

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL DE LA CONSTITUCION EN CHILE

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular

Universidad Católica de Chile

Universidad de Chile

RESUMEN

En la Teoría Constitucional Contemporánea se incluyen la Carta Fundamental como sistema de valores positivizados, el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley, y la consolidación del principio de supremacía en reemplazo de la infalibilidad del legislador. Esos tres conceptos son capitales y deben ser desarrollados en Chile. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional demuestra que se avanza en esa dirección, siendo relevante que enfatice la defensa de los derechos esenciales.

INTRODUCCIÓN

Deseo formular tres reflexiones en tópicos, nuevos y relevantes, de la teoría constitucional contemporánea, porque me parece necesario promover su debate en Chile y, ojalá, llegar a conclusiones prácticas. Trátase de la Constitución como sistema de valores positivizados; del control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley; y de la consolidación de la supremacía de la Carta Fundamental en reemplazo de la infalibilidad del legislador. Esos tres tópicos han sido denominados por la doctrina extranjera, sin duda con elocuencia y regocijo, como la *concreción práctica de ambigüedades gloriosas, un fenómeno universal grandioso y el éxito de una aventura asombrosa*, respectivamente.

En el marco de ideas mencionadas situaré una visión, panorámica y evaluativa, de la *jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional*. Finalizaré este ensayo con una referencia a la *reforma* de la Carta Fundamental, hoy pendiente en el Senado, en cuanto se relaciona con esa Magistratura. Esa reforma perfecciona el régimen aplicable al nombramiento de los miembros del Tribunal, amplía sus

potestades y precisa los efectos de las sentencias que lo convierten en el *Tribunal de la Constitución*.

I. CONCRECIÓN DE AMBIGÜEDADES GLORIOSAS

Mauro Cappelletti¹ ha escrito que el fin de la Constitución radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos. Añade que esa finalidad se concreta en la descripción de grandes programas y no en la distribución de poderes específicos. Agrega aquel catedrático italo-americano que en las Constituciones aparecen formulados esos objetivos supremos en términos de principios generales, de valores apenas enunciados y de conceptos no rara vez imprecisos. Pero, concluye dicho maestro, las aludidas son

¹ "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en LOUIS JOSEPH FAVOREU *et al.*: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984), pp. 618 y 655.

ambigüedades gloriosas, cuya sustancia jurídica, en apariencia imperceptible, queda de manifiesto por la sabiduría de un recto Tribunal Constitucional. De esta manera, tales Cortes dotan de sustancia normativa precisa a esas reglas, en primera lectura vagas o enigmáticas, impidiendo que sean letra muerta o que se tornen obsoletas. Dichas Magistraturas logran así que los valores, siempre presentes en los preceptos jurídicos, hagan, en definitiva, que las Constituciones vivan porque son vividas²:

“Contrariamente a la mayoría de las leyes ordinarias, las Constituciones –y en el seno de éstas, las declaraciones de derechos concretamente– son necesariamente sintéticas, vagas, alusivas; sus preceptos se expresan con frecuencia en términos a la vez ambiguos y cargados de valores, tales como la libertad, la democracia, la justicia, la dignidad, la igualdad; verdaderamente, su fin radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos, más en la descripción de programas que en la definición de poderes. Incluso cuando fijan realmente (o parecen fijar) procedimientos y deberes, lo hacen por medio de amplios conceptos de valor, tales como “igualdad de trato”, “formas y garantías del proceso” (due process) o “reglas del proceso de “justicia natural” (rules of natural justice) (...).

Califico sin ironía los términos de la Declaración de derechos de “gloriosas ambigüedades”. El mismo carácter imperceptible de su substancia ha posibilitado el ajuste y reajuste de la doctrina constitucional, de forma que se satisficieran las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. La precisión, que ocupa un puesto relevante en la redacción de un decreto gubernativo, es mortal cuando se refiere a una Constitución que quiere estar viva”.

(...)

² *Id.*, pp. 618-619 (Enfasis en el original).

Inevitablemente, como bien ha dicho el profesor Rivero en su comentario a la decisión del 15 de enero de 1975 del Consejo Constitucional, un tribunal a quien se ha confiado la tarea preñada de desafíos de proteger judicialmente los derechos fundamentales, se enfrenta al siguiente dilema: o bien dotar de substancia a esas reglas, conceptos y valores vagos y enigmáticos –evidentemente, una función ampliamente creativa– o bien concebir como no vinculante el núcleo mismo de las Constituciones, es decir, esa parte de las mismas relativa a los derechos fundamentales del individuo frente al Estado. Esta segunda posición difícilmente podría mantenerse. Implica una renuncia por parte de los jueces, cuya función es la protección de los derechos, a la protección de los más importantes de ellos, es decir los derechos fundamentales. Una posición semejante ha sido adoptada con frecuencia, por ejemplo en Italia, por los Tribunales Superiores durante los ocho años siguientes a la promulgación de la Constitución de 1948; sin embargo, tan pronto como un Tribunal Constitucional especial se instituyó en el país en 1956, la primera actividad del mismo fue denunciar y abandonar esta actitud excesivamente “fácil.”

De lo expuesto fluye ya el significado de la *Constitución de Valores*, como la llama Antonio Baldassarre.³ Hago hincapié en ese concepto pues espero que en él coincidan tanto los normativistas como los suprapositivistas, considerando que el Código Político es ya, y cada día más, comprendido como un sistema de valores, articulado con la forma de Derecho positivo. Es decir, se reconoce que las

³ ANTONIO BALDASSARRE: “*Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado*” en FRANCESC PAU I VALL (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 189 ss. En el mismo sentido consúltese PABLO LUCAS VERDÚ: *La Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural* (Madrid, Ed. Dikynson, 1999), especialmente pp. 7 ss.

Constituciones sistematizan bienes jurídico-políticos que representan el ideal de un Derecho superior a la legalidad vigente, mejor que ésta y trascendente a ella. Las Constituciones, por ende, son ordenamientos de principios y normas de un nivel superior al de la ley. Ellas son, sin duda, Derecho en su pleno sentido, razón por la cual no pueden quedar en proclamações, cuyo destino sea el descrédito de tales textos, pese a la legitimidad sustantiva que posean.

Esta idea de Constitución, nueva y hoy predominante en las democracias,⁴ ha motivado el desarrollo de interesantes procesos. Mencionaré algunos de ellos:

Desde luego, *la constitucionalización del sistema jurídico* de cada país;⁵ la aplicación del *Bloque de Constitucionalidad*, con los principios y normas del Código Político y del ordenamiento jurídico internacional como parámetro para efectuar el control de regularidad de la ley⁶, en tercer lugar, la comprensión, interpretación y aplicación del Código Supremo y de los actos de los órganos estatales sometidos a control de supremacía, con criterios, técnicas y objetivos que no siempre coinciden con el método clásico de la herme-

néutica jurídica⁷; el reconocimiento que la Constitución *posee fuerza normativa propia y superior* a la de las leyes, la cual se manifiesta con carácter directo o inmediato, de manera que no está subordinada a lo que disponga la ley, ni suspendida, latente o virtual mientras los preceptos legales no lleven sus principios y preceptos a la práctica⁸; en fin, el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión* del legislador, como en los artículos 18 y 22 de la Constitución de Portugal,⁹ sobre la base de que no pueden admitirse ya las añejas afirmaciones que se hacían acerca de los postulados incumplidos o de las cláusulas programáticas.

En síntesis, el Derecho Constitucional y la idea de Constitución de nuestro tiempo han experimentado numerosas y profundas innovaciones. Además, uno y otra han alcanzado un nivel de realización práctica que los convierte en instrumentos apreciados por la po-

⁷ GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* (Buenos Aires, EDIAR, 1995); MIGUELL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: "La Fuerza Normativa de la Constitución", *Revista de Derecho Público* N° 63 (2001), pp. 77 ss.

⁸ Un panorama completo y ponderado en el tópico se halla en JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General, Derecho comparado y Caso Español* (Madrid, Ed. Civitas, 1998). Consúltese también, VÍCTOR BARZÁN (coordinador): *Inconstitucionalidad por omisión* (Bogotá, Ed. Temis, 1997).

⁹ Útil es observar la contradicción en que incurrió Karl Schmitt en el punto, pues su concepto de Constitución como una decisión política del Poder Constituyente, contenida en una normación en que se articula la fórmula institucionalmente resuelta, lo lleva a desestimar la tesis de quienes la denunciaban por ser simples declaraciones, mera declamaciones o incurrir en lugares comunes. Sin embargo, el raciocinio de ese autor famoso, tan influyente hoy, cambia radicalmente después, a propósito de lo que él llama *compromisos de fórmula dilatoria o transacciones apócrifas*, pues en ellas no existiría en realidad otra voluntad que la de no tener provisionalmente voluntad ninguna en el asunto, sino aplazarla. Consúltese *Teoría de la Constitución* (1927) (México DF., Editora Nacional, 1966), pp. 28 y 36-39.

⁴ Véase JOSÉ JUAN MORESO: *La indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), pp. 165 ss.º

⁵ LOUIS FAVOREU: "La Constitutionnalisation du Droit", en BERTRAND MATHIEU y MICHEL VERPEAUX (editores); *La Constitutionnalisation des Branches du Droit* (Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1998), pp. 181 ss.; JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* N° 59 (1996), pp. 11. ss.; HUGO CASTELLÓN VENEGAS y LAURA REBOLLEDO CONTRERAS: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago, Ed. Conosur, 1999); y ALEJANDRO GUZMÁN BRITO: *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), pp. 27 ss.

⁶ LOUIS FAVOREU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *El Bloque de la Constitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1991).

blación, dejando de ser asuntos de incumbencia exclusiva para las autoridades y dirigentes políticos.

La clave, sin embargo, para comprender todos esos avances yace, precisamente, en haber infundido realidad a los valores que se condensan en el espíritu y la finalidad, en el contexto y el texto de toda Constitución democrática. Por lo mismo, del éxito de esa labor hermenéutica, que es creación artística, descubrimiento científico y aplicación técnica, depende la elasticidad del Código Político. Y esta flexibilidad influye tanto en la posibilidad de su adaptación ante sucesos imprevistos, como en la probabilidad que supere acontecimientos institucionales graves.

Pues bien, para la consecución de aquel objetivo manifiesto mi convicción que nada es más práctico y legítimo que hacer obra generosa, constitucional y legalmente entendida, en el establecimiento de acciones y recursos jurisdiccionales con los cuales los gobernados puedan defender sus derechos fundamentales, incluso de cara a los gobernantes. Esto es convertir la Constitución en un bien propio de la población, sentirla útil y comprometerse en su aplicación y vivencia, en su respeto y defensa.

II. UN GRAN FENÓMENO UNIVERSAL

Doy un paso adelante y paso a referirme al descubrimiento, en Europa, en las primeras décadas del siglo XX, del control de constitucionalidad de la ley por los Tribunales Constitucionales.¹⁰

Quedó así superado el planteamiento decimonónico, siempre fracasado en los hechos, según el cual los Parlamentos eran los llamados a ejercer esa fiscalización. Igualmente abatido resultó el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de

ser el representante de la voluntad general. Finalmente, a idéntico desenlace se llegó con la imagen que Montesquieu trazó de los jueces: eran nada más que fieles servidores de las leyes, cuya misión se restringía a modular sus mandatos sin crítica ni interpelación.¹¹

“El Poder Judicial no debe darse a un Senado permanente (...) sino que formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado estado o profesión. (...) Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. (...) De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo nulo (...) Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera en ciertos casos demasiado rigurosa. Pero los jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes.”

En 1920, como he dicho, se introdujo en la Constitución de Austria, a instancias principalmente del magistrado y jurista Hans Kelsen, el control de regularidad de la ley. Ese acontecimiento fue reafirmado y justificado, persuasivamente, en 1928¹². Pero era un control con dos rasgos capitales, en virtud de los cuales resultaba necesario diferenciarlo del modelo norteamericano, establecido en sede jurisprudencial en 1803¹³. El primero de ta-

¹¹ Segunda Parte, Libro XI, Capítulo VI del *Espíritu de las Leyes* (1748) (Madrid, Ed. Sarpe, 1984), pp. 170, 171, 173 y 175.

¹² HANS KELSEN: (1931) *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid, Ed. Tecnos, 1995); del mismo autor: (1931) *Teoría General del Estado* (México DF., Editora Nacional, 1965), pp. 370 ss.

¹³ *Marbury v. Madison*, 5. U.S. 137 (1803). Véase la reafirmación de ese caso señero en la jurisprudencia incluida en Congressional Research

¹⁰ Revítese JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS: *Análisis de los sistemas de Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), pp. 11 ss; y JOSÉ ANGEL MARÍN: *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998), pp. 31 ss.

les rasgos se hallaba en el control, ejercido sólo por una Magistratura especial, ajena al Poder Judicial, llamada *Tribunal Constitucional*; el segundo de esos caracteres consistía en que dicha Magistratura obraba nada más que como *legislador negativo*, o sea, eliminando de la ley los preceptos considerados inconstitucionales.¹⁴

Cabe aquí detenerse para advertir que, reemplazar la mentalidad jurídico-política de los jueces, aunque sea lentamente, ha sido en todos los países un proceso largo y difícil, plagado de objeciones y tropiezos. Más todavía: la sustitución de la subcultura judicial también ha sido lenta cuando se ha impuesto desde arriba, como secuela de quiebres institucionales seguidos de restauraciones democráticas. Pero, aún asumiendo tales limitaciones, es claro que ese proceso debe continuar, en paz y con provecho común, a través de las Escuelas Judiciales y en las Facultades de Derecho:

“Sobre todo en los países de la familia romano-germánica, los tribunales se han mostrado, en general, muy poco partidarios de aceptar esas nuevas responsabilidades. Sin embargo, los hechos indiscutibles de la historia moderna están ahí para demostrar que los tribunales no pueden escapar al callejón sin salida del dilema siguiente, una vez que se han enfrentado a las dos formas del gigantismo del Estado –legislativa y administrativa. Deben elegir entre 1) permanecer en el seno de los límites tradicionales típicos del siglo XIX de la función judicial, o 2) elevarse al nivel de las otras ramas, de hecho, convertirse ellos mismos en el “tercer gigante” para contro-

lar al legislador mastodonte y al administrador leviatán.

Si se escoge la primera solución, la autoridad judicial permanecerá confinada en los límites de la vía, segura, pero estrecha, de las funciones tradicionales de “protección y represión”. Su alcance no trascenderá de lo que podría considerarse esencialmente como conflictos *privados*, ya sean de orden civil o penal. La autoridad judicial o el orden judicial perderían gran parte de su importancia práctica en la sociedad figurarían como un superviviente de otros tiempos, débil y marginal, fundamentalmente incapaz de “intervenir” en el terreno de la actividad del Estado tanto legislativa como administrativa. En efecto, tarde o temprano, las sociedades democráticas habrán de reaccionar, y ya han reaccionado, a esta situación patológica que crea un peligro de desequilibrio en el seno del sistema de gobierno. Poco a poco, han instituido, o están instituyendo, órganos, consejos, tribunales, *ombudsmen*, árbitros (incluso “árbitros del Estado”) y muchas otras instituciones semejantes, con el fin de controlar las ramas “políticas” y proteger así de sus abusos a los ciudadanos y el gran público.

Permítasenos insistir sobre este último punto, al que consideramos de vital importancia en lo tocante a la supervivencia misma de la libertad en nuestras sociedades modernas. No creemos que exista la menor oportunidad para esa supervivencia si no se mantiene un sistema bien equilibrado de controles recíprocos. La dramática historia de Europa continental durante los dos últimos siglos resulta muy instructiva: durante demasiado tiempo el ideal de los partidarios de las libertades públicas fue la estricta separación de poderes más que los controles recíprocos. como ya hemos señalado, la estricta separación de poderes tuvo por consecuencia la debilidad de la Magistratura, limitada esencialmente a la resolución de los conflictos “privados”; tuvo por consecuencia un

Service-Library of Congress: *The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation* (Washington DC., U.S. Government Printing Office, 1987) pp. 131 ss. Consúltese también WALTER F. MURPHY, JAMES E. FLEMING y WILLIAM F. HARRIS, Jr.: *American Constitutional Interpretation* (New York, Foundation Press. 1986), pp. 48 ss.

¹⁴ ENRIQUE ALVAREZ CONDE y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA: “Autonomía Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional” en FRANCESC PAU I VALL, *op.cit.*, pp. 41 ss.

legislativo de control, y hasta que no emergió una rama separada de los tribunales administrativos, también un ejecutivo controlado.

Resulta muy significativo que Francia, lugar donde nació y se proclamó siempre la doctrina de la separación de poderes, haya emprendido, desde hace algún tiempo, este camino (como otros países europeos continentales): está dejando de lado un sistema de separación rígido, y avanzando hacia la aplicación general de un sistema de controles recíprocos, *en el que el crecimiento del Poder Judicial constituye, naturalmente, un instrumento necesario para la realización del equilibrio*. Una manifestación típica de este desarrollo es el enorme crecimiento de las responsabilidades tanto del Consejo de Estado desde la resolución *Synducat général des ingénieurs-conseils* de 1959 como del (...) Consejo Constitucional desde la resolución sobre el derecho de asociación del 16 de julio de 1971¹⁵.

La Segunda Guerra Mundial y sus trágicas secuelas desencadenaron el cambio trascendental que se ha resumido. Ese impulso humanista y escéptico del Estado se materializó en las Constituciones de Italia, Alemania y Francia.¹⁶ Con el paso del tiempo, la reforma llegó a nuestra América. Así y para resolver conflictos interórganos más que con el propósito de tutelar los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional fue incorporado a nuestro Código Político en 1970.¹⁷

Sin embargo, el modelo europeo —y que sigue el Poder Constituyente en nuestra Patria— se enriqueció con una idea nueva y sustancial ¿Por qué? Debido a que el Tribunal Constitucional no puede ser sólo un legislador negativo, un árbitro entre los órganos colegisladores en conflicto, una Magistratura competente nada más que para custodiar la supremacía orgánica del Código Político, sobre la base de suprimir normas en gestación calificadas de inconstitucionales. Así es, pues los Tribunales aludidos pasaron, además y desde entonces, a cauterizar el respeto de la Parte Dogmática, obrando como contralores del legislador en relación con la protección y promoción de la dignidad y los derechos humanos.¹⁸

Puede ser sintetizado ese cambio radical aseverando que, en virtud de él, se avanzó de una justicia constitucional únicamente orgánico-política, a otra más que nada humanista. De ser un órgano estatal destinado a solucionar conflictos institucionales la Corte o Tribunal Constitucional se fue transformando en Magistratura defensiva tanto de las minorías como de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana. Es claro que ha sido difícil servir con éxito en ambos rubros, más que nada a raíz de la oposición de los “jacobinos” o partidarios de la soberanía parlamentaria irrestricta, como también de una concepción positivista del Derecho, focalizada en la voluntad, soberana y omnipotente, del legislador estatal. Pero al cabo de varias décadas se ha impuesto el cambio, dejando abandonada la *doctrina de los acta interna corporis*. Esta fue diseñada por los juristas alemanes hacia 1850¹⁹, para eximir al legislador de control en ligamen con el respeto,

¹⁵ CAPPELLETTI, *supra* nota 1 en pp. 609, 612 y 613.

¹⁶ HELMUT SIMON: “La Jurisdicción Constitucional”, en ERNEST BANDA *et al.*: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996), pp. 823 ss.; GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *Diritto Costituzionale* (Padova, Cedam, 2001), pp. 612 ss.; y LOUIS FAVOREU *et al.*: *Droit Constitutionnel* (París, Ed. Dalloz, 1998), pp. 293 ss.

¹⁷ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN: “El Tribunal Constitucional”, en EDUARDO FREI MONTALVA *et al.*: *Reforma Constitucional 1970* (Santiago. Ed.

Jurídica de Chile, 1970), pp. 199 ss. GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD: *La Reforma Constitucional* (Santiago. Ediciones Encina, 1970), pp. 114 ss.; y ENRIQUE SILVA CIMMA: *El Tribunal Constitucional de Chile (1970-1973)* (Caracas. Ed. Jurídica Venezolana, 1977).

¹⁸ BALDASSARRE, *op. cit.*, pp. 190 ss.

¹⁹ LUIS LÓPEZ GUERRA: “El Control del Derecho Parlamentario”, en JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA (coordinador): *Las Fuentes del Derecho Parlamentario* (Vitoria, Parlamento vasco, 1996), pp. 283, ss.

sustantivo y procedimental, del principio de supremacía.

Desde entonces, las Constituciones están situadas en su posición nueva, dominante y que ojalá no pierdan jamás. Son, como había anhelado Herman Heller, Constituciones que van adquiriendo la cualidad de vivas por ser vividas en su Parte Dogmática, con garantías y control judicial para el respeto, no sólo por el legislador, de sus principios y normas.²⁰

En resumen, lo que Peter Häberle, profesor de Bayreuth,²¹ llama *un fenómeno universal grandioso*, consiste en que hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución. en otras palabras, nuestra civilización se eleva desde la legalización del ordenamiento jurídico a la Constitucionalización del Derecho; de la Carta Fundamental como enunciado programático de reglas positivas a la Constitución en cuanto expresión de valores positivizados, con fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador; del juez sumido en contiendas de Derecho privado a una Judicatura con aplomo para resolver también litigios que involucran al Estado y decidirlos a favor de los ciudadanos; en fin, de la futilidad o fracaso del control parlamentario de la constitucionalidad de las leyes a una *marcha triunfal*, como la llama ese catedrático alemán, de la Judicatura Constitucional en el mundo democrático.²²

III. AVENTURA ASOMBROSA

Avanzo y llego así al proceso que Luigi Ferrajoli²³ denomina *la conquista más importante del Derecho contemporáneo*, esto es, la protección judicial de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales frente a la ley.

El fundamento de este cambio profundo, tan revolucionario en su contenido como pacífico en su curso, está en que la democracia y la Constitución no pueden sobrevivir donde esos atributos inalienables carecen de tutela eficaz. Hoy, en otras palabras, entre los principios generales del Derecho y como valores superiores de los ordenamientos jurídicos se hallan esa dignidad y los derechos que emanan de ella²⁴:

Esta función de garantía del Derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, del *Estado Constitucional de Derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de Derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el “ser” o la “existencia” del Derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, “puesto” o “hecho” por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también *el “deber ser” del derecho positivo, o sea, sus condiciones de “validez”, resulta positivizado* por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el Derecho viene pensado y proyectado, *mediante el establecimiento de los valores ético-políticos* –igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamenta-

²⁰ “La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 5 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), p. 175.

²¹ *Teoría del Estado* (1934) (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968), pp. 268 y 277.

²² HÄBERLE, *op. cit.*, p. 175.

²³ *Derecho y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta. 1999), p. 19.

²⁴ *Id.*, pp. 19 y 22. (Énfasis agregado). En semejante sentido consúltese MAURIZIO FIORAVANTI: *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días* (Madrid. Ed. Trotta. 2001), pp. 157 ss.; y DARIO CASTIGLIONE: “The Constitution in Historical Perspective. The Political Theory of the Constitution”, en RICHARD BELLAMY y DARIO CASTIGLIONE (editores): *Constitutionalism in transformation. European and Theoretical Perspectives* (Oxford. Blackwell Publishers, 1996), pp. 6 ss.

les— por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma son los mismos modelos axiológicos del Derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su “deber ser”, y no sólo su “ser”— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado Constitucional de Derecho, como *Derecho sobre el Derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del Derecho contemporáneo: la regulación jurídica del Derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad —de su “ser” y de su “deber ser”— la legalidad positiva o formal en el Estado Constitucional de Derecho ha cambiado de naturaleza: *no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales*. Podemos llamar “modelo” o “sistema garantista”, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del Derecho dependa como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una “racionalidad formal”; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una “racionalidad material” orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas

producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho.”

Quien capta bien el proceso descrito y sus consecuencias, no exagera al reconocer en él rasgos de una revolución pacífica en el tema. Esta se ha ido preparando lentamente y enfrenta todavía dudas legítimas y vallas interesadas o añejas. Consiguientemente, imperativo es educar en el asunto, demostrando que ese cambio consiste, como escribió Otto Bachof²⁵, en que, si por siglos los derechos esenciales eran lo que la ley determinaba, aunque existiera ya una Constitución, ahora la ley es tal y vale sólo en la medida que regula el ejercicio de aquellos derechos, respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental. De modo que, hasta hoy al menos, el modelo weberiano de la dominación racional sobre la base de la legalidad formal va quedando superado²⁶:

“El cambio en la relación con la ley y, con ello, una transformación en el sentido político de la función judicial se percibe al tener en cuenta que la sujeción a la ley bajo el esquema de organización del Poder propio del Estado Liberal de Derecho, exigía del juez una asunción acrítica de los contenidos legales al estarle vedado cuestionar la validez de las normas que aplicaba, de este modo se garantizaba la primacía del legislativo sobre los demás poderes, en tanto sus actos eran jurídicamente incontrovertibles. Sin embargo, las circunstancias que explican la crisis del Estado liberal y llevan a reforzar el valor de la Constitución conducen a *modificar la relación entre el juez, ley y Constitución*; de ser un gendarme de la ley, el juez pasa a ser el encargado de recrear el Derecho al

²⁵ *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1983), p. 44.

²⁶ *II Economía y Sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969), pp. 706 ss.

momento de su aplicación al caso concreto, ensamblando múltiples piezas jurídicas, no siempre compatibles entre sí, para construir una respuesta que resulte admisible dentro del marco de posibilidades permitidas por la Constitución. Ello ha conducido a incorporar el examen de la validez de las leyes en el momento de la decisión judicial, como herramienta necesaria para buscar soluciones jurídicas constitucionalmente admisibles, con lo cual en la actualidad la vinculación del juez a la ley debe entenderse como vinculación del juez a las leyes válidas, es decir, conformes con la Constitución.

De ahí que la solución a las contradicciones surgidas entre principios constitucionales y entre estos y sus límites legislativos deba realizarse en el momento de su aplicación judicial mediante el método de la ponderación, cuya condición necesaria es el juicio de constitucionalidad de la ley, que tiene lugar tanto en la primera fase del juicio de ponderación al examinar la legitimidad constitucional del fin perseguido con la norma que limita un derecho, como al analizar la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, al verificar si existe un equilibrio razonable entre el derecho sacrificado por la medida limitadora y la protección del bien constitucional que justifica dicha limitación, pues si se considera que en un caso particular la aplicación de la norma limitadora supone un sacrificio desproporcionado para el derecho restringido, habrá que concluir que su aplicación *en el caso concreto* deviene inconstitucional. En ese orden de ideas, negar al juez la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la ley que establece límites a un derecho supondría anular la ponderación o, inclusive, negar la existencia del conflicto entre el derecho y su límite, pues esto habría sido resuelto de antemano por la ley, que el juez no tendría más remedio que aplicar, *lo que resulta lógica y constitucionalmente inadmisible y además supone volver a la*

concepción donde los derechos valen sólo en el ámbito de la ley."²⁷

En consecuencia, manifestamos hallarnos ante la entronización de una nueva legitimidad: la legitimidad constitucional en reemplazo de la legal, con respeto sustantivo y no sólo procedimental de lo asegurado en la Constitución. Iniciada cautelosamente, o tal vez de manera inesperada y quien sabe sorpresiva, ese proceso ha sido beneficioso para la persona humana habiéndose consolidado hasta convertirse en irreversible. Así lo demuestra, por ejemplo, la decisión del 16 de julio de 1971, adoptada por el Consejo Constitucional de Francia, en cuanto a reconocer que los principios fundamentales del ordenamiento jurídico integran el parámetro con el cual deben ser comparadas las leyes para decidir sobre su acatamiento de la supremacía del Código Político.

La renovación del Estado, de la cual tanto se escribe y comenta pero sin concretarla, tiene que ser abordada dentro del marco comentado. En el mismo ámbito de referencia debe ser situada la soberanía-independencia, abriendo el surco hacia la constitucionalización del sistema político internacional.²⁸

IV. EXPERIENCIA ELOGIABLE

Paso a referirme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, introduciéndome en el tema con una nota histórica.

Corta existencia tiene aún ese Tribunal en Chile. En efecto, recuérdese que fue ins-

²⁷ GLORIA PATRICIA LOPERA MESA: "La Problemática Legitimidad de la Justicia Constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 5 (2001), pp. 247 y 249 (Enfasis agregado).

²⁸ GIANLUIGI PALOMBELLA: *Constitución y Soberanía. El sentido de la Democracia Constitucional* (Granada. Ed. Lomares. 2000), pp. 5-11 y 17-114. Consúltese también HERMAN HELLER: (1917) *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional* (México DF., UNAM. 1965), pp. 309 ss.

taurado en tiempos críticos; no pudo superarlos en los dos años en que ejerció sus funciones; las culminó con su última sentencia, en la cual tampoco zanjó el conflicto institucional que se vivía; y terminó siendo disuelto por el DL N° 119 el 10 de noviembre de 1973²⁹. Hoy, sin embargo, él se halla consolidado, llegando a ser ya una institución. El espacio que ha conquistado en nuestro sistema de órganos constitucionales nadie lo pone en duda, aunque se sabe de intentos para reducirlo o alterarlo³⁰. La legitimidad del Tribunal está, entonces, fuera de debate.

En ese balance promisorio, la doctrina de sus fallos ha sido de indudable importancia para la consolidación de la Constitución y el despliegue del Derecho Constitucional chileno mediante la interpretación finalista del Código Político, la aplicación de técnicas sutiles que aseguran la supremacía sin declarar la inconstitucionalidad, en fin, obrando siempre con la valentía y prudencia que exige su independencia. En esta monografía deseo renovar, con energía, mi convicción sobre el particular.³¹

Inicio la argumentación señalando que la Constitución, como texto, no resuelve nada salvo cuando se halla en función un sistema

²⁹ Revítese ENRIQUE SILVA CIMMA, *supra* nota 17, pp. 12 ss.

³⁰ El 11 de abril de 2002, dos diputados de la Concertación gobernante, presentaron una moción de reforma a la Carta Fundamental con el propósito de contemplar la acusación en juicio político, por notable abandono de deberes de los Ministros del Tribunal Constitucional. Probablemente, esa iniciativa fue motivada por la sentencia que el Tribunal dictó el 8 de abril de 2002, en la cual declaró inconstitucional el Tratado con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Rol N° 346). En la misma línea crítica se inscribe el pronunciamiento del Partido socialista, publicado en "El Mercurio" de Santiago el 15 de abril de 2002.

³¹ Consúltense las publicaciones siguientes, en las que realcé el rol de la jurisprudencia de esa Magistratura: "Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política", XV *Revista Chilena de Derecho* N° 2-3 (1988), pp. 403 ss.; "El Plebiscito de 1988", *Gaceta Jurídica* N° 96 (1988), pp. 3 ss.; y "Misión Cautelar de la Justicia Constitucional", XX *Revista Chilena de Derecho* N° 2-3 (1993), pp. 395 ss.

que la interprete y lleve a la práctica, atendido al *telos* que ya ha descrito como la esencia de su articulado. Pues bien, Chile ha encontrado en el Tribunal Constitucional ese sistema defensor del Código Político y que le infunde vida con su inteligente y dúctil interpretación. Permítaseme ilustrar tan alentadora premisa con algunos rasgos desprendidos de la jurisprudencia de esa Institución.

Desde luego, con su doctrina deferente y razonada³², especialmente de frente al legislador, el Tribunal ha contribuido, con cualidad decisiva, a moderar las tesis extremas sobre el origen y el significado de la Constitución.

Ha hecho también pedagogía constitucional en el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, en la cátedra universitaria y en la abogacía como profesión.

Ha creado consenso en torno de la Carta Fundamental, consolidándola mediante interpretaciones imaginativas y sólidas por la legitimidad democrática de sus sentencias, a veces adaptadoras y otras correctivas.

Ha demostrado con sus fallos intermedios o interpretativos, que no es un mero legislador negativo.³³

Los votos de minoría y prevenciones merecen ser igualmente destacados, pues con ellos el Tribunal ha dejado abierta al tiempo la pluralidad de interpretaciones válidas, hoy minoritarias pero mañana quién sabe si serán mayoría.

Ha sido un ejemplo para todos los jueces y órganos contralores de la Administra-

³² PATRICIO ZAPATA LARRAÍN: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000. 1994), pp. 6 ss. Del mismo autor *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General* (Santiago, Universidad Andrés Bello, 2002), pp. 69 ss. Consúltense VÍCTOR FERRERIS COMELLA: *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), pp. 38 ss.

³³ ELISEO AJA (editor): *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador* (Barcelona, Ed. Ariel, 1998), pp. 258 ss.; ALEXANDRE VIALA: *Les reserves D'Interprétation dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (París, LGDJ, 1999), pp. 188 ss.

ción Pública, al demostrar que el principio de legalidad exige respetar, antes que otra norma y en cualquier sentencia o dictamen, el nivel máximo, esto es, el de supremacía constitucional, material más que sustantivamente comprendido.

Destaco también que el Tribunal es un factor decisivo en el despliegue de la Constitución, del constitucionalismo y del Derecho Constitucional. Ello ha ocurrido por virtud de su hermenéutica científica y técnica, con aporte creativo atendida su originalidad, llegando a elaboraciones dogmáticas que han dilucidado conceptos constitucionales brumosos, v. gr., a propósito del dominio legal y la potestad reglamentaria, los presupuestos del proceso justo o debido, las semejanzas y diferencias de la ley con los tratados internacionales, los requisitos que deben cumplirse para que alcancen legitimidad las elecciones y plebiscitos o los estados de excepción constitucional.

Finalmente, ha demostrado la utilidad que tienen las sentencias de adición, las cuales no son argumentadas sobre la base única de la relación, recíprocamente excluyente, de la nulidad-validez del acto legislativo, sino que de otros parámetros más flexibles y constructivos.³⁴

V. HORIZONTE DESPEJADO

He reseñado algunos de los méritos que logró ya nuestro Tribunal Constitucional y que han motivado el respeto de las autoridades y la cátedra universitaria. Esa trayectoria inobjeta culminará, probablemente, en la reforma del marco constitucional de tal Magistratura.

En concreto,³⁵ trátase de un nuevo régimen de nombramiento de los Ministros del

Tribunal; del incremento de su competencia, sobresaliendo el establecimiento del control concentrado de supremacía, para evitar las contradicciones que se han advertido entre la jurisprudencia del Tribunal y de la Corte Suprema; en fin, de modificaciones que agilizan el funcionamiento de esa Magistratura.

Adhiere el autor al espíritu y texto de aquella reforma, aprobada ya en general, el 15 de enero de 2002, por el senado.³⁶ En consecuencia, espero que:

- El Tribunal Constitucional quede integrado por nueve Ministros, tres de los cuales sean Ministros de la Corte Suprema, pero ahora con desempeño exclusivo en el Tribunal, por tres años, reelegibles una sola vez;
- El control preventivo de supremacía se extienda a las normas de los tratados que versen sobre materias de leyes orgánicas constitucionales, a la declaración de inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Carta Fundamental por motivo de fondo o de forma; y al pronunciamiento de la inconstitucionalidad del precepto legal que ha sido tachado de contrario al Código Político en tres fallos uniformes y unánimes; y
- Ejercer el control de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones que

Dicho informe se mantiene sin modificaciones en este tema, con sujeción al *informe complementario* que esa Comisión aprobó el 9 de enero de 2002, publicado en el *Diario de Sesiones* aludido la sesión correspondiente al día 9, pp. 2580 ss. Además, existe una edición especial del informe fechado el 6 de noviembre de 2002, citado de ese mes y año. Véase EUGENIO VALENZUELA SOMARRIVA: "Proposiciones para una Reforma del Tribunal Constitucional", en ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN (editor): *20 años de la Constitución Chilena de 1980, 1981-2001* (Santiago, Ed. Conosur, 2001), pp. 581 ss.

³⁶ *Id.*, pp. 370 a 382. Cf., sin embargo, IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS: "Reflexiones acerca de una Propuesta de Reforma Constitucional que Amplía las Atribuciones del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* N° 5 (2001), pp. 185 ss.

³⁴ BALDASSARRE, *supra* nota 16, pp. 188-189, y CONRAD HESSE: "Constitución y Derecho Constitucional", en BENDA *et al.*, *supra* nota, pp. 9 ss.

³⁵ Véase el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, evacuado el 6 de noviembre de 2001, reproducido en el *Diario de Sesiones* de esa rama del Congreso Nacional correspondiente a la sesión 12, celebrada el 10 de noviembre de 2002, pp. 1101 ss.

versen sobre materias constitucionales o propias de la ley orgánica constitucional.³⁷

PALABRAS FINALES

Muchos otros temas pueden ser comentados para corroborar el despliegue del constitucionalismo y, en especial, del rol que cumple en ese proceso la justicia constitucional.

Confío que las reflexiones expuestas así lo dejen de relieve y sirvan para continuar en un proceso tan alentador. Una de las tareas apremiantes, en tal sentido, es incorporar a la Teoría de la Constitución los cambios explicados, enfatizando su estudio y enseñanza a merced de la construcción, clásica pero aún indispensable, que ha colmado ya su objetivo y contenido.

Evaluable el pretérito en el punto declaro sentirme convencido del progreso alcanzado en Chile. Aunque nunca es prudente formular juicios asertivos por el riesgo de equivocarse creo que la obra del *Tribunal de la Constitución* ha sido encomiable no solo en su labor como ju-

dicatura constitucional, sino que en el desarrollo y arraigamiento de una cultura, conciencia y sentimiento de respeto a la Carta Fundamental que no tiene precedente en nuestra Patria.

Habiendo atravesado con éxito períodos difíciles, el Tribunal se halla en situación de desplegar, con mayor vigor y profundidad, su jurisprudencia en el tópico de la dignidad y el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En la medida que así suceda se habrá completado cuanto se exige hoy de esa especie de Magistratura, es decir, que vele por el funcionamiento fluido de las instituciones políticas, pero, más aún, que lo haga reconociendo que tales órganos se hallan al servicio del *telos* humanista de la Constitución democrática.

Cumplido ese postulado, *la aventura asombrosa*, cuyo significado se ha comentado en el presente ensayo, será así también en Chile el rasgo matriz de una cultura jurídica que conjugue la certeza formal del Derecho positivo, por una parte, con los valores que le infunden legitimidad sustantiva, de otra, aumentando su obediencia y eficacia con estabilidad y flexibilidad.

³⁷ *Id.*, pp. 395-396.