derecho que se caracterizaría por la dispersión de fuentes de producción y decisión jurídicas, producto en gran medida de la pérdida del poder monopólico del Estado sobre el Derecho. En el orden europeo el pluralismo jurídico también se predica respecto del derecho constitucional y se habla de un *multinevelconstitutionalism*, un “constitucionalismo societario” y un “transconstitucionalismo”; en el orden norteamericano, se habla de un *new constitutionalism*. Vid., NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *op. cit.* (n. 118), pp. 126 y ss., y GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N° 14, julio- diciembre, 2010, pp. 322 y ss.

¹²⁵ NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *op. cit.* (n. 118), p. 119.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 123.

¹²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, p. 214.

¹²⁸ Sobre la idea de “orden objetivo de valores” y su desarrollo, entre otros: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *ob. cit.* (n. 20), pp. 117, 163-166; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coordinador), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 10. Disponible en la worldwide web: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf [última consulta: 20 de junio de 2012]; y, CRUZ, Luis, “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, en: *Revista Dikaion de la Universidad de La Sabana, Colombia*, vol. 23, N° 18, 2009, pp. 17-19.

1. La jurista italiana Susanna POZZOLO, en un trabajo destinado a afirmar la especificidad de la interpretación constitucional de 1997¹²⁹, identificó a un grupo de iusfilósofos que compartirían un peculiar modo de acercarse al derecho; y a esa corriente de pensamiento denominó “neoconstitucionalismo”. La autora se refería al pensamiento de autores como DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY y NINO¹³⁰. Aunque ninguno de los autores se reconocería como parte de un movimiento unitario, no obstante lo cual compartirían ciertos postulados comunes, postulados que –aun cuando alguno de ellos fueron anunciados y latamente explicados– pueden sintetizarse bajo las siguientes formulaciones¹³¹: principios versus reglas (el derecho no se constituiría únicamente de normas, sino de normas, reglas y principios; en la constitución sería posible identificar reglas y –un número elevado de– principios, expresados todos en un lenguaje vago y altamente abstracto), ponderación versus subsunción (los principios requerirían de un especial método interpretativo– aplicativo denominado “ponderación”), constitución versus independencia del legislador (se habla de una penetración general del texto de la constitución y de una “materialización” de la misma, en el sentido que ella presentaría un contenido sustancial que condicionaría la validez de las normas subconstitucionales), jueces versus libertad del legislador (supuesta la presencia de principios, al juez le correspondería una labor creativa y una labor de continua adecuación de la legislación a la constitución). Cabe señalar que estas ideas, que se convertirían en lugares comunes del neoconstitucionalismo¹³², en innumerables ocasiones, han sido el foco de atención de la teoría del derecho; piénsese nada más en el tema de las relaciones entre derecho y moral o en el rol mismo que desempeñarían los principios jurídicos¹³³, temas que han sido objeto de la pendular preocupación de los juristas en la historia de la filosofía jurídica¹³⁴.

¹²⁹ POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Revista Doxa*, N° 21, II, 1998, pp. 339- 353. El trabajo publicado en la Revista Doxa en 1998, corresponde al trabajo presentado en 1997 por la autora en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*) desarrollado en Buenos Aires.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 339.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 340 y ss.

¹³² Constituirían un lugar común y más aún, un *locus amoenus*, que favorecería la dispersión conceptual y el carácter científico de esta corriente de pensamiento.

¹³³ Todo lo cual ha llevado a algunos autores a denunciar la falta de novedad de algo que dice ser “neo”. En España: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *ob. cit.* (n. 128), pp. 4- 9. En Chile: NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 1er semestre, 2010, pp. 533- 536.

¹³⁴ Cabe constatar que el tema “derecho y moral”, de una u otra forma, ha sido un tópico con un desarrollo milenario. Así, dentro de los maestros griegos, se ocuparon del tema SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES; dentro de los juristas romanos, PAULO y ULPIANO; en el medioevo, SAN AGUSTÍN de Hipona y SANTO TOMÁS de Aquino; ya en el siglo XVII, THOMASIUS; ya en el siglo XVIII y XIX, KANT, FICHTE, AHRENS y BENTHAM; en el siglo XX, JELLINEK, MOOR, DEL VECCHIO, RADBRUCH, RECASENS SICHES, Kelsen, HART, FULLER, ROSS, GRANIERISY RAWLS. La cuestión vuelve a ser el centro de atención, en el siglo XXI, con DWORKIN y ALEXY.

2. A partir de la obra de POZZOLO, comenzaron a desarrollarse distintos trabajos relativos al neoconstitucionalismo en Europa –principalmente en España¹³⁵ e Italia¹³⁶– y Latinoamérica –principalmente en México¹³⁷ y Colombia¹³⁸, últimamente en Argentina¹³⁹ y Chile¹⁴⁰;

¹³⁵ Vid., PRIETO SANCHÍS (1997); “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003; *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Perú: Palestra editores, 2007; “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007; *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2008; y, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2009. También: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003. Finalmente, cabe destacar la obra de SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Mc. Graw- Hill, 1999 y “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.

¹³⁶ Vid., FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, España: Editorial Trotta, 1998 y “Sobre los derechos fundamentales” en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007; COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003 y *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*, Lima, Perú: Ara Editores, 2010.

¹³⁷ Por todos: CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en su: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003; “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en su: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007; “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2010.

¹³⁸ Vid., BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, en: *Revista Doxa*, N° 30, 2007, pp. 273- 291 y “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007; JULIO ESTRADA, Alexei, “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007; y el aporte del trabajo compilatorio sobre las actuales “controversias constitucionales” de MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Controversias constitucionales*, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

¹³⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético*, Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2006 y SANTIAGO, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, 2008.

¹⁴⁰ Aunque las primeras palabras sobre el neoconstitucionalismo puedan situarse en los trabajos de AMUNÁTEGUI (1953) y VERDUGO y GARCÍA (1996), el neoconstitucionalismo en un sentido más contemporáneo, no se desarrollaría al alero de la difusión de sus postulados, sino más bien desde su crítica: en este sentido destacan los análisis de ATRIA LEMAITRE [ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6)], de ALDUNATE LIZANA [ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 14)]; “Neoconstitucionalismo”, en: *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2010; “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIII, N° 10, julio, 2010; y, “La argumentación de un Tribunal (neo) constitucional. Observaciones con ocasión de la sentencia en Rol 1340-09”, en: MARSHALL, Pablo, *Jurisprudencia Constitucional destacada 2008-2009: análisis crítico*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2010] y de NÚÑEZ POBLETE [NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *op. cit.* (n. 133)]. No obstante, queda hacer mención al aporte del profesor NÚÑEZ LEIVA quien ha tomado las banderas del neoconstitucionalismo en el país. En este sentido, en primer lugar, se ha encargado de difundir alguno de los postulados del neoconstitucionalismo a través de la publicación de una serie de columnas en el portal de internet “Diario Constitucional” tituladas “Cómo identificar a un neoconstitucionalista”; en segundo lugar, y mirado desde el punto de la historia de la filosofía del derecho, ha estudiado la identificación del actual neoconstitucionalismo con algunos de los postulados de la “escuela del derecho libre” (*Freirechtsbewegung*) de EHRlich, FUCHS y KANTOROWICZ en NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre como antecedentes de las teorías (Neo) Constitucionalistas del Derecho”, en su: *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del bicentenario*, Santiago, Chile: Editorial Librotecnia, 2011; por último, ha profundizado esta última perspectiva de análisis, complementándola con una visión de conjunto de los principales postulados de las doctrinas neoconstitucionalistas –en particular, de la española– en una obra próxima a editarse en México –prologada por el español PRIETO SANCHÍS y que el autor amablemente facilitó para su análisis– que constituye uno de los principales esfuerzos en la fijación de un ideario neoconstitucionalista y un intento de respuesta a la crítica reciente, NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *Neoconstitucionalismo ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, inédito, manuscrito en poder del autor, 2012.

trabajos que, en una primera línea, trataron de definir los contornos del neoconstitucionalismo, conceptualizarlo y caracterizarlo, aunque sin mucho éxito¹⁴¹; en efecto, al mismo tiempo que se habla de neoconstitucionalismo, los propios difusores de aquella corriente de pensamiento, denuncian la inexistencia de una única doctrina neoconstitucionalista o un concepto común que las agrupe a todas¹⁴² y reconocen que aún entre todas las ideas que puedan ser identificadas como neoconstitucionalistas existirían serias discrepancias¹⁴³. Estos problemas han llevado a algunos autores a reconocer que, el fenómeno del neoconstitucionalismo, en el plano científico, sólo cabe constatarlo: no sería posible tomar una posición respecto de las posturas teóricas o ideológicas que se puedan adscribir a ese neoconstitucionalismo, en bloque, por la sencilla razón de que todas ellas no forman una unidad¹⁴⁴, ni mucho menos una teoría¹⁴⁵. Para mayor abundamiento, basta con analizar las obras cumbres del neoconstitucionalismo (“Neoconstitucionalismo(s)”, 2003; “Teoría del Neoconstitucionalismo”, 2007; y “El canon neoconstitucional”, 2010) para que lo anteriormente señalado quede demostrado: se trata de obras colectivas, sin una única línea argumental, que reúne a autores de diversa filiación jurídica y de la cual pueden extraerse la más variopinta cantidad de conclusiones.

3. A pesar de lo dicho, defensores del neoconstitucionalismo tratando de disciplinar la utilización de dicha expresión, han señalado, algo ambiciosamente, que el neoconstitucionalismo podría ser tenido como una filosofía política, una teoría del derecho, un concepto de derecho¹⁴⁶ e incluso como una ciencia jurídica comprometida¹⁴⁷. Más allá de lo dicho, la pretensión de una aproximación conceptual al neoconstitucionalismo constituye en sí misma una cuestión que merece atención aparte¹⁴⁸. Así, este trabajo entenderá, en resumidas cuentas, que el neoconstitucionalismo es utilizado para aludir al menos a tres cosas distintas:

¹⁴¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS (2010), citado en NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *op. cit.* (n. 140), pp. 23- 24.

¹⁴² En este sentido: SALAZAR UGARTE, Pedro, *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*. Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 4, disponible en la worldwide web: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>[última consulta: 20 de junio de 2012]; y CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)... op. cit.* (n. 137), p. 9

¹⁴³ CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)... op. cit.* (n. 137), p. 11.

¹⁴⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Neoconstitucionalismo... op. cit.* (n. 140), p. 367.

¹⁴⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 101.

¹⁴⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS (2010), citado en NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *op. cit.* (n. 140), pp. 23- 24.

¹⁴⁷ SASTRE ARIZA, Santiago, *op. cit.* (n. 135), p. 205.

¹⁴⁸ Vid., en Chile una aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo en ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), pp. 79-102; un esquema de los principales conceptualizaciones del neoconstitucionalismo en NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *El movimiento... op. cit.* (n. 140), pp. 23- 25.

- a) Neoconstitucionalismo como el nombre de que caracterizaría a la evolución del diseño y de la praxis constitucional tras la segunda guerra mundial en algunos países de Europa Continental y Latinoamérica¹⁴⁹ y a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del estado constitucional¹⁵⁰.
- b) Neoconstitucionalismo sería utilizado para aludir a aquel conjunto de autores que se han ocupado de sentar las bases teóricas, o bien describir los hitos de la evolución que conduce a los rasgos descritos anteriormente, o, en fin, acogerlos favorablemente, desarrollarlos y difundirlos en la comunidad científica¹⁵¹.
- c) Neoconstitucionalismo como nuevo modelo, paradigma o teoría del derecho cuyo rasgo más distintivo sería la reincorporación de la moral al derecho, a través de los principios de justicia material que se encontrarían presentes en los textos constitucionales, y el consecuente rechazo al positivismo jurídico como inadecuado para dar cuenta de esta incorporación¹⁵².

4. Interesa resaltar que el neoconstitucionalismo, en sus tres dimensiones, se valdrá de un concepto jurídico que desde hace ya muchas décadas estaría presente y vendría desarrollándose en el pensamiento jurídico, y lo ubicará en el centro de la atención: se trata de los principios jurídicos. Los principios jurídicos constituirían una adecuada herramienta para derribar al formalismo del positivismo jurídico¹⁵³, una forma de matizar la configuración efectiva de los sistemas jurídicos y, en definitiva, una forma de sujetar la política al derecho¹⁵⁴, para de esa forma, evitar el terror¹⁵⁵ y un nuevo fracaso del derecho que dio cabida a un poder político totalitario, beligerante y genocida¹⁵⁶. En efecto, se entiende que los principios están profusamente

¹⁴⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Neoconstitucionalismo... op. cit.* (n. 140), p. 361 y EL MISMO, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), pp. 82- 83. Con todo, no es baladí poner de manifiesto la observación del mismo autor, en el sentido de advertir que el neoconstitucionalismo no sería, ni lejanamente, un fenómeno de alcance universal; “la evolución constitucional del mundo anglosajón no se ha visto significativamente afectada ni por el diseño ni por las características de la evolución jurisprudencial y doctrinaria apreciada en Europa continental y Latinoamérica. Pueden encontrarse puntos de encuentro (por ejemplo, la reflexión sobre la relación entre derecho y moral) en autores de diverso origen; pero los elementos que en su conjunto (y no aisladamente) se vinculan al neoconstitucionalismo, se despliegan como un fenómeno esencialmente europeo-continental y latinoamericano”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 82.

¹⁵⁰ CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)... op. cit.* pp. 9- 10.

¹⁵¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Neoconstitucionalismo... op. cit.* (n. 140), p. 363 y EL MISMO, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 85. Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *ob. cit.* (n. 142), p. 4.

¹⁵² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Neoconstitucionalismo... op. cit.* (n. 140), p. 364 y EL MISMO, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), pp. 85- 86. En el mismo sentido: ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 121- 128 y GARCÍA AMADO, Jose Antonio, *op. cit.* (n. 128), p. 4.

¹⁵³ Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Formas... op. cit.* (n. 136), p. 83 y ss.

¹⁵⁴ Sobre la posibilidad de someter la política al derecho, un atractivo análisis puede verse en: ATRIA LEMAITRE, Fernando, “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 91, 2003, pp. 324 y ss; y EL MISMO, *La forma del Derecho*, inédito, manuscrito en poder del autor, 2010, pp. 283 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La hora... op. cit.* (n. 154), pp. 323- 324.

¹⁵⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 81.

presentes en el texto constitucional (junto a reglas y valores), que desde ahí irradian a todo el ordenamiento jurídico (proceso de constitucionalización del derecho y efecto de irradiación), que ellos son determinantes para entender la estructura que asumirían los derechos fundamentales (derechos fundamentales como principios), que tales principios tienen una específica forma de interpretación y aplicación (método de la ponderación) y que ellos son determinantes en la resolución de los conflictos a todo nivel y, en particular, en sede constitucional. De parte de esto se ocuparán las páginas que siguen.

§ 3. PRINCIPIOS EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN

1. El neoconstitucionalismo entiende a la constitución como una norma jurídica constituida de reglas y principios; y, en particular, entiende que “las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”¹⁵⁷. Y estos principios enunciados por la constitución, junto con tener ciertos atributos especiales —como el “ser constitutivos de orden jurídico”—, más que ser “interpreta[dos] a través del análisis del lenguaje, deben ser entendi[dos] en su *ethos*”; en otras palabras, a los principios no se les obedece, sino que “se [les] presta adhesión” y por ello sería “importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”¹⁵⁸. Esto, a su vez tendría su fundamento en lo sugerido por ALEXEY, en el sentido de ver en los principios la faz deóntica de los valores. Se reconoce entonces que recibirían el nombre de principio, las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (como la “libertad”), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento jurídico (como la “primacía de la persona frente al estado”), las que indican los fines de la acción estatal (como el “bien común”) y las más vagas o que presentan indeterminado el supuesto de hecho de su aplicación (como la “igualdad”) ¹⁵⁹.

Mirando ahora el desarrollo de la doctrina nacional puede observarse que, en términos similares, se ha señalado que la constitución es la expresión de un orden objetivo de valores que constituye una prefiguración ideal y permanente, que no se agota en su texto, que es el vehículo por el cual ésta se manifiesta¹⁶⁰, que no habría precepto alguno de la carta que no exprese un valor¹⁶¹ y que los valores se expresarían como principios en ocasiones de densidad normativa

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* (n. 29), p. 110. Esto diferenciaría a la constitución de la ley por cuanto esta última es prevalentemente regla. *Ibid.*, p. 109.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* (n. 2), p. 49.

¹⁶⁰ BUSTOS CONCHA, Ismael, “La hermenéutica constitucional” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. X, 1986, p. 167. En el mismo sentido: PEÑA, Marisol, “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa en *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año IV, vol. 4, N° 1, 2006, p. 178.

¹⁶¹ CEA EGAÑA, José Luis, “La interpretación axiológica de la Constitución”, en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y racionamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992, p. 91.

muy pobre, lo que abriría al intérprete múltiples opciones de significado igualmente lícitas¹⁶²; en fin de cuentas, se entiende que el constituyente habría plasmado en todas sus normas valores y principios que constituirían límite a la potestad interpretativa¹⁶³.

De otro lado, y haciendo eco de las ideas imperantes, el Tribunal Constitucional –ya en su primera jurisprudencia¹⁶⁴ y especialmente en la más reciente¹⁶⁵– ha hecho constante referencia a los “principios y valores reconocidos en la Carta Fundamental”¹⁶⁶. De igual forma, la Corte Suprema –extremando posiciones– ha señalado con meridiana soltura que “la Carta Política se limita a establecer principios”¹⁶⁷.

2. Ahora bien, siendo coherente con lo señalado en otros apartados, bien podría preguntarse si la Constitución chilena, en su texto, recoge esta distinción entre “reglas, principios y valores” que profusamente acepta la doctrina y la jurisprudencia.

- a) Cabe señalar desde ya que la Carta Fundamental no efectúa distinción alguna entre “reglas, principios y valores”; y puede decirse más aún: el intérprete que se enfrenta a la constitución, se enfrenta con un texto normativo al cual debe atribuir significado sin que exista “regla, principio o valor” alguno antes de llevar adelante el proceso interpretativo, que ordene “subsumirlos” o “aplicarlos” en uno y otro caso.
- b) No obstante lo anteriormente señalado, puede examinarse el texto constitucional a fin de observar la utilización de la expresión “principio”¹⁶⁸. La Constitución utiliza la palabra “principio” en los siguientes preceptos: artículo 8, inciso primero (“[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al *principio de probidad*

¹⁶² *Ibid.*, p. 94.

¹⁶³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980”, en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y racionamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992, p. 321.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 27.X.1983 recaída en causa rol N° 19- 1983, considerando décimo. Sentencia del Tribunal Constitucional del 21.XII.1987 recaída en causa rol N° 46- 1987, considerandos decimosexto, decimonoveno y vigésimo.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 01.I.2011 recaída en causa rol N° 1086- 2010, considerandos trigésimo octavo y cuadragésimo noveno. Especial mención requiere la Sentencia del 26.IV.2011 recaída en causa rol N° 1994- 2011 (acumulada) que constituye una verdadera apología de los principios jurídicos en materia constitucional y de sus relaciones con el derecho positivo, lo que en este trabajo se ha estudiado bajo el nombre de efectos de los principios; esto, por cuanto hace referencia al efecto declarativo (“principio de la realización de la actividad minera”, considerandos décimo, undécimo y duodécimo), al efecto cristizador (“principio de la explotación regular de la mina”, considerando noveno) y al efecto constitutivo o generador de los principios (“principio de la pronta constitución de la concesión minera”, considerando decimonoveno).

¹⁶⁶ Sobre la utilización de argumentos axiológicos y el recurso a los valores en las decisiones del Tribunal Constitucional, vid. RAMOS VERGARA (2010), pp. 98- 108.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema del 30.III.2012 recaída en causa rol N° 8961- 2009, considerando décimo.

¹⁶⁸ Es necesario precisar que este ejercicio no tiene la pretensión de igualar el sentido asignado a un mismo término en distintas partes de la Constitución, por cuanto se tiene presente que dentro de cada disposición su sentido puede variar sustancialmente, como podrá apreciarse. Esto, para evitar caer en resultados banales o absurdos derivados de una supuesta “interpretación sistemática” o “armónica” de la Constitución. Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Categorías... op. cit.* (n. 16), p. 199.

en todas sus actuaciones”); artículo 19 N° 15, inciso sexto (“[s]on inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los *principios básicos del régimen democrático y constitucional...*”); artículo 38 (“[u]na ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los *principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse...*”); artículo 115 (“[p]ara el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como *principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo*. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio...”); y, finalmente, en la disposición transitoria vigésimo cuarta, inciso cuarto (“[l]a jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo *principio de ejecución* sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”)¹⁶⁹.

Salvo el último caso¹⁷⁰, pareciera plausible que el intérprete atribuya a la expresión “principio” el sentido de “principio jurídico” en su utilización tradicional. Y salvo éste y el penúltimo caso, parece también plausible que el intérprete deba identificar determinados principios en un específico supuesto y bajo ciertas condiciones, exigencias y limitaciones. Lo que se quiere decir con esto, es que es el propio texto constitucional el que hace un llamado a los principios jurídicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones; y sólo en esos supuestos, y bajo esas condiciones, exigencias y limitaciones es que los principios jurídicos debieran ser tenidos en cuenta por los operadores. Téngase presente además, que el llamamiento a los principios del derecho es más acotado en unos casos que en otros, en el sentido que en algunos supuestos la fórmula lingüística empleada por la Constitución permitiría acotar el universo de principios jurídicos que resultarían aplicables.

Así: (i) en el caso del artículo 8, inciso primero, el “principio de probidad” debe ser utilizado para evaluar la juridicidad de la actuación de un órgano del estado; (ii) en el caso del artículo 19 N° 15, inciso sexto, aunque aquí el universo de principios es amplio -hay una referencia a los “principios del régimen democrático” y los “principios del régimen constitucional”-, esos principios deben ser determinados por el Tribunal Constitucional a fin de ser tenidos en cuenta como uno de los criterios que permitirán evaluar la configuración de la hipótesis constitucional que habilita la declaración de inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización señalados en el precepto; (iii) en el caso del artículo 38, será tarea del legislador determinar los “principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse” la carrera profesional, los que estarán plasmados en una ley orgánica constitucional y que

¹⁶⁹ La cursiva es del autor.

¹⁷⁰ En tal caso la expresión “principio” se inserta en un contexto en el cual puede identificarse con un límite temporal determinado o primer instante de ser algo.

valdrán como parte de ese texto normativo; (iii) finalmente, en el caso del artículo 115, lo que se denomina “principio”, no es sino un criterio que debe observarse “para el gobierno y la administración interior del estado”.

§ 4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS.

1. Al mismo tiempo que se afirma que la constitución estaría compuesta de “reglas, principios y valores”, se señala que, en particular, las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales tendrían el carácter de principio. Fundamentalmente a partir de la obra de ALEXY¹⁷¹, se sostiene que los derechos fundamentales expresarían valores y la faz deóntica de los valores serían los principios, a los cuales se les reconocería el carácter de normas; de esa forma, los derechos fundamentales pueden considerarse como entidades de valor y, en el plano normativo, como mandatos *prima facie* o “mandatos de optimización”¹⁷². Todo lo cual va asociado a un específico método de aplicación de los derechos fundamentales, que es el método propio de aplicación de los principios: el método de la ponderación. Estas ideas -unidas a las otras consideraciones propias de un “orden objetivo de valores” presentes en la constitución- han influido en la discusión doctrinal sobre los derechos fundamentales en España y en Latinoamérica y en las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción constitucional en dichas órbitas¹⁷³.

En Chile la doctrina dominante ha sido fuertemente influenciada por la teoría de los derechos fundamentales del jurista de Kiel¹⁷⁴; a pesar de ello, la crítica dirigida directamente a esas ideas¹⁷⁵ como a sus consecuencias para el régimen constitucional¹⁷⁶, ha ido surgiendo con fuerza. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha asumido con fuerza la teoría de los principios de ALEXY para decidir asuntos relativos a los derechos fundamentales: paradigmática resulta ser la sentencia recaída en causa rol N° 1710- 2010, en la cual el Tribunal sentenció que

¹⁷¹ Sobre el sustrato teórico de sus postulados, vid., *supra*, capítulo primero, acápite III, § 3, c).

¹⁷² ALEXY, Robert, *op. cit.* (n. 1), pp. 138 y ss. Sobre el origen y desarrollo de esta teoría en Alemania, y elementos de crítica a esta postura, vid. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2008, pp. 117-118, 163- 166.

¹⁷³ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 66 de 1995 del 13.V.1995.

¹⁷⁴ Por todos: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.* (n. 97) y PEÑA, Marisol, *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al estado de derecho y a la democracia*, Santiago, Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011.

¹⁷⁵ Cfr. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución chilena del bicentenario”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2006, pp. 69- 128 y ALDUNATELIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 172), pp. 117-123.

¹⁷⁶ Cfr. RUIZ TAGLE VIAL, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 63, tomo I, 2001 y EL MISMO, *ob. cit.* (n. 175); ALDUNATELIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 172), CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo, “Vulgarización por constitucionalización”, en: *Revista Derecho y Humanidades* de la Universidad de Chile, N° 11, 2005; ATRIA LEMAITRE, FERNANDO, “SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. SOBRE PREDECIBILIDAD Y AUTOGBIERNO”, EN: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2006, pp. 7- 16; y ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2006, pp. 17-29.

los derechos fundamentales involucrados en la especie “corresponden a lo que ALEXY denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación” (considerando nonagésimo tercero).

Es necesario hacer mención a la especial forma en que el Tribunal llega a esa conclusión. A partir del considerando octogésimo noveno se hace cargo de conceptualizar a los “derechos fundamentales”. Para esa labor, recurre a la cita de las primeras páginas de la obra “Derechos Fundamentales” de ALDUNATE LIZANA¹⁷⁷ dedicándole casi un considerando completo (considerando octogésimo noveno); luego, en el considerando siguiente, hace referencia a un pasaje de un artículo de RUIZ- TAGLE VIAL de 2004, citado en este trabajo. Se constata entonces que el Tribunal cita, parcialmente, a dos de los principales críticos de la idea de los derechos fundamentales como principios. Pero en el mismo considerando, copia una frase atribuida a NOGUEIRA ALCALÁ –sin indicar la fuente– que expresa que los derechos fundamentales pueden ser apreciados “como derecho subjetivo y como componentes del orden constitucional objetivo” y a continuación acoge la distinción entre “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales” de FERRAJOLI. Así, en el considerando siguiente el Tribunal señala la “relación entre los conceptos” de “norma de derecho fundamental” y “derecho fundamental” que construye en base a pasajes no especificados de alguna obra de ALEXY; luego el Tribunal empalmará esa precisión, con la distinción entre principios y reglas del jurista alemán (considerando nonagésimo primero); para posteriormente, fundamentar sucintamente la colisión de derechos fundamentales y la ponderación como forma de dar solución a esa colisión (considerando nonagésimo segundo). Así las cosas, se observa que el tribunal integró en su razonamiento a autores críticos de la visión de los derechos fundamentales como principios (ALDUNATE LIZANA y RUIZ- TAGLE VIAL), a otros fieles a esa visión (ALEXY) y otros representantes del neoconstitucionalismo (FERRAJOLI) sin que resulte comprensible del todo, cuál sería la función exacta que cumpliría la cita a los críticos en la conclusión final del tribunal: los derechos fundamentales son principios que pueden colisionar entre sí y que, en tal caso, deben ser ponderados. De esta manera, puede reafirmarse lo observado en alguna oportunidad por ATRIA LEMAITRE: da la impresión que el tribunal dice lo que dice porque simplemente no le asigna importancia alguna a lo que está diciendo; muchas veces se hacen declaraciones sólo para “llenar el párrafo”, para que la sentencia parezca más larga y entonces más fundada¹⁷⁸.

¹⁷⁷ El texto transcrito en la sentencia, dice relación con la exposición de ALDUNATE LIZANA sobre cómo la doctrina ha entendido la expresión “derechos fundamentales”, omitiendo la parte que aporta una mirada crítica. Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 172), pp. 48- 49.

¹⁷⁸ ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Jurimprudencia constitucional”, en: MARSHAL, Pablo, *Jurisprudencia Constitucional destacada, 2008- 2009. Análisis crítico*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo PERROT, 2011, pp. 152 y 154.

§ 5. CRÍTICA A LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN

A la crítica que merecen los principios jurídicos en general, pueden agregarse otras críticas que apuntan al rol que han venido tomando los principios en el sistema constitucional –y desde ahí, a todo el ordenamiento jurídico– a partir del texto constitucional.

1. La primera crítica dice relación con los fundamentos de la distinción entre “reglas, principios y valores” como parte del contenido de la constitución y con aquello que permite a los operadores determinar cuándo se está en presencia de reglas, de principios y de valores. Se dijo que la Carta Fundamental no efectúa distinción alguna entre “reglas, principios y valores” y más aún: que el intérprete cuando se enfrenta a la constitución, se enfrenta a un texto normativo al cual debe atribuir significado sin que existan “reglas, principios o valores” antes de llevar adelante el proceso interpretativo. No obstante, es precisamente esto lo que constituye uno de los principales dogmas del neoconstitucionalismo: la distinción, *ex ante* del proceso interpretativo, entre “reglas, principios y valores”.

A pesar de lo dicho, el neoconstitucionalista más fino podría precisar lo afirmado, y señalar que en realidad el hecho que las normas constitucionales se consideren como “reglas, principios o valores” es algo que sólo podría apreciarse producto del resultado de la interpretación de ciertos enunciados. En efecto, se observa que unos mismos enunciados podrían operar a veces como reglas y a veces como principios, lo que lleva a concluir que la diferencia cualitativa entre reglas y principios tiene su origen en el razonamiento jurídico y no en el derecho mismo¹⁷⁹.

Pero el neoconstitucionalista acierta y yerra a la vez. Ciertamente, se requiere un proceso interpretativo, porque un mismo enunciado puede ser entendido como regla o como principio. Pero si esto es así, se debe concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en reglas y las reglas en principios. De esta forma, a este nivel, la distinción entre reglas y principios se desvanece completamente, en el sentido que no podría decirse a nivel del texto normativo o de las señales del lenguaje que existirían reglas y principios¹⁸⁰⁻¹⁸¹; mucho menos podría aseverarse, a nivel de la teoría del derecho, que el derecho estaría compuesto por reglas y principios: únicamente podría afirmarse que algunos juristas, como resultado del proceso interpretativo a partir de ciertas señales del lenguaje, entienden que ciertas fórmulas lingüísticas de un texto normativo pueden ser tenidas como reglas y otras fórmulas pueden ser tenidas como principios, con miras a justificar un diferente método de aplicación para distintas partes de un

¹⁷⁹ Así lo constata PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* (n. 2), p. 52.

¹⁸⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 19), p. 148.

¹⁸¹ En el mismo sentido: ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (n. 1), pp. 61- 62.

mismo texto normativo (subsunción, para las reglas; ponderación, para los principios)¹⁸². De esta forma, la decisión del intérprete –en términos de afirmar que un enunciado es regla o principio– en este nivel, y su eventual aplicación, sin ulterior justificación, deviene en arbitrariedad.

En definitiva, la distinción entre reglas y principios sólo es posible para una teoría que no distingue entre textos normativos y norma como entidad de significado resultante de un proceso de construcción normativa¹⁸³. En ese proceso de construcción normativa entrarán en juego diversos elementos; todos los cuales se canalizarán en una argumentación jurídica que va dirigida a producir una regla aplicable al caso; regla que, desde luego, habrá que subsumirla al caso¹⁸⁴. Por eso, dice ALDUNATE LIZANA, que el enfoque principialista confunde no sólo las entidades semióticas (las señales) con las entidades semánticas (de significado) sino que también el proceso de construcción normativa (que incluye la consideración, examen, afirmación, descarte, recuperación, etc. de reglas y principios) con el resultado de la construcción normativa que siempre ha de ser un juicio que permita calificar un deber ser disyuntivo (“debe ser” o “debe no ser”: y no, en cambio “*debe ser en mayor o menor medida*”)¹⁸⁵.

2. En segundo lugar, considerada la constitución como un continente de principios y valores, queda entregado al intérprete constitucional, a través de un procedimiento de ponderación, la determinación de las soluciones concretas que se pueda dar a las eventuales colisiones entre principios y valores¹⁸⁶. Esto se explica de la siguiente manera:

- a) Si se miran en sí mismos los principios y valores, conforme se ha señalado, resulta claro que el máximo rendimiento normativo que podría extraerse de esos principios y valores es que ellos son deseables y que se debería actuar en vistas a conseguirlos, pero no resuelven en absoluto la cuestión de qué conductas son debidas o prescritas para un cierto

¹⁸² Este argumento, en parte, tomó como base lo expuesto *in nuce* por el italiano GUASTINI, Riccardo, *op. cit.* (n. 35), p. 147. Aunque sorprenda –porque es un jurista que puede adscribirse al neoconstitucionalismo– lúcidamente el propio autor se daba cuenta la artificialidad de la distinción entre reglas y principios. Pero el autor que, por una parte denuncia que la distinción entre regla y principio no “sería una cuestión de hecho” sino que sería el resultado de un proceso interpretativo, a la vez –consciente o inconscientemente– termina introduciendo el argumento “debajo de la alfombra”, porque termina elaborando toda una construcción y toda una tipología de principios explícitos e implícitos que, a su juicio, estarían presentes en la constitución italiana.

¹⁸³ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 91.

¹⁸⁴ Parte del neoconstitucionalismo critica la subsunción como método de aplicación del derecho. Pero en realidad se ha señalado que casi no hay teoría de interpretación o aplicación del derecho que sostenga que el método de aplicación del derecho es subsuntivo, o al menos, que se agota en el momento de la subsunción o consiste en pura subsunción. En este sentido es que se entiende que se diga que la idea de aplicación subsuntiva es equivocada por reductiva, ya que aislada, parece reducir a una sola operación lo que son una serie de pasos complejos. En virtud del proceso de construcción normativa, se podrá llegar a afirmar la vigencia de una determinada norma; y esa determinada norma, se aplicará luego subsuntivamente a una determinada regla; y esa determinada regla, se aplicará luego subsuntivamente al caso. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), pp. 97- 99 y EL MISMO, *op. cit.* (n. 19), pp. 149-150.

¹⁸⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 92.

¹⁸⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La fuerza... op. cit.* (n. 16), p. 457.

caso: para otorgarles ese sentido normativo se haría necesaria la introducción de un elemento o criterio que permitiese establecer la preferencia de un principio o valor sobre otro, esto es, el criterio de ponderación o jerarquía entre principios y valores¹⁸⁷.

- b) Ahora bien, el derecho moderno se expresa fundamentalmente a través de textos normativos; textos a los que se les reconoce función normativa; y reconocer función normativa a un determinado texto consiste en insertar ese texto en una cadena de razonamiento, como elemento que permita acotar las posibilidades de construcción de su sentido normativo (para llegar a una norma), por parte del encargado de evaluar jurídicamente una situación, precisamente para restringir la presencia de sus propias valoraciones¹⁸⁸. Esto resulta coherente con la idea de un estado democrático de derecho, en que esta labor se encomienda a un parlamento: precisamente, los llamados a decidir cuáles valores se privilegian y cuales no son los representantes del pueblo a través de la ley¹⁸⁹. Por ello, los textos normativos vienen a disminuir el ámbito dentro del cual el intérprete constitucional puede realizar esas opciones valorativas¹⁹⁰.
- c) Así, siendo el objetivo de un texto normativo acotar las posibilidades de valoración disponible para el intérprete constitucional al momento de establecer la norma de decisión para un caso, la introducción de una argumentación sobre la base de principios y valores y su ponderación por parte del intérprete constitucional, implica precisamente la pérdida de la función normativa del texto normativo respectivo, por cuanto se adelanta la introducción de la subjetividad a través de la referencia a los principios y valores¹⁹¹, que serán formulados por el propio operador jurídico sin que pueda sujetarse al referido texto constitucional¹⁹². De esta manera, se simplifica la función del juez que se ve enfrentado

¹⁸⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 83.

¹⁸⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 84. Idea que se desarrolla con más detalle en EL MISMO, *La fuerza... op. cit.* (n. 16), pp. 472- 478.

¹⁸⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 172), p. 118.

¹⁹⁰ Por que, con todo, se reconocería que el intérprete tiene un ámbito de valoración o subjetividad, lo que algunos denominan el "momento subjetivo": en este momento subjetivo se manifestaría una valoración, una opción por parte del intérprete, de acuerdo a sus propios valores, en orden a atribuir uno u otro sentido a un texto normativo. Este momento esta presente, pero es un momento que está al final del iter interpretativo. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 81.

¹⁹¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 84.

¹⁹² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Derecho y pretextos. Elementos para una crítica del neoconstitucionalismo", en: CARBONELL, Miguel (coordinador) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2007, p. 238.

simplemente a los principios y valores que él elija, los cuales serán sopesados por él mismo de acuerdo a su ponderación de los hechos¹⁹³ y se elimina la necesidad de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

- d) Lo anteriormente señalado es la base de la principal crítica al método de la ponderación: las valoraciones adicionales requeridas por la operación, a saber, la decisión del peso a adjudicar a cada uno de los valores en juego, quedan entregadas al operador sin punto de apoyo o referencia jurídica (y habría que agregar: ni siquiera argumental)¹⁹⁶. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que la ponderación no sería sino un juicio arbitrario, salomónico e irracional¹⁹⁷, aunque pretenda ser revestido de un carácter de sofisticación lógica y racional¹⁹⁸.
- e) Más cuestionable resulta el recurso a los principios y valores, si se indaga su origen. Si se van a utilizar principios y valores bien podría preguntarse de dónde se extraen estos valores y principios: existe consenso en entender que unos y otros tendrían un marcado fundamento moral¹⁹⁹. De esto se siguen dos problemas: (i) primero, el de cómo conciliar la utilización de principios y valores (con un marcado carácter moral) y la exigencia que impone la Constitución al Tribunal Constitucional en el artículo 92, inciso cuarto, de fallar “conforme a derecho”; (ii) segundo, el problema de la compatibilidad entre la percepción de los principios y valores y el orden racional: asumiendo que la moral no admitiría una justificación racional²⁰⁰ y que la decisión jurídica estaría basada en juicios morales (por la referencia a los principios y valores), se deduce lógicamente que una decisión jurídica, basada en juicios morales, no podría encontrar una justificación racional²⁰¹; lo que es cuestionable mirado desde el punto de vista de una jurisdicción que no funda

¹⁹³ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 19), p. 146.

¹⁹⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *op. cit.* (n. 128), p. 1.

¹⁹⁵ Particularmente evidente en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 04.I.2011, recaída en causa rol N° 1683- 2010. La sentencia fue objeto de un agudo comentario de BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, quien calificó a alguno de los argumentos del Tribunal Constitucional como una “burla”. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de enero de 2011, rol 1683- 2010”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 124, primavera, 2011, pp. 113- 137.

¹⁹⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 96.

¹⁹⁷ JIMÉNEZ (1999), p. 73, citado en BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales... op. cit.* (n. 138), p. 278. En el mismo sentido: HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo) -4ª edición-, Madrid, España: Editorial Trotta, 2005, p. 327 y ss.

¹⁹⁸ Como pretende cierta doctrina al incorporar reglas y fórmulas lógicas, pseudo matemáticas, para determinar con exactitud el peso que debiera darse a un principio. Vid., BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales... op. cit.* (n. 138), pp. 283- 291 y ALEXY, Robert, *op. cit.* (n. 1), pp. 89- 95.

¹⁹⁹ En este sentido: OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales: introducción a la filosofía del derecho axiológica jurídica*, Santiago de Compostela, España: Universidad de Compostela, 1999, p. 27- 28.

²⁰⁰ NINO (1989), p. 126, citado en ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140).

²⁰¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Aproximación... op. cit.* (n. 140), p. 91.

la legitimidad de sus decisiones en un principio de soberanía, sino de racionalidad: la fuente de legitimidad de un Tribunal Constitucional sólo está dada por la posibilidad de establecer una cadena argumentativa sólida entre sus decisiones y el texto constitucional en el cual pretende justificarlas²⁰². Y puede decirse más: esta “lectura moral de la constitución” disuelve el derecho mismo, porque acaba con cualquier autonomía aun relativa del discurso jurídico frente al discurso moral²⁰³.

3. Se ha dicho que el neoconstitucionalismo defiende las constituciones materiales y garantizadas. PRIETO SANCHÍS ha señalado que el “[q]ue una constitución sea material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices), pero de idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones sino también incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”²⁰⁴.

- a) En virtud de esta idea (y la expresada *supra*), el juez constitucional, al fallar, se vería habilitado para incorporar en la norma decisoria ponderaciones de valor no vinculables al texto, y en esa medida se hace árbitro de las controversias planteadas; lo que implica asumir un concepto de constitución en virtud del cual ya se encuentran agotadas las controversias políticas, ya que aquella parte no vinculable al texto de la constitución se ve suplida por las ponderaciones judiciales al momento de resolver una pretensión²⁰⁵. Desde otra perspectiva: si en la constitución está contenido todo, bajo la forma de principios, y si los principios tienen una vocación al infinito, la conclusión es que no queda nada entregado al proceso político que no pueda ser considerado, desde ya, constitucionalizado²⁰⁶, generándose de esta forma –como señala ALDUNATE LIZANA– la desconstitucionalización de la constitución²⁰⁷⁻²⁰⁸.
- b) Por su parte, ATRIA LEMAITRE coincide con ALDUNATE LIZANA en que un concepto de constitución como el señalado puede dar lugar al empobrecimiento del proceso político;

²⁰² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La desconstitucionalización de la constitución”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, 2001, p. 21.

²⁰³ ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, en ATRIA, Fernando, ET. AL., *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2005, pp. 177- 178.

²⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales... op. cit.* (n. 135), p. 214.

²⁰⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Interpretación, valores... op. cit.* (n. 16), p. 87.

²⁰⁶ ALDUNATE LIZANA Eduardo, *op. cit.* (n. 19), p. 147. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (trad. Rafael Agapito Serrano), Madrid, España: Editorial Trotta, 2000, pp. 92- 94.

²⁰⁷ La desconstitucionalización de la constitución puede ser entendida como la pérdida del carácter político y fundamental de la Constitución, y su pervivencia más bien con el carácter de ley constitucional, como precepto superior de aplicación general sobre el ordenamiento jurídico protegido por mecanismos especiales de reforma y de control de constitucionalidad, pero nada más. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 202), p. 28.

²⁰⁸ No obstante ello, es necesario reconocer el cambio jurisprudencial introducido por la Sentencia del Tribunal Constitucional del 03.XI.2011, recaída en causa rol N°1881- 2010, que parece ir en una dirección opuesta.

precisamente en este sentido el neoconstitucionalismo sería en realidad anti-constitucionalista²⁰⁹. Pero para él, el problema es quizás más insoluble. ATRIA entiende que las disposiciones del artículo 19 [CPR] no son normas que puedan ser correctamente entendidas como normas jurídicas porque ellas no expresan concepciones sino conceptos; y estos conceptos políticos fundamentales se diferencian de las concepciones políticas de ellos, precisamente en que el desacuerdo político es desacuerdo entre concepciones, mientras que el desacuerdo en los conceptos no es desacuerdo político²¹⁰. Para él, “los conceptos nos permiten entender el rol constitutivo de los derechos; así entendida, una comunidad política se define por su compromiso con ciertos conceptos políticos [como la justicia, la igualdad, la libertad]”; la consecuencia de esto, sin embargo, es que “los conceptos no aparecen en el conflicto político normal: el conflicto político normal es el conflicto sobre cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes, es decir, sobre concepciones”²¹¹. Así, “para dirimir el conflicto político los conceptos que aparecen en el art. 19 [CPR] deben ser complementados por concepciones. Pero esas concepciones no están en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (...)”. Por lo tanto,

“si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para adjudicar el conflicto político, estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 [CPR] con su propia concepción de los derechos fundamentales (...). Como ahora todo depende de la concepción del juez, ahora sí nos importa si el juez es socialista o liberal (...)”²¹². Las normas constitucionales que aseguran o reconocen derechos no son normas respecto de las cuales alguien pueda, en casos políticamente relevantes, actuar como juez. El juez puede seguir llamándose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez”²¹³.

- c) Así las cosas, cuando el juez constitucional falla conforme a “principios y valores presentes en la constitución” en definitiva está sentenciando en base a sus propias ideas morales, políticas o de justicia; ideas que, difícilmente, pueden sustentarse en el sólo texto de la

²⁰⁹ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La forma... op. cit.* (n. 154), p. 282.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 296. ATRIA ejemplifica y señala que “[l]as personas con concepciones opuestas de la justicia no difieren entre sí en el concepto de justicia, sino en cuanto a su contenido concreto; no en que es justo dar a cada uno lo suyo, sino en qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo. Esta última especificación es lo que constituye una concepción”. *Ibidem*.

²¹¹ *Ibid.*, p. 297.

²¹² Según ATRIA “(...) las concepciones son las que animan la deliberación y el conflicto político, por lo que el juez sólo podrá solucionar el conflicto, si sale del closet como un aliado de una de las partes (como socialista, liberal, conservador, etc). En efecto, el juez no puede sino adherir a la concepción que (cree que) es correcta. Por tanto, no debiera sorprendernos que un juez socialista adhiera a una concepción socialista, o que un juez liberal lo haga respecto a una concepción liberal y así sucesivamente. Pues cuando se trata de aplicar el art. 19 de la constitución, no hay, no puede haber, distinción entre el razonamiento jurídico y político”. *Ibid.*, p. 308.

²¹³ *Ibid.*, p. 299.

constitución. En este sentido podría afirmarse aquí –junto con ATRIA LEMAITRE– que la constitución para el neoconstitucionalista no es un texto positivo, sino que es lo que ese texto significa en su mejor lectura moral; el neoconstitucionalista carece de la preocupación del jurista moderno por los textos normativos²¹⁴; razones de moral o de justicia autorizarían a un juez constitucional a sentenciar en contra de la letra de la constitución, a ver en el texto de la constitución principios que hay que ponderar o valores que proteger. En otras palabras,

“lo que vale en la constitución es el valor de justicia que se imputa; ella no es contingente, su contenido no depende de lo que haya decidido un legislador constitucional (sic). Si las palabras utilizadas indican que no hay ponderación aceptable, y la justicia reclama la ponderación entonces la constitución correctamente entendida exige ponderación. (...) la constitución no [sería] un texto positivo, el texto positivo que llamamos constitución [sería] un conjunto de proposiciones normativas que describirían (con mayor o menor éxito) la constitución”²¹⁵.

§ 6. ALTERNATIVAS A LA POSICIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA SOBRE LAS RELACIONES LEGISLADOR-JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

1. Se ha tratado de poner en evidencia que el neoconstitucionalismo propugna un determinado concepto de constitución que, alejado del concepto del constitucionalismo clásico, se define como un conjunto de “reglas, principios y valores” que, junto con irradiar todo el sistema jurídico, vincularían particularmente al legislador y a su producto que es la ley. De esta forma, el neoconstitucionalismo propone un cambio en el rol que ha de asignársele al legislador y a la ley, en miras de proteger una constitución que parece tener solución a todos los casos, destruyéndose el dogma liberal estatista de la fuerza absoluta de la ley²¹⁶ y agudizándose una denunciada crisis de la ley²¹⁷.

- a) Lo anterior puede entenderse en el determinado contexto histórico- jurídico a cuyo alero surge esta corriente de pensamiento: el neoconstitucionalismo surge principalmente como reacción al positivismo europeo del siglo XIX. Pero como se ha dicho por algún autor: “el neoconstitucionalismo arroja al bebé junto con el agua de la bañera. Su énfasis en el rol jurídico de los principios constitucionales y su indiferencia hacia el valor y dignidad

²¹⁴ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 121.

²¹⁵ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 125.

²¹⁶ PRIETO SANCHÍS (2009), citado en NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *Neoconstitucionalismo... op. cit.* (n. 140), p. 89.

²¹⁷ En este sentido, LAPORTA afirma que “[e]l parámetro constitucional (...) se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”, lo que determina que “la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”. LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley, una visión actual*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, p. 159.

de la legislación, pone en riesgo la idea de autogobierno democrático (...) y la idea de gobierno conforme a derecho”²¹⁸. Y la razón por la cual el neoconstitucionalismo envuelve este peligro es la misma razón que esgrimen algunos neoconstitucionalistas como su fundamento: el creciente pluralismo de las sociedades democráticas²¹⁹. Ha defendido esta idea ATRIA LEMAITRE²²⁰, quien ha señalado además que “nuestro compromiso constitutivo, ‘constitucional’, con valores como los que usualmente se contienen en las declaraciones constitucionales, no sólo es limitado por, sino estrictamente *supone*, profundos desacuerdos sobre la forma en que esos valores deben ser entendidos”²²¹. Profundizando la crítica, afirma que “lo que lo que al neoconstitucionalista le interesa no es crear condiciones institucionales para el surgimiento de prácticas que substantivamente respeten los derechos constitucionales, sino crear mecanismos que permitan aplicar la constitución con prescindencia del proceso político”²²². Para el autor, en definitiva, “el verdadero sentido de la constitución está en el modo en que la deliberación política puede ser entendida como deliberación entre ciudadanos respecto de la mejor comprensión de los conceptos constitucionales. Sólo de [ese] modo, se puede entender la constitución, que de otra forma deviene en un conjunto de leyes constitucionales”²²³. En buenas cuentas, para Atria el centro de gravedad de un estado democrático de derecho debiera situarse en el legislador y no en el juez: la ley debe ser el *non plus ultra* del derecho²²⁴.

- b) Sin desconocer la importancia de lo anteriormente señalado, puede asumirse una mirada más realista de las formas de producción y aplicación de las normas jurídicas en el sistema jurídico y el rol que ocupa en esa labor el juez. Esta mirada la aporta la teoría estructurante del derecho y el método semántico-pragmático de la interpretación de Friedrich MÜLLER, adelantada *supra*.

(i) En este sentido, en primer lugar, para la teoría estructurante del derecho la “norma jurídica” será el resultado de una compleja labor llevada adelante por el operador jurídico o quien trabaja sobre el derecho (*Rechtsarbeiter*): precisamente, la norma es inexistente como realidad sustancial separada de un caso, toda vez que se concreta o se realiza –se actualiza– con motivo de la resolución de éste. Según MÜLLER no es que la norma jurídica provenga del texto de la norma, sino que aquélla se ha de medir conforme a él²²⁵. De este modo,

²¹⁸ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 119.

²¹⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* (n. 29), p. 25.

²²⁰ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), pp. 119- 120.

²²¹ *Ibidem*.

²²² ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La forma... op. cit.* (n. 154), p. 317.

²²³ *Ibid.*, p. 307.

²²⁴ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *op. cit.* (n. 6), p. 83.

²²⁵ MÜLLER, Friedrich, *Método... op. cit.* (n. 16), pp. 235- 257.

se abandona la idea de supraordenación jerárquica del legislador respecto del juez, y se acentúa la responsabilidad de los tribunales en la labor de la concretización del derecho; en última instancia, de lo que se trata, es simplemente admitir que en realidad el derecho vigente es producido o generado por una acción combinada de todos los poderes estatales²²⁶ y tratar de disciplinar la actividad de los jueces para hacerla controlable racionalmente²²⁷.

Así, las normas jurídicas “no deben ser entendidas como una orden abstracta de lo que debe ser, ni como un juicio hipotético o acto de voluntad carente de todo trasfondo material”²²⁸; y, en particular, los preceptos constitucionales

“no aparecen en la práctica como juicios hipotéticos logificados, como órdenes idénticas a su tenor literal, sino como regulaciones que, además de los recursos metodológicos tradicionales, necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación, ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado”²²⁹.

El proceso de construcción normativa tiene en consideración hechos del mundo social que la norma presupone y que debe ratificarlos o modificarlos; del conjunto de hechos afectados por un precepto (*Normprogramm*, que tradicionalmente se entiende como *Rechtsbefehl*²³⁰), de la parcela de la realidad que haya de regular (*Sachbereich* o “ámbito material”²³¹) se extrae una prescripción que dará lugar a un escalón preliminar de la norma jurídica (*Normbereich* o “ámbito de la norma”²³²) para luego dar paso a la norma de decisión (*Entscheidungsnorm*) que, como tal, regula el caso concreto de una manera cuya particularidad desenvuelta en cada caso, puede calificarse de aplicativa²³³.

(ii) Unido a este proceso de construcción normativa, se encuentra el método semántico-pragmático de interpretación. El proceso de atribución de significado al texto de la constitución, parte de dicho texto: siguiendo a ALDUNATE LIZANA puede señalarse que, precisamente, la función del texto constitucional es servir de base al actuar del juez constitucional; y si esto es así, esta función sólo podrá ser cumplida si, a su vez, existen

²²⁶ VILLACORTA MANCEBO, Luis, *op. cit.* (n. 18), p. 4.

²²⁷ Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación...* *op. cit.* (n. 16), pp. 261 y ss.

²²⁸ MÜLLER, Friedrich, *Tesis...* *op. cit.* (n. 16), p. 114.

²²⁹ *Ibidem.* Cfr. MÜLLER, Friedrich, *Tesis...* *op. cit.* (n. 16), pp. 117- 118.

²³⁰ MÜLLER, Friedrich, *Método...* *op. cit.* (n. 16), pp. 240- 241.

²³¹ Vid. GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, Salvador, “Glosario”, en: MÜLLER, Friedrich, *Método...* *op. cit.* (n. 16), p. 443.

²³² Vid. *Ibid.*, pp. 386- 387.

²³³ MÜLLER, Friedrich, *Tesis...* *op. cit.* (n. 16), p. 122.

pautas para evaluar si el sentido que le asigne el juez a una expresión normativa puede o no ser aceptado; y podrá ser aceptado si logra vincular la atribución de significado a la fórmula de texto de que se trate a través de la correspondiente argumentación interpretativa²³⁴. Así las cosas, bien podría preguntarse cuál es la disciplina a la cuál se puede someter un juez en el manejo del texto. La respuesta que queda después de aceptar que en las señales del lenguaje no se encuentra presente una constante de significado, y que éste siempre es producto del intérprete, es la disciplina de la plausibilidad²³⁵.

Esta plausibilidad exigiría: primero, que la asignación de significado no pueda ser primariamente arbitraria, sino que debe introducir elementos cuya apreciación pueda ser compartida por los demás miembros de la comunidad (estos son los elementos objetivos –u objetivables– de la argumentación interpretativa); segundo, debe incorporar la mayor cantidad posible de elementos objetivables para justificar la atribución de significado por parte del juez al texto normativo correspondiente (lo que implicaría introducir aquellos que la sustentan y hacerse cargo –y refutar– aquellos que podrían desvirtuarla); tercero, un respeto estricto a las reglas formales del discurso racional; cuarto, una explicitación del paso de los elementos objetivables de la argumentación interpretativa, a aquel otro momento en que, acotadas dentro de lo posible las alternativas interpretativas, el juzgador hace explícito el valor que prefiere, por el cual opta, y en virtud del cual se inclina por alguna de dichas alternativas interpretativas²³⁶.

Dentro de los elementos objetivables de la argumentación interpretativa se encuentra el texto de la constitución²³⁷, otras actuaciones lingüísticas a nivel institucional (precedentes judiciales –paráfrasis de origen judicial-, expresiones en el proceso de generación del texto y precedentes estatales no judiciales –prácticas estatales–) y a nivel no institucional (literatura científica y la paráfrasis lexicográfica –esto es, la fijación de significado de las palabras en diccionarios o en investigaciones sobre el uso efectivo de los términos–)²³⁸, sin dejar de mencionar la importante función de la teoría de la constitución como elemento objetivable de la

²³⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación... op. cit.* (n. 16), p. 260.

²³⁵ *Ibidem.*

²³⁶ *Ibid.*, p. 262.

²³⁷ Sobre la importancia del texto: MÜLLER, Friedrich, *Tesis... op. cit.* (n. 16), pp. 124 y 125 y EL MISMO *Método... op. cit.* (n. 16), pp. 235- 247; ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación... op. cit.* (n. 16), p. 262.

²³⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación... op. cit.* (n. 16), pp. 263 y ss.

interpretación constitucional²³⁹ mirado ya desde el punto de vista del manejo de sus contenidos²⁴⁰ o bien ya considerando a la constitución como texto de lenguaje y las exigencias que de ello derivan²⁴¹⁻²⁴².

De esta forma, la disciplina de la actividad interpretativa y del método de construcción normativa por parte de los jueces y su control por la comunidad jurídica debiera ser la principal finalidad de toda teoría y doctrina del derecho.

4. PALABRAS FINALES SOBRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

1. Todo lo anteriormente expuesto, tanto en este capítulo como en el precedente, ha tenido por objeto determinar qué son los principios y qué ha dicho respecto de ellos la ciencia jurídica, junto con tratar de elucidar cuáles han sido las funciones que se les han venido atribuyendo en un sistema jurídico. Aunque el tema de los principios jurídicos no es nuevo, hoy es particularmente importante habida consideración el realce que han tenido como una fundamental pieza del derecho postmoderno: los tribunales deciden casos de conformidad a principios jurídicos, el parlamento los incorpora en las leyes, y las leyes son controladas en su constitucionalidad por los órganos respetivos que utilizan principios jurídicos que recogen (o dicen recoger) de la constitución como cartabón para llevar adelante dicha tarea²⁴³. Sea como sea, y más allá de la indisoluble discusión sobre la naturaleza de los principios ya como norma, regla o entidades independientes de las reglas, en el fondo existirían dos elementos comunes presentes en la discusión iusfilosófica sobre los principios jurídicos y en la praxis de los operadores jurídicos, que permitirían determinar qué son, o al menos, de dónde surgen estos principios.

- a) Cuando los operadores jurídicos se refieren a los principios jurídicos, la gran mayoría de las veces, se están refiriendo a ideas conclusivas que son extraídas mediata o inmediatamente

²³⁹ Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Die Auslegung des Verfassungsrechts als politisches Recht. Die Verfassungstheorie als Element der Theorie der Verfassungsauslegung* (La interpretación del derecho constitucional como derecho político: la función de la teoría de la constitución como elemento de la teoría de la interpretación constitucional), tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Sarre, Sarrebruck, Alemania, 1997.

²⁴⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Reformulación...* *op. cit.* (n. 16), pp. 267, 267- 273.

²⁴¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 239), pp. 130 y ss.

²⁴² A este último nivel pueden ubicarse los principios jurídicos, en el ámbito constitucional, en cuanto ideas o enunciados de la teoría de la constitución.

²⁴³ Resulta interesante constatar que alguno de los miembros que integran el órgano de jurisdicción constitucional más importante en Chile, el Tribunal Constitucional, entienden que su rol como jueces constitucionales es “controlar leyes mediante principios constitucionales” porque en definitiva “[l]a ponderación de los principios es coherente con una ética de responsabilidad republicana en que los ciudadanos se comprometen con la realización máxima posible de ciertos ideales”, lo cual permitirá dar lugar al ideal de un “derecho razonable”. VIERA- GALLO QUESNEY, José Antonio, “Controlando leyes mediante principios: un derecho razonable”, en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011, p. 137. Pero como se ha querido poner en evidencia, el recurso a los principios y al método de la ponderación, están lejos de contribuir a la racionalidad del sistema sino muy por el contrario, constituyen caldo de cultivo para decisiones puramente morales y para la arbitrariedad.

de lo que constituye derecho en un sistema jurídico determinado. En este sentido, los principios jurídicos serían ideas conclusivas que se extraen ya de los textos normativos producidos por el estado, ya de las reglas de derecho construidas a partir de hechos y actos a los cuales el estado les reconoce fuerza normativa (como la costumbre y los actos jurídicos en un sentido amplio).

- b) Cuando no se están refiriendo a ideas conclusivas que pueden extraerse de lo que constituye derecho en un sistema jurídico determinado, los operadores jurídicos estarían recurriendo a las ideas propias del acervo común de conocimientos de cada rama, sector o disciplina jurídica, que se ha forjado históricamente en forma conjunta con el desarrollo mismo de esa rama, sector o disciplina jurídica²⁴⁴. Es una cuestión más o menos pacífica, en una mirada histórica, la afirmación de la importancia, auge y caída del derecho romano y su redescubrimiento en la Europa medieval a partir del siglo XI; así como la constatación que, de la unión entre este derecho romano, el derecho canónico, las costumbres (fundamentalmente de origen germánico) y las doctrinas más difundidas es que surge un derecho común o *ius commune*; sin embargo, al poco andar, y de la mano de los cambios en la organización política y económica, es que se va a producir una diferenciación y una especialización de las ramas del derecho. Y así durante los años, se fue forjando en cada rama, sector y disciplina jurídica un acervo de conocimientos específicos, instituciones, doctrinas y principios, al cual se le ha ido reconociendo autonomía²⁴⁵. Es éste, el lugar más propio de los principios jurídicos: los principios, de esta forma, no constituyen otra cosa que la forma que asume la expresión de las máximas de la ideología jurídica asentada de un cierto sector del derecho, en un determinado momento y lugar²⁴⁶.

2. De esta manera cuando se hace referencia a principios jurídicos, en el fondo, se están expresando ya sea ideas conclusivas sobre lo que constituye derecho vigente en un determinado sistema jurídico, ya sea ideas o máximas de la ideología jurídica asentada de un cierto sector del derecho. Pero bien podría preguntarse por qué se recurre a los principios jurídicos y no directamente a estas ideas: simplemente porque explicar el derecho en clave principialista parece más

²⁴⁴ Sobre el rol de las disciplinas jurídicas y su autonomía, vid. ESSER, Josef, *op. cit.* (n. 2), pp. 61- 62, 103.

²⁴⁵ El proceso de constitucionalización del derecho, lleva a que toda regla jurídica quede sometida al imperio de esta suerte de nuevo “derecho común” que se viene a aplicar siempre, y no con carácter supletorio, sino de supremacía; de esa forma, los principios de cada rama del derecho, como elementos del propio sistema de fuentes que le da identidad, empiezan a ser reemplazados –o desplazados– por la interpretación de la constitución y de los derechos fundamentales como principios. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La fuerza... op. cit.* (n. 16), pp. 478- 482. Cfr. BÖCKENFÖRDE (1991), p. 23, citado en ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La fuerza... op. cit.* (n. 16), p. 478.

²⁴⁶ Con todo, se reconoce que puede existir tensión entre la ideología jurídica asentada y lo dispuesto por un texto normativo. Véase, por ejemplo, en el ámbito del derecho concursal, la discusión sobre el alcance de la cesación de pago como causal de quiebra y la tensión que existe entre el texto del artículo 41 de la ley de quiebras y la teoría de la ideología imperante; dicha tensión fue particularmente evidente en la Sentencia de la Corte Suprema del 20.XI.2007 recaída en causa rol N° 4262-07.

sencillo y, por lo tanto, más atractivo²⁴⁷. Ahora bien, el uso y empleo de los principios y la explicación del derecho a través de ellos parece justificarse en la academia o con fines meramente propedéuticos; pero no parece justificarse, ni parece apropiado, su prolífico manejo a nivel de los órganos estatales que interpretan y aplican el derecho, a los cuales el proceso de construcción normativa y las proyecciones mismas de sus decisiones –mirado desde el punto de vista de sus consecuencias en la vida de los ciudadanos– le imponen una carga argumentativa y de racionalidad cualitativamente más intensa que las que se imponen a un profesor o estudiante de derecho.

Así las cosas, a simple vista, pareciera que un tribunal que decide en base a “principios y valores” tendrá mucho menos legitimidad racional que un tribunal que decide en base a textos normativos y reglas de derecho derivadas de hechos y actos reconocidos por el estado, complementándolas con máximas de la rama, sector o disciplina jurídica de que se trate; del mismo modo, las resoluciones de un tribunal que decide en base a principios y valores tendrían menos posibilidades de control racional por la comunidad jurídica que un tribunal que lo hace en base a un disciplinado proceso de construcción normativa.

Estas consideraciones, hacen recomendable ir restringiendo poco a poco el recurso a los principios y a la técnica principialista en la legislación, en la jurisprudencia y, en general, en la praxis institucional; y al mismo tiempo, ir fortaleciendo la disciplina de la actividad interpretativa y del método de construcción normativa; sólo así podrá ponerse freno al creciente relajamiento intelectual de la dogmática y de los operadores jurídicos en general, y podrá evitarse la profundización de la progresiva vulgarización que actualmente sufre la cultura jurídica contemporánea²⁴⁸.

²⁴⁷ A propósito del neoconstitucionalismo, en una línea similar, ALDUNATE LIZANA señala que las ideas del neoconstitucionalismo, que utiliza profusamente los principios y el método de ponderación y el método de ponderación, se ha estimado triunfan hoy en día porque sus postulados son más fáciles de captar, exigen menos al intérprete o al operador jurídico desde el punto de vista argumental e intelectual en general; el neoconstitucionalismo, en fin, reduce la complejidad del trabajo jurídico a nivel individual, del operador jurídico. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 19), p. 145

²⁴⁸ Sobre las características de la vulgarización del derecho como proceso de decaimiento de un sistema jurídico (en particular, a propósito del decaimiento del derecho romano clásico), vid. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, 1991, pp. 234- 243; MERELLO, Ítalo, *Historia del Derecho*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1983, reimp. 2006, pp. 61- 65; y GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1996, pp. 47- 49. Sobre la vulgarización del derecho chileno vinculado a su constitucionalización, vid. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *op. cit.* (n. 202), pp. 31-34; ATRIA LEMAITRE, FERNANDO, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 12, Valdivia, Chile, 2001, p. 119 y EL MISMO, *La hora... op. cit.* (n. 154), pp. 61- 65; CORREA GONZÁLEZ, RODRIGO, *op. cit.* (n. 176), pp. 161- 165.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2006.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del derecho: su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y FÁBREGA VEGA, Hugo (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Santiago, Chile: Universidad del Desarrollo, 2009.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Die Auslegung des Verfassungsrechts als politisches Recht. Die Verfassungstheorie als Element der Theorie der Verfassungsauslegung* (La interpretación del derecho constitucional como derecho político: la función de la teoría de la constitución como elemento de la teoría de la interpretación constitucional), tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Sarre, Sarrebruck, Alemania, 1997.
- _____. “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica” en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998.
- _____. “Categorías para el análisis de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional. Argumentos sobre la base del tenor literal y la interpretación armónica” en: *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998.
- _____. “La desconstitucionalización de la constitución”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, 2001.
- _____. “Interpretación, valores y sistema constitucional” en: *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, España, N° 15, enero- abril, 2002.
- _____. “Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional” en: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Piura, Perú, 2002, pp. 259- 273.
- _____. *Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2008.
- _____. “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho” en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 1er semestre, 2009.
- _____. *Curso Introducción al estudio del Derecho*, inédito, 2010.
- _____. “Neoconstitucionalismo”, en: *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2010.
- _____. “Principios jurídicos y neoconstitucionalismo” en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo-Perrot, 2011.
- _____. *Sistema de fuentes*, inédito, 2008.
- _____. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIII, N° 10, julio, 2010.
- _____. “La argumentación de un Tribunal (neo) constitucional. Observaciones con ocasión de la sentencia en Rol 1340-09”, en: MARSHALL, Pablo, *Jurisprudencia Constitucional destacada 2008- 2009: análisis crítico*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo-Perrot, 2010.

* El autor agradece a los profesores Fernando Atria, Jorge Bermúdez y José Ignacio Núñez el haber facilitado material inédito de su autoría a fin de ser utilizado en la presente investigación.

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, España: Editorial Civitas, 1990.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 2001, p. 203.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas” en: *Revista Doxa*, N° 10, 1991.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 12, Valdivia, Chile, 2001.
- _____. “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 91, 2003.
- _____. “La ironía del positivismo jurídico” en: *Revista Doxa*, N° 27, 2004.
- _____. “Entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, en ATRIA, Fernando, ET. AL., *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2005.
- _____. “Seguridad jurídica y derechos fundamentales. Sobre predecibilidad y autogobierno”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial Lexis-Nexis, 2006.
- _____. *La forma del Derecho*, inédito, manuscrito en poder del autor, 2010,
- _____. “Jurimprudencia constitucional”, en: MARSHALL, Pablo, *Jurisprudencia Constitucional destacada, 2008-2009. Análisis crítico*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo-Perrot, 2011.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Reglas y principios en el Derecho” en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad chilena de Filosofía*, N° 2, 1984.
- _____. *Tratado de Responsabilidad Civil extracontractual*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, primer año, según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado*, Santiago, Chile: Editorial Imprenta de Chile, 1915.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de enero de 2011, rol 1683- 2010”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 124, primavera, 2011.
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Introducción al estudio del derecho y de las ciencias jurídicas*, Santiago, Chile: Serie apuntes de clases, 1953.
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, et. al., *Los modos de creación de la norma jurídica en el derecho chileno*, inédito, 1998.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1994.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, en: *Revista Doxa*, N° 30, 2007.
- _____. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo General -2ª edición-*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo-Perrot, 2011.
- BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2011.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (trad. Rafael Agapito Serrano), 2000.
- BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política de la República comentada. Parte dogmática*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2012.
- BUSTOS CONCHA, Ismael, “La hermenéutica constitucional” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. X, 1986.
- CARRÍO, Genaro, *Principios jurídicos de los países or(trad. Ernesto Garzntro de Estudios Constitucionales, idicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo- Perrot, 1970.
- CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en su: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España; Editorial Trotta, 2003.
- _____. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en su: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- _____. “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2010.
- CEA EGAÑA, José Luis, “La interpretación axiológica de la Constitución”, en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y racionamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992,.
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” en: *Revista Doxa*, N° 21, II, 1998.
- _____. “Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico”, EN: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- _____. *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*, Lima, Perú: Ara Editores, 2010.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La descodificación del Derecho Civil en Chile”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (coordinador), *El Código Civil de Chile (1855- 2005). Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2003.
- CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo, “Vulgarización por constitucionalización”, en: *Revista Derecho y Humanidades* de la Universidad de Chile, N° 11, 2005.
- CRUZ, Luis, “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, en: *Revista Dikaion de la Universidad de La Sabana, Colombia*, vol. 23, N° 18, 2009, pp. 17- 19.
- CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial AbeledoPerrot, 1961.
- DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 1988.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La buena fe como dispositivo de ponderación* en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011.
- D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- DERUGGERIO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Ciudad de México, México, 1939.
- DÍAZ COUSELO, José, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Plus Ultra, 1971.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público* -16ª edición-, Madrid, España, Editorial Tecnos, 2007.
- DÍEZ- PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 1973.
- DÍEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997.

- DÍEZ- PICAZO, Luis y MORALES MORENO, Antonio, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, España: Editorial Civitas, 2002.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la constitucionalización del derecho", en: Tavorari, Raúl, *Doctrinas esenciales: derecho constitucional*, Santiago, Chile: Serie Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, España: Bosch casa editorial, 1984.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. Eduardo Valtiofiol), Barcelona, España: Bosch casa editorial, 1961.
- EDKAHL ESCOBAR, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias del pasado*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1989.
- FABRES, José Clemente, *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, Chile: Editorial Cervantes, 1882.
- FAVOREU, Louis, "La constitucionalización del derecho", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XII, 2001.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "Presentación", en: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, *La constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi) -4ª edición-, Madrid, España: Editorial Trotta, 2004.
- _____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, España: Editorial Trotta, 1998.
- _____. "Sobre los derechos fundamentales" en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- FIGUEROA, María Angélica, "Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad", en: *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos*, XVIII, 1996.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Derecho y pretextos. Elementos para una crítica del neoconstitucionalismo", en: CARBONELL, Miguel (coordinador) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2007.
- _____. "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coordinador), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 10. Disponible en la World Wide Web: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf[última consulta: 20 de junio de 2012].
- _____. "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico" en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo-Perrot, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo, tomo I*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2000.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- GARFE JARUFE, Farouk, "Algunos problemas que plantean los principios generales del derecho como fuente formal del ordenamiento jurídico internacional", en: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *Trigésimo séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético*, Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2006.

- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, "Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios", en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N° 14, julio- diciembre, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1999.
- _____. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en: CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.
- _____. "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el derecho chileno", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18- 19, 1981.
- _____. "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992.
- _____. *Derecho Privado Romano*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1996
- _____. *El derecho privado constitucional*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- _____. "El origen y desarrollo de la idea de codificación del derecho" en su: *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2007.
- _____. *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo) -4ª edición-, Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.
- HÜBNER GALLO, Jorge, *Introducción al derecho* -7ª edición-, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1978.
- JULIO ESTRADA, Alexei, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* -10ª edición- (trad. Moisés Nilve), Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires, 1953.
- _____. *Teoría general de las normas*, Ciudad de México, México: Editorial Trillas, 1994
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley, una visión actual*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, Madrid, España: Editorial Trotta, 2000.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Los contratos. Parte General*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2005
- MANSPUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales del derecho: repertorio de reglas, máximas, aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, España: Bosch casa editorial, 1979.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Controversias constitucionales*, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- MERELLO, Ítalo, *Historia del Derecho*, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1983, reimp. 2006.
- MOUCHET, Carlos y Zorraquín, RICARDO, *Introducción al Derecho* -12ª edición-, Buenos Aires, Argentina: Editorial AbeledoPerrot, 1967.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980”, en: UNIVERSIDAD DE CHILE – UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y racionamiento jurídicos*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1992.
- NEHME ZALAQUETT, Nicole, *El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales: un acercamiento a la lex mercatoria*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica Cono Sur, 2001
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2011.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Las mutaciones de la constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en: *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 7, N° 2, 2009.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre como antecedentes de las teorías (Neo) Constitucionalistas del Derecho”, en su: *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del bicentenario*, Santiago, Chile: Editorial Librotecnia, 2011.
- _____. *Neoconstitucionalismo ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, inédito, manuscrito en poder del autor, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Una introducción al constitucionalismo posmoderno y al pluralismo constitucional” en: *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 31, N° 1, 2004.
- _____. “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 1er semestre, 2010.
- MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas” (trad. Luis Villacorta Mancebo) en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, N° 27, septiembre- diciembre, 1989.
- _____. *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico)* (trad. Salvador Gómez de Arteche y Catalina), Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2006.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Barcelona, España: Editorial Ariel, 2003,
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales -10ª edición-*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006.
- PEÑA, Marisol, “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa en *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año IV, vol. 4, N° 1, 2006.
- _____. *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al estado de derecho y a la democracia*, Santiago, Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil” en: *Revista Chilena de Derecho Privado, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales*, N° 3, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del racionamiento jurídico*, Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *Ley, principios, derechos*, Madrid, España: Editorial Dykinson, 1998.
- _____. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- _____. “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- _____. “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.

- _____. *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Perú: Palestra editores, 2007; “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- _____. *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2008.
- _____. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2009.
- POZZOLO, Sussana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Revista Doxa*, N° 21, II, 1998.
- RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en su: *El hombre en el Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1980.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público -5ª edición-*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 2002.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, Salamanca, España: Librería Cervantes ediciones, 1991.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia-3ª edición-*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución chilena del bicentenario”, en: BORDALÍ, Andrés (coordinador): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2006.
- _____. “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 63, tomo I, 2001 .
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*. Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 4, disponible en la worldwide web: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm> [última consulta: 20 de junio de 2012].
- SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, España: Editorial Mc. Graw-Hill, 1999.
- _____. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al estudio del derecho*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2000, p. 271
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “Reconstrucción de los límites actuales del Derecho Administrativo chileno y su núcleo dogmático. Una primera formulación”, en: CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Estudios sobre la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Actas de las terceras jornadas de Derecho Administrativo*, Antofagasta, Chile: Ediciones Universidad de Antofagasta, 2008.
- _____. *Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica* en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011.
- _____. “Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión ‘principios’ por el legislador” en: LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la administración pública*, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2010.
- _____. *El Derecho Administrativo como sistema autónomo: el mito del Código Civil como Derecho Común*, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2010.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil” en su: *El nuevo derecho chileno del matrimonio de la ley 19.947 de 2004*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006.

- VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, “Controlando leyes mediante principios: un derecho razonable”, en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- AbeledoPerrot, 2011.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, *El proceso estructurante de producción normativa propuesto por Friedrich Müller* en *JusNavigandi*, Teresina, año 16, N° 2823, 25.III.2011, disponible en la worldwide web: <http://jus.com.br/revista/texto/18769> [última consulta: 20 de junio de 2012].
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho* (trad. Juan Igartúa Salvatierra), San Sebastián, España: Servicio Editorial Universidad del país vasco, 1988.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, España: Editorial Trotta, 1999.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional” en: UNIVERSIDAD DE CHILE y UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1992.