



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

ISSN 0718-0195

Fernández González, Miguel Ángel

Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?

Estudios Constitucionales, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 97-118

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003106>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONSTITUCIÓN Y CASACIÓN: ¿DE LA FALTA DE APLICACIÓN AL MONOPOLIO CONSTITUCIONAL?

Miguel Ángel Fernández González *

RESUMEN

El autor reflexiona sobre si a través de la Casación la Corte Suprema de Justicia se involucraría en el control de constitucionalidad, al considerar la Constitución como ley en sentido amplio del término, con lo cual el control concentrado de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional que pretende la reforma constitucional se encontraría con algunos problemas. El autor reflexiona sobre la materia desde la perspectiva de un constitucionalismo que denomina humanista en contraposición a un constitucionalismo estatista, estableciendo el enfoque básico del primero, su evolución y estado actual, fortaleciendo la fuerza normativa de la Constitución como lo hace el artículo 6° de la Carta Fundamental, además de la obligación de todo Tribunal de interpretar la Constitución en conformidad con la Constitución, posición que adecuadamente fundamentada lo lleva a concluir que la reforma constitucional en curso, no confiere la interpretación de la Constitución únicamente al Tribunal Constitucional, sino que ella debe ser aplicada en conformidad a la Constitución por todos los Tribunales.

* El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile, en la Universidad de Los Andes y en la Universidad Alberto Hurtado. Es Director Suplente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Consultivo Académico Nacional del Centro de Estudios Constitucionales. Email: mafernande@cb.cl. Recibido el 6 de junio de 2005 y aprobado el 15 de junio de 2005.

PALABRAS CLAVE

Casación y Constitución. Fuerza normativa de la Constitución. Aplicación directa de la Constitución. Interpretación conforme a la Constitución. Control de constitucionalidad.

INTRODUCCIÓN

Una vez más, en su corta pero ya fructífera trayectoria, el *Centro de Estudios Constitucionales*, dirigido por el profesor Humberto Nogueira Alcalá, nos convoca a reflexionar en torno de las cuestiones capitales del Derecho Constitucional Chileno. Esta vez para examinar las *relaciones entre Justicia Ordinaria y Tribunal Constitucional* en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, especialmente, teniendo en consideración el proyecto de reforma constitucional, actualmente pendiente, en segundo trámite, de la Cámara de Diputados.¹

En ese contexto, se nos ha convocado a reflexionar constitucionalmente en torno del tema *Constitución y Casación*, para preguntarnos si puede plantearse, por medio de este recurso, que la ley erróneamente interpretada sea una disposición de la Carta Fundamental y, por esa vía, conferir a la Corte Suprema la potestad de determinar el significado de las normas constitucionales. Más aún cuando, *una primera impresión* conduce a creer que, con la reforma constitucional aludida, se concentra el control y hasta la interpretación de la Carta Fundamental en el Tribunal Constitucional, al cual correspondería fijar la *doctrina judicial única y uniforme* que ilumine y guíe las decisiones de los demás órganos del Estado y de las actuaciones de las personas.

Comienzo este análisis situando el asunto en lo que he denominado el *Constitucionalismo Humanista*, por oposición a su predecesor, el *Constitucionalismo del Estado o Estatalista*. Sólo a partir de allí, procede aplicar el *nuevo paradigma* del Derecho Constitucional a las tareas de interpretar la Carta Fundamental y controlar su supremacía, desde el ángulo preciso de su atribución orgánica, llegando así a vincular *Constitución y Casación*, según se nos ha pedido.

I. DEL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO AL CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA

Tuve oportunidad de exponer, en el Seminario organizado en este mismo Centro de Estudios, en diciembre de 2004, que *el Derecho Constitucional se encuentra*, hoy y

¹ Útil resulta, en este sentido, tener en consideración los proyectos de reforma constitucional que constan de los *Boletines N° 2.526-07 y N° 2.534-07 del Diario de Sesiones del Senado; las indicaciones presentadas por el Vicepresidente de la República el 10 de septiembre de 2001, mediante Mensaje N° 221-344; el curioso –pues contiene un extracto de ciertos acuerdos o controversias, sin incluir un texto de la reforma constitucional adoptada sobre la base de aquellos acuerdos, los cuales pueden calificarse, por ende, de conceptuales o teóricos– Resumen Reformas Constitucionales aprobadas por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado el 10 de octubre de 2001; y el texto aprobado por el Senado, remitido a dicha Cámara, mediante Oficio N° 24.342 el 11 de noviembre de 2004.*

ahora, *en medio de sustanciales modificaciones*, pasando de un constitucionalismo originado y centrado en el Estado a otro que gira *en torno de las personas* a las que protege y cuyos derechos promueve, siendo concebido como “un movimiento que propugna la promoción y defensa de la dignidad y derechos esenciales de la persona humana, sobre la base del gobierno o Poder limitado...”²

“En Chile y el mundo, *el Derecho Constitucional es la disciplina jurídica que más se ha desarrollado* en las últimas décadas. Este proceso, que ha dejado una impronta indeleble, se presenta con un vigor tal que puede asegurarse que tiene ya caracteres irreversibles.

Cabe alegrarse, ciertamente, del auge de nuestra disciplina, pues el *humanismo* que la singulariza se manifiesta así, con mayor realidad y vigor, en la *democracia*, que es su vertiente política, y en el *Derecho*, que es su proyección normativa. Continuar en esa senda es, por ende, avanzar en la *entronización de la paz con libertad e igualdad*, mediante *la justicia* y en búsqueda de *la seguridad, desterrando la violencia y la corrupción, la arbitrariedad y la discriminación, el odio, la envidia y el temor*”.³

En el humanismo encuentra su esencia y justificación el Derecho Constitucional Actual y, en su proyección, halla fundamento y razón de ser concebirlo como un conjunto de principios y normas al servicio de la persona humana, individualmente considerada o agrupada en las entidades que libremente forme.

1. Supuestos esenciales

Las Constituciones concebidas, inicialmente, para la limitación de los poderes públicos, han devenido en *textos jurídicos al alcance de las personas* y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, *susceptibles de ser esgrimidas* en la defensa de sus derechos, especialmente, *ante los Tribunales* y ello no sólo en causas de relevancia constitucional, sino que *en todas las materias* de litigación, trátase de lo civil o lo criminal, lo de menores o lo laboral, lo tributario o lo contencioso administrativo:

“...*la Constitución* norteamericana es aplicable a todos los casos. Es decir, la Constitución se trata como una ley, no recibe un tratamiento o aplicación política, retórica ni se trata de algo que se discute en el foro, retóricamente, como si se tratase de una ley superior a todas las demás, sino que *son disposiciones que pueden ser invocadas ante cualquier tribunal*, sin consideración a su rango o competencia. Es más, los jueces de todos los tribunales *están obligados* por su juramento a aplicarla en cualquier procedimiento durante el cual un litigante invoque una disposición constitucional. Es decir, la Constitución no es una ley puramente retórica. *Es obligatoria para los*

² José Luis Cea Egaña: “Revisión de la Teoría Constitucional” en III *Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992), p. 79; y José Ignacio Martínez Estay: “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos” en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial, 1998), pp. 60 ss.

³ José Luis Cea Egaña: “Aproximación a la Teoría Constitucional Contemporánea”, publicado en *Estudios Constitucionales* (Santiago, Editorial Universidad de Talca, 2003), p. 37.

jueces, quienes deben tomarla en cuenta y aplicarla en todos los casos en que se plantea”.⁴

He destacado, en consecuencia, el paso desde un constitucionalismo del Estado, preferentemente orientado a definir las competencias de los órganos públicos y a configurar su organización básica, sobre la base del principio de separación de funciones, a un Derecho Constitucional centrado en la persona y en sus derechos inherentes e inalienables:

“Al empezar a participar en los seminarios en el curso 1959/1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich..., la impresión que se obtenía era muy clara: El gran tema eran los derechos fundamentales...”

Uno de los protagonistas fue un discípulo de Theodor Maunz, el profesor Leisner... Precisamente, en 1960 publica su gran trabajo de habilitación universitaria con el título *Grundrechte und Privatrecht, con la decidida tesis de extender los derechos fundamentales al orden jurídico privado, de una forma directa*”.⁵

Las Cartas Fundamentales dejan de ser, así, textos idealizados que configuran, programáticamente, las pretensiones de libertad, justicia e igualdad de sus destinatarios, alcanzando fuerza normativa que las concreta a través de su aplicación directa y, a partir de ella, originando el proceso jurídico de la *Constitucionalización del Derecho*:

“...surge para todos los órganos del Estado y, en realidad, para todas las personas en orden a interpretar y aplicar los preceptos y cláusulas jurídicas conforme a los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental, o sea, visualizando el Sistema Jurídico Interno desde y hacia la Carta Fundamental.

Por ello, aquella forma de concebir al Ordenamiento Jurídico exige respetar la Constitución en el desenvolvimiento concreto de las conductas públicas y particulares, de manera que ellas no sólo respeten la Carta Fundamental en la secuencia dispuesta para su generación y cuando se las confronta, sustantivamente y en abstracto, con la preceptiva fundamental, sino que también cuando esas actuaciones son llevadas a la práctica, aunque no se hayan planteado dudas de constitucionalidad, en sede preventiva o a posteriori, o no obstante que ellas hayan sido desechadas, en el control respectivo”.⁶

⁴ William W. Van Alstyne: “La Constitución como Ley Exigente”, contenido en *Constitución y Desarrollo Social* (Santiago, Instituto de Estudios Judiciales, 1988), p. 6. En este mismo artículo, su autor aventuraba la aplicación directa de nuestra Carta Fundamental, lo que ha venido a ser confirmado por la aplicación judicial, en cuanto a que “he estudiado vuestra Constitución y he llegado a la conclusión que esta característica también tendrá efecto acá, a medida que ella comience a adquirir vigencia. Es decir, la facultad que tendrán los jueces de aplicarla en todas las oportunidades. Incluso actualmente, esto es una novedad, desde un punto de vista internacional. De las 160 Constituciones vigentes en el mundo, menos de 24 contemplan una obligación uniforme para que los jueces permitan a las partes que comparezcan ante los juzgados, ya sea en lo civil o en lo penal, invocar cualquiera disposición de la Constitución que, según su opinión pareciera tener relación con la controversia en que se encuentran envueltas y según la aplicación correcta de la ley superior, fallar el asunto sometido a su conocimiento...”

⁵ Alfredo Gallego Anabitarte: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Ed. Civitas, 1994), pp. 23-24.

⁶ Miguel Ángel Fernández González: “La Fuerza Normativa de la Constitución”, publicado en *LXIII Revista de Derecho Público*, tomo I (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001), pp. 77-102.

Se va produciendo, de esta manera, un acercamiento desde el constitucionalismo de origen francés –al cual adhiere, por tradición, nuestro propio sistema constitucional– para entroncarlo con su homónimo sajón, germano y norteamericano:

“Todas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fija de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado... Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si caso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los franceses escriben para enseñar al mundo... La Declaración de Derechos francesa está escrita en el estilo sobrio y audaz de un filósofo... Las Declaraciones de Derechos americanas están redactadas en esa lengua un poco meticulosa y copiosa del jurista... No hay en todo el mundo algo más diferente”.⁷

Sin embargo, el constitucionalismo humanista no se distingue de su predecesor estatalista sólo por los rasgos de personalización o humanización y de la judicialización en la defensa de los derechos fundamentales, sino que también porque *introduce cambios sustanciales en relación con la configuración, situación y desenvolvimiento de las potestades públicas*, o sea, en aquello que era propio del Constitucionalismo Estatal. Desde luego, porque así como las materias vinculadas con los derechos humanos se han constitucionalizado, *abandonando el receptáculo meramente legal en que se contenían*, lo propio ha sucedido con las atribuciones de los órganos públicos en cuanto ahora se las reputa *finalizadas constitucionalmente*, por la defensa y promoción de esos derechos.⁸

2. FUERZA NORMATIVA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

A. Significado

Como acabo de señalar, *una de las más gravitantes transformaciones* del Constitucionalismo Humanista se encuentra en que, ahora, las Cartas Fundamentales poseen *vigor jurídico* propio, lo cual obliga a los operadores jurídicos –a todos los operadores jurídicos– a incorporar y aplicar sus principios y normas en cada evento donde estén en juego derechos fundamentales, a diferencia del Constitucionalismo del Estado, caracterizado por *Declaraciones de Derechos* que constituían expectativas a ser actualizadas por el Legislador, o sea y en último término, por las fuerzas políticas dominantes. A partir de ello y por lo mismo, *el Derecho completo se constitucionaliza*.

En esta línea de pensamiento, el artículo 6º inciso 2º de nuestra Constitución acoge aquel principio y lo positiviza, disponiendo que *los preceptos contenidos en ella obligan*

⁷ Luis Prieto Sanchis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2003), p. 63.

⁸ Ricardo Haro: *Constitución, Poder y Control* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002).

tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo, con lo cual queda consagrada, en el Derecho Positivo Chileno, la *fuerza normativa* aludida, tendiente a lograr que efectivamente impere el *Principio de Supremacía Constitucional*, consagrado en el inciso 1º del artículo referido.

Ello significa que *los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes*, poseyendo *energía normativa propia*,⁹ lo cual tiene *consecuencias* gravitantes para todas las decisiones, estatales o privadas, que se adopten en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

B. Consecuencias

Primera secuela inevitable de aquella fuerza normativa es que los *preceptos* constitucionales *no requieren mediación normativa alguna* para aplicarse a los hechos o situaciones concretas regidas por ellos, a menos que el *propio Poder Constituyente haya impuesto*, con el rasgo de deber, *la necesidad de dicha mediación*:

“Así, *en el primer caso*, esto es, cuando el precepto constitucional no requiere de mediación por parte de otra especie de disposición jurídica, la fuerza normativa se expresa en la *obligatoriedad para todos* –órganos estatales, personas, instituciones o grupos– *en orden a respetar la preceptiva constitucional, aplicándola directamente y sin dilación*, aun cuando no exista disposición complementaria alguna, ni siquiera aquella que regula la forma o procedimiento conforme al cual deba dársele vigencia concreta a la norma constitucional, pues, en este caso, el órgano convocado a darle tal aplicación deberá, incluso, configurar aquel procedimiento acudiendo a las normas del Derecho Común o, en último término, a los principios y reglas generales del Derecho.

En el segundo caso, vale decir, tratándose de preceptos en que el Poder Constituyente ha impuesto, expresamente, la necesidad de mediación normativa, entonces, *la fuerza normativa del Código Político se concreta en requerir* del órgano competente –que usualmente serán los Tribunales–, *la constatación del incumplimiento del deber por parte de quien tenía que complementar el precepto constitucional*, sin que pueda ese Tribunal obligar o conminar al ente estatal remiso a normar, pero habilitando para que operen los mecanismos de control de la responsabilidad política o institucional y, eventualmente, las indemnizaciones de perjuicios que sean procedentes. Empero, *si de aquella omisión se sigue la infracción de derechos fundamentales*, entonces, junto con declararla, el Tribunal *debe proceder a la aplicación directa e inmediata de la preceptiva constitucional* en la defensa de los derechos esenciales...

⁹ Luz Bulnes Aldunate: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial, 1998), p. 137. Véase el considerando 10º de la sentencia pronunciada por el *Tribunal Constitucional* el 27 de octubre de 1983 (Rol N° 19); José Luis Cea Egaña: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999), p. 180; y del mismo autor: *1 Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), pp. 237-238 y 244-246.

En concreto, la fuerza normativa no implica, necesariamente, que los preceptos constitucionales no requieran mediación de otras disposiciones jurídicas, usualmente de la ley, sino que dicha energía consiste en que se puede requerir, ante el Tribunal competente, la aplicación, directa e inmediata, de toda disposición constitucional,¹⁰ aunque la secuela que se derive de esa omisión sea diversa, pues y en primer lugar, si de ella se sigue la lesión de derechos constitucionales, el Tribunal deberá impetrar las medidas para su protección; y, de otra, si no se produce aquella vulneración, entonces, la sentencia se limitará a constatar la omisión, dejando su secuela sancionatoria a los órganos de control de la responsabilidad política o institucional”.¹¹

Una segunda consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución radica en que, a partir de ella, todos los Tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional, incluyendo obviamente las de carácter legal, que sea contraria a la Carta Fundamental, atendido que no hay duda alguna que el artículo 6º inciso 2º de la Carta Fundamental se aplica también a los Órganos Jurisdiccionales, sean estos los que integran el Poder Judicial, aquellos que no quedan, conforme al artículo 79º inciso 1º del Código Político, sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, o aún los de carácter especial, como son los que emanan de la denominada Jurisdicción Doméstica¹² o los de naturaleza arbitral. Lo anterior porque:

“...si los jueces dan valor a una norma contraria a la Constitución es indubitado que están obrando fuera de su competencia, pues el arco de atribuciones que les confiere la Carta Fundamental y las leyes no les permite aplicar disposiciones contrarias a aquella, sino que –antes y al contrario– les ha ordenado dar aplicación a la Constitución, preteriendo las disposiciones legales o infralegales que la vulneran. De esta forma cumplen, entonces, lo dispuesto en el artículo 7º incisos 1º y 2º de la Constitución...

Por ende, cualquier Tribunal puede –y, repito, debe– dejar de considerar, para su pronunciamiento el precepto legal que, incidiendo en él, sea, sin embargo, contrario a la Constitución. De otra forma, la vinculación directa preconizada por el Poder Constituyente operaría en todos los casos y respecto de todos los entes, públicos y privados, con excepción de los jueces...”¹³

La tercera consecuencia que cabe asignar a la fuerza normativa, de la cual surge el proceso jurídico, político y cultural que viene denominándose constitucionalización del

¹⁰ En este sentido, útil es advertir que éste no es un modelo siempre seguido en el Derecho Comparado, pues existen Sistemas Constitucionales en los cuales el Principio de Vinculación Directa se traduce sólo a la Parte Dogmática.

Así, el artículo 18º de la Constitución de Portugal dispone que:

“Las normas constitucionales relativas a los derechos son directamente aplicables y se imponen a las entidades públicas y privadas”.

A su turno, el artículo 1º párrafo 3. de la Constitución de la República Federal de Alemania preceptúa que: “Los siguientes derechos fundamentales vincularán a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de ley directamente aplicable”.

¹¹ Miguel Angel Fernández González citado en *supra* nota 6, p. 79.

¹² En aplicación concreta, léase mi “Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica” en XXVI *Revista Chilena de Derecho* N° 3, pp. 761-781.

¹³ Miguel Angel Fernández González citado en *supra* nota 6, pp. 97 y 98.

Derecho, estriba en que *las normas jurídicas*, entre las que se encuentran los preceptos legales, los actos de la Administración y de los demás órganos públicos y las cláusulas contractuales,¹⁴ cualesquiera sean sus destinatarios o la situación de hecho que regulen, *tienen que ser interpretados y aplicados conforme a los principios, valores y preceptos contenidos en la Carta Fundamental*.

De esta manera, *la fuerza normativa no sólo implica el efecto más radical, consistente en excluir del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Carta Fundamental*, en virtud del principio de supremacía constitucional, sino que también exige que *aquellas normas*, para que sean *efectivamente coherentes con la preceptiva contenida en el Código Político*, se interpreten y lleven a la práctica en armonía con aquel estatuto jurídico fundamental.

Se situará aquí, fundamentalmente, la ponencia que se me ha pedido desarrollar esta tarde, pues *comprender el ordenamiento jurídico completo en el marco constitucionalmente fijado* –desde y hacia la Carta Fundamental– *exige interpretar el Código Político*. Esta labor tiene que *ser realizada*, con cualidad vinculante, *por todos los órganos encargados de aplicar el Derecho*, sean éstos, los *órganos que ejercen jurisdicción*, usando los términos del artículo 19º Nº 3º inciso 5º de la Constitución, o los *tribunales establecidos por la ley*, conforme a su artículo 73º inciso 1º.¹⁵

C. Constitucionalización e Interpretación

No puede ser discutido, en fin, que la penetración de los principios y normas contenidos en la Constitución hacia todas las áreas del Derecho, constituye una tendencia insoslayable hace ya tiempo, sobre todo con miras al respeto y promoción de los derechos fundamentales. Por ende, reducir las normas contenidas en la Carta Fundamental a la regulación del Estatuto del Poder, entendiendo por tal los órganos del Estado, no sólo constituye una visión ya superada dentro del sistema político de la postmodernidad, sino que resulta contraria, sin más, a la posición que ha ido adquiriendo el Derecho de la Constitución en Sistemas Jurídicos respetuosos de los principios y valores cardinales sobre los cuales se sitúa y construye la sociedad:¹⁶

“El fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general ya no es nuevo en otros países y en especial en Europa. El razonamiento jurídico a partir de la Constitución es, en nuestros tiempos, tarea común en aquellos derechos que conocen el fenómeno desde hace ya tiempo y, por lo mismo, han podido elaborar una doctrina al respecto. Cuestiones como la interpretación “desde” o “según” la norma fundamental del Estado, la existencia de principios constitucionales, que se imponen al juez y al doctrinador y que vean más allá de la mera inteligencia literal de las garan-

¹⁴ Miguel Ángel Fernández González: “Fundamentos constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe” en Hernán Corral Talciani (editor): *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 6 (Santiago, Universidad de Los Andes, 2002), pp. 17-46.

¹⁵ Miguel Ángel Fernández González: “Derecho a la Jurisdicción y Debido Proceso” en *Estudios Constitucionales* Año 2 N° 1 (Santiago, Universidad de Talca, 2004), pp. 99 ff.

¹⁶ José Luis Cea Egaña: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000), pp. 178-179.

tías constitucionales, *la obligación del juez de aplicar directamente la Constitución, sin esperar la dictación de leyes especiales que pongan en acción los principios de la Constitución, no son ya novedad, incluso en países tan reacios a conceder al juez común facultades para inmiscuirse en principios constitucionales como Francia.*

*Este fenómeno parte por atribuir a la Constitución un rol muy diverso del que tradicionalmente se le había reconocido, como ley suprema que distribuye la competencia y poderes de los órganos del Estado. Mucho más que eso, en ella se reconocen y consagran instituciones y principios que se consideran esenciales para la persona... Todo ello no puede sino afectar profundamente al Derecho Civil y a las consecuencias de la clásica distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, ya que incluso principios que son propios del primero, como el de autonomía privada, adquieren rango constitucional”.*¹⁷

Con todo, debe comprenderse bien que la constitucionalización, sobre la base de la fuerza normativa vinculante del Código Político, *no supone el desaparecimiento* de las categorías y reglas que regulan la interpretación y aplicación de la ley, de los actos administrativos o de los contratos y convenciones celebrados por los particulares, y menos su reemplazo por las que contempla la Carta Fundamental y que se aplican sólo a ella. *Se trata, antes y al contrario, de razonar a partir de la Constitución y dentro de los parámetros que ella fija, sobre todo la intangibilidad de la dignidad humana y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; la protección de la autonomía de los grupos intermedios; el principio de servicialidad del Estado y la contribución al bien común con pleno respeto de los derechos fundamentales, de acuerdo al artículo 1º de la Constitución:*

*“No se trata, como pudiera creerse, de una publicación de las relaciones jurídicas, sino que éstas pasan a recibir de los principios y preceptos constitucionales un nuevo y actual sentido vitalizador que informan la aplicación e interpretación de las normas civiles”.*¹⁸

Por ello, no procede excluir o siquiera mitigar el alcance y extensión de las categorías y reglas que imperan en la interpretación y aplicación de la ley, de los actos administrativos, de las sentencias y resoluciones judiciales o de las cláusulas contractuales,¹⁹ cada uno de los cuales tiene, además, normas y principios hermenéuticos propios, *sino que aquella interpretación y aplicación debe ahora y siempre hacerse desde y hacia la Constitución, lo cual implica, por una parte, cuidar con celo la distribución de potestades y competencias entre los órganos estatales dispuesta por el Código Político y, superlativamente, como viene siendo dicho con majadería ineludible, el respeto y promoción de los derechos fundamentales, tal y como ya lo declarara, en 1789, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, en su artículo 16º.*

¹⁷ Ramón Domínguez Águila prologando el libro de Hugo A. Castellón Venegas y Laura E. Rebolledo Contreras: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago, Ed. Conosur, 1999), pp. 1-2.

¹⁸ Emilio Riosco Enriquez: *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996), p. 9.

¹⁹ Miguel Ángel Fernández González: “Renunciabilidad de los Derechos Fundamentales de Contenido Económico”, publicado –en formato de CD– en *Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, celebrado en Sevilla entre el 3 y el 5 de diciembre de 2003.

En suma, *el plexo de valores que se encuentra normativizado en la Constitución, comenzando por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, primero ante el Estado, pero también en las relaciones entre particulares, invade, inunda y se despliega a lo largo y ancho de todo el Sistema Jurídico, incluyendo ciertamente el desenvolvimiento de la función interpretativa de las normas jurídicas de Derecho Positivo.*

3. CAMBIOS QUE PROVOCA LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Tuve oportunidad de explicar, en el Seminario ya aludido, diversas secuelas del Constitucionalismo Humanista en torno de cuestiones cardinales del Estado de Derecho, a partir de una *comparación* entre aquella concepción y su predecesora centrada en el Estado:

	Constitucionalismo del Estado	Constitucionalismo Humanista
Eje	: Órganos estatales	Persona humana
Objetivo	: Limitación del Poder	Defensa y promoción de derechos humanos
Contenido	: Organización y funcionamiento del Poder	Constitución Plena
Régimen Político	: Democracia de reglas mínimas	Democracia sustantiva
Teoría Jurídica	: Positivismo	Axiologismo
Extensión	: A las relaciones estatales	A todas las relaciones sean o no estatales
Valor derechos	: Sólo oponibles al Estado	Eficacia horizontal
Resguardo	: Por el Legislador	Por todos los órganos; y jueces palabra final
Fuerza	: Indirecta o Mediata	Directa o fuerza normativa
Efectos	: Sólo en las relaciones interestatales	Constitucionalización
Supremacía	: Formal sobre las normas estatales	Formal y material sobre todas las conductas
Concepción	: Derecho Público y Derecho Privado	Sistema de Normas en tridimensionalidad
Rol del Estado	: Respeto a los derechos	Respeto y promoción
Cometidos	: Estado Abstencionista o colectivista	Estado Subsidiario
RR.EE.	: Autárquicas o estatalizadas	Globalización y paradiplomacia
Fuentes	: Jerarquía kelseniana	Bloque de constitucionalidad

Menciono, sólo por vía ejemplar, como *cambios* sustantivos que se suceden de un Constitucionalismo centrado en la Persona, que el Estado Postmoderno exige reconocer que la *democracia no constituye solamente una forma de organizar* los gobiernos, en el sentido lato de la expresión, sino que ella adquiere la virtualidad de configurar un *estilo completo de convivencia* al interior de la Sociedad Civil y de ella con otras agrupaciones humanas; que los cometidos del *Estado no se restringen al respeto*, por omisión, pasividad o abstención, de los derechos fundamentales, *como tampoco a absorberlos y aniquilarlos*, asfixiándolos *en el colectivismo*, sino que los defiende y *promueve*, sobre la base de los *principios de subsidiariedad y solidaridad*, en el contexto *inevitable* de los procesos de *globalización e integración*; y que *no resulta respetuoso de la Constitución* que se dicten normas inferiores a ella en los *asuntos donde la Carta Fundamental tiene exclusividad normativa*, suponiendo un *cambio radical en la Teoría del Derecho*, la cual ya no se construye, sólo y primordialmente, a partir del principio jerárquico de unas fuentes del Derecho formalizadas y formales, en sí mismas, sino que sobre la base –lo reitero– de un *orden de valores* que se ha constitucionalizado:

“...Basta con decir lo siguiente: *esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista* en el pensamiento político y jurídico..., *la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal*... Desde luego, *la existencia y el carácter preceptivo de un orden de valores anterior al Derecho*...

...naturalmente, *la defensa y protección de la Constitución* y de su sistema de valores *constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales* y, sobre todo, del legislador. *Pero, en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho la última palabra*...”²⁰

Por ello, siendo aún útil, *ya no es suficiente una concepción puramente piramidal* de las fuentes del Derecho, v. gr., para explicar la inserción de los tratados internacionales que, más allá de su ubicación en el Ordenamiento Jurídico, exigen respeto no tanto por su supremacía cuanto por la imposibilidad de desconocerlos o modificarlos unilateralmente, debiendo siempre aplicarse *la regla inexorable* contemplada en el *artículo 27º* de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.²¹

²⁰ Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1985), pp. 45-47. En el mismo sentido, Mauro Cappelletti: “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) quien da *cinco argumentos* en favor de la legitimidad creadora de los jueces, pp. 622-633; y Francisco Tomás y Valiente *Constitución: Escritos de Introducción Histórica* (Madrid, Marcial Pons, 1996), pp. 25-26. Cfr. Lord Devlin: “Judges and Lawmakers” en *Modern Law Review* N° 39 (1976) quien señala que “*atribuir a la magistratura un papel de élite* que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, *sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría*, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, *al Estado totalitario*” (p. 2); y J.H. Ely: “Democracy and Distrust” en *A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980), ambos citados por Cappelletti, pp. 620-621. Asimismo, cfr. Carlos S. Nino: “Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad” en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 98 ss.

²¹ Contenida en el *Decreto Supremo* N° 381 (Ministerio de Relaciones Exteriores), publicado en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

Finalmente, es evidente que lo expuesto tiene *impacto directo en la ley*, en cuanto fuente del Derecho y, como lo señala el artículo 1º del Código Civil, concebida como declaración de la voluntad soberana, ya que aquella especie de norma jurídica *sólo vale cuando se ajusta*, formal y sustantivamente, a la Constitución, lo cual debe ser revisado por un órgano independiente y dotado de los caracteres inherentes a un Tribunal.

Empero y esto tiene que aclararse desde el comienzo, el sometimiento de la ley a la Constitución, en el Constitucionalismo Humanista, no deviene del reconocimiento y aplicación de un simple y elemental principio jerárquico que distribuye competencias normativas entre las fuentes del Derecho, sino que arranca de la obligatoriedad que pesa también sobre la ley de respetar *el orden de valores* que se ha constitucionalizado, manifestación de lo cual es la creciente atribución conferida o acertadamente asumida por los Tribunales en orden a velar, directamente, por el respeto de esos valores:

“¡La relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente!...”

Para esto (la noción de Montesquieu respecto de la función judicial) había que partir de un supuesto doble: por un lado, *la ley era... la ratio convertida en norma...* En segundo lugar, se consideraba *que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento*, a los elegidos...

*Ambos supuestos han desaparecido hoy en gran parte...”*²²

II. CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA Y FUNCIÓN JUDICIAL

En esta línea de pensamiento, el *rol que corresponde a la Justicia Constitucional*, en el régimen democrático, deviene como *consecuencia directa y necesaria* del principio según el cual todos los órganos estatales, incluyendo al Legislador, se encuentran sujetos a la Carta Fundamental, como ya fue anticipado, el 24 de febrero de 1803, en el *leading case, Marbury v/s Madison*, de trascendencia *dos veces centenaria*.

4. Cambio Sustancial

Si, en el Constitucionalismo del Estado, como expresaba *Montesquieu*, el juez quedaba constreñido a ser la boca que pronunciaba las palabras de la ley, hoy le corresponde, sobre la base de la interpretación y aplicación directa de la Carta Fundamental la defensa y promoción de los derechos humanos.

Surge nítido, por ende, como consecuencia del Constitucionalismo Humanista, que *el juez es el supremo garante de la Constitución y, su sentencia, la última palabra en la defensa de los derechos fundamentales*, sin que pueda confundirse esto, claro está, con poder omnímodo e ilimitado:

²² Otto Bachof citado en *supra* nota 20, p. 50.

“Los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero *al obligarles a no atacar las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder*”.²³

¿Cómo concebir y explicar, si se acepta cuanto ha sido explicado, la siguiente decisión de la Corte Suprema en *A.C.F. Minera S.A. con Sociedad Química y Minera de Chile S.A.*?

“Que en primer término es útil resaltar *la improcedencia de entablar una casación, fundándola en disposiciones de la Constitución Política de la República*, a la luz de lo dispuesto en el artículo 767º del Código de Procedimiento Civil, *porque la Carta Fundamental se limita a establecer principios y garantías de orden general, cuando versen sobre materias que tengan la correspondiente regulación en normas de orden legal, que sí merecen la protección que les brinda el presente recurso*, como lo es el caso de autos, en que se ha invocado una norma de aquel carácter, que tiene reglamentación legal, lo que, por lo demás, surge de las propias alegaciones del recurrente”.²⁴

5. Interpretación y Control

El tema que nos convoca no se sitúa, al menos principalmente, en el ámbito del control de constitucionalidad, entendido como el examen, concreto o en abstracto, de un acto o disposición jurídica para verificar su acatamiento, formal y sustantivo, a la Carta Fundamental, sino que más directamente se ubica en relación con *la interpretación de la Constitución*, ya que exige determinar el significado o sentido y alcance de los preceptos contenidos en ella para resolver si su aplicación a un caso concreto ha sido errónea o acertadamente comprendida.

Recuérdese, en todo caso, que la interpretación de la Constitución es tema novísimo en la Teoría del Derecho:

“...es fácil entender *por qué no ha habido interpretación de la Constitución* durante todo el siglo XIX y primeros decenios del siglo XX... ha habido un Derecho Político pero un Derecho Constitucional. *La Constitución es documento político, pero no norma jurídica*. El Derecho Constitucional es un Derecho sin Constitución, un Derecho del principio de legalidad. El ordenamiento jurídico empieza con la ley. En consecuencia, no hay sitio para la interpretación de la Constitución.

En realidad, la ausencia de la interpretación del Derecho Constitucional es una *consecuencia insoslayable del principio de soberanía parlamentaria*... Si el Parlamento es soberano y no hay límites jurídicos para su manifestación de voluntad, la Constitución sólo puede tener una *interpretación política*: La que hace el Parlamento al dictar la ley...

²³ Alexis de Tocqueville: I *La Democracia en América* (Madrid, Ed. Sarpe, 1984), p. 112.

²⁴ Considerando 8º de la sentencia pronunciada el 29 de julio de 2002, reproducida en XCIX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* N° 3 (julio-septiembre, 2002).

La Constitución queda, por tanto, *fuera del mundo del Derecho*. No es susceptible de interpretación jurídica, sino única y exclusivamente de interpretación política...²⁵

De regreso al tema propuesto, convengamos que, cuando se acude de casación en el fondo ante la Corte Suprema, invocando como ley erróneamente interpretada, un precepto constitucional, *no se está solicitando a dicha Corte que examine la constitucionalidad de una norma jurídica infraconstitucional o que evalúe el apego a la Carta Fundamental de cualquiera otra especie de conducta, sino que se le está solicitando que revise la interpretación que, de aquella disposición constitucional, ha efectuado un tribunal inferior.*

Creo que *no puede haber duda que la Constitución es también ley*, desde el ángulo de la casación, y que ésta constituye un instrumento válido –y, a veces, único– a través del cual, en aplicación directa, se interpreta la Carta Fundamental con referencia a casos concretos, permitiéndole a la Corte Suprema *verificar y orientar el significado de las disposiciones constitucionales para su aplicación por los jueces del fondo en todas las causas* en que deban acudir a las mismas disposiciones para la resolución del asunto que les corresponda conocer.

III. TESIS DEL MONOPOLIO CONSTITUCIONAL

Cuanto vengo señalando permite avizorar que sostengo la necesidad del *carácter difuso* de la función consistente en interpretar y aplicar la Constitución y, por cierto, del control de su supremacía, no obstante que es posible sostener la idea contraria, consistente en concentrar aquellas tareas o, al menos, la del control:

*“...la reforma constitucional en trámite cierra el control de constitucionalidad: Abstracto y concreto, preventivo y represivo, preceptivo y facultativo, estableciendo una concentración y monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, poniendo fin a desviaciones jurisprudenciales y doctrinales que pretendían admitir un control difuso de constitucionalidad, que quebraba el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación. El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su status para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello habrá una *idea de Constitución*, del punto de vista hermenéutico que se impondrá lentamente en la Judicatura y en los operadores del Derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad sitúa al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea de preceptos legales; sea además porque el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los preceptos legales se opongan a la parte dogmática de la Constitución”.*²⁶

²⁵ Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2003), pp. 134-135.

²⁶ Francisco Zúñiga Urbina: “Control Concreto de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional”, publicado en *Estudios Constitucionales* Año 2 N° 1 (2004), pp. 222-223.

6. Diagnóstico: Falta de Aplicación Constitucional

No puede olvidarse, para evaluar el estado actual del tema que hoy abordo, que trasladar el control de constitucionalidad de las normas legales ya vigentes, desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, más que para configurar un modelo susceptible de ser situado en una taxonomía teórica, se propone con el objeto de *recuperar* dicho arbitrio, carente en los últimos años de trascendencia, para la defensa de los derechos de las partes.

Ya en 1990 se señalaba, con motivo de un estudio cuantitativo de los recursos de inaplicabilidad deducidos en 1969, 1972, 1978 y 1983, que:

“Inversamente, encontramos que los fallos referidos a las inaplicabilidades *revelan una tendencia que puede tener significados de interés*. Como se aprecia en el Gráfico N° 4, los fallos dictados en los años 1969 y 1972 tienen un índice de rechazo que varía del 15 al 25 por ciento. En cambio, los índices de los años 1978 y 1983 son de otro orden de magnitud. En el primer período mencionado *se rechazó el 100% de los recursos* interpuestos, mientras que en 1983 *se rechazó el 68,42%* de las inaplicabilidades presentadas. Bien podría desprenderse que los fallos de uno y otro momento se correspondan con la época que se vivía. La primera tuvo lugar bajo la vigencia de un período de normalidad democrática, con más o menos dificultades, mientras que la segunda se verificó dentro de un régimen autoritario durante el cual se incorporaron modificaciones al ordenamiento constitucional que eran decisivas para el funcionamiento del sistema legal. En tal caso, mirado ahora bajo otra perspectiva, podría considerarse que existe también otro tipo de influencias en el modo como en ciertas oportunidades se fallan ciertos recursos, lo cual también dice relación con elementos que pueden considerarse ajenos a la tarea judicial”.²⁷

Con respeto a la Corte Suprema, no pueden existir dos opiniones en torno de la *actitud prescindente*, desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de la Constitución, *que ha caracterizado el ejercicio de sus potestades en relación con la Carta Fundamental*, sea en el recurso de inaplicabilidad o en otras sedes constitucionales, especialmente, en las constantes limitaciones autoimpuestas respecto de los Recursos de Protección y Amparo o en la reducción del Amparo Económico a un instrumento meramente declarativo, carente, por ende, de sentido cautelar.

Así se desprende de las escasísimas declaraciones de inaplicabilidad de oficio; de las dudas en torno del control respecto de preceptos legales anteriores a la Constitución; de la exclusión del examen de forma; del excesivo cuidado para no conceder órdenes de no innovar; de la incomprensible declaración de improcedencia cuando la gestión pendiente es un Recurso de Protección; o en fin, de las excepcionales declaraciones orgánicas de inaplicabilidad, sin que *esfuerzos recientes* alcancen para cambiar este diagnóstico.²⁸

²⁷ Hernán Larraín Fernández: “Recurso de Inaplicabilidad, Amparo y Protección: Un Análisis de la Labor Judicial”, publicado en XVII *Revista Chilena de Derecho* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N° 1, 1990), p. 102.

²⁸ Arturo Fermandois Vöhringer: “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: Hacia la Institucionalidad de la Expropiación Regulatoria en Chile” contenido en *Sentencias Destacadas 2004* (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2005), pp. 19 ss.

Hállese allí, más allá de disquisiciones de teoría o técnica constitucional, válidas en ese contexto, pero incompletas sin acudir a la realidad, la explicación de la reforma constitucional hoy aprobada, en primer trámite, que sustituye aquella conducta prescindente por *la probabilidad* de una labor, en sentido inverso del Tribunal Constitucional.

7. Perspectiva no Deseada: Peligro de Monopolio Constitucional

Conforme al sentido natural y obvio de las palabras, *monopolio* quiere decir, en su cuarta acepción, “ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes”,²⁹ lo cual, aplicado al asunto que nos ocupa, se concreta en reservar, con cualidad excluyente, la interpretación de la Constitución a un órgano determinado por ella misma, con el consiguiente poder –en sentido concreto del término– que ello implica.

Tal monopolio, conforme a cuanto se expuso en relación con la evolución y estado actual del constitucionalismo, resulta *inconsistente con los principios y normas que rigen al Derecho Constitucional Humanista*, los cuales se encuentran, explícita o implícitamente contenidos en nuestra Carta Fundamental, superlativamente, en sus artículos 1º, 5º inciso 2º, 6º y 7º:

“A la Constitución la puede interpretar todo el mundo: Legisladores, ministros, partidos políticos, simples particulares, grandes corporaciones, litigantes, sindicatos, el Defensor del Pueblo, los integrantes del Ministerio Público, las comunidades regionales, etc. También los jueces, comprendiendo entre ellos tanto a los integrantes del Poder Judicial propiamente dicho como a los vocales de la Corte Constitucional, cuando opera como órgano extra poder”.³⁰

No resulta admisible, por otra parte, sostener que la Constitución despliega el *enorme arsenal de principios y normas* que ella contiene, aplicables a todos los actos, estatales o privados, a la par que *se intente constreñir; la potestad para interpretarla*, desde el ángulo orgánico, nada más que a algunos de los agentes estatales, lesionándose así el Estado Constitucional y Democrático de Derecho:

“...además, también resulta acorde a los fines de la Constitución que nadie pueda atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional. Recuérdese que el propio constitucionalismo surge como una respuesta al absolutismo, y a la pretensión de éste de monopolizar toda la producción jurídica, idea heredada después por el Estado.

De ahí entonces que parece ajustarse más a los objetivos del constitucionalismo un pluralismo interpretativo que un monopolio en estas materias. A su vez la interpretación constitucional debería tener efectos sólo para el caso concreto, sin perjuicio de que el *estare deciris* o doctrina que funda la decisión sí deba tener aplicación general.

²⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Madrid, Espasa, 2001), p. 1.037.

³⁰ Néstor Pedro Sagües: *La Interpretación Judicial de la Constitución* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998), p. 3.

Ello porque el efecto relativo de las sentencias sólo impide darle aplicación *erga omnes* a la decisión o parte resolutive de un fallo, pero no es una prohibición de aplicar un razonamiento judicial anterior a un caso posterior semejante. De hecho si no fuese así, y por ejemplo el juez resolviese un caso semejante de manera absolutamente diversa a un caso anterior, infringiría no sólo el principio de razonabilidad, sino que probablemente también el de igualdad, en su vertiente de aplicación de la ley”.³¹

Efectivamente, el constitucionalismo, en cuanto proceso histórico tendiente a la mayor protección y promoción de los derechos fundamentales, sobre la base del principio de separación de órganos y funciones, hace inconcebible la concentración de la definición constitucional, en cuanto interpretación de sus principios y normas, sea en abstracto o frente a casos concretos, en un solo órgano, aun cuando se trate del Tribunal Constitucional, prestigiado y legítimo en su origen y desenvolvimiento y ello aunque se lo dote del rol de garante máximo de la Constitución o se obligue, a todos los órganos, incluyendo a los Tribunales, el deber acatar y seguir sus decisiones:

“Combinando estos dos principios: La vinculación de los jueces respecto a los preceptos constitucionales y legales y el diverso valor de éstos, nos encontramos con que *los tribunales pueden hallarse en un caso dado ante el siguiente problema: Una situación debe ser regulada de acuerdo a los preceptos constitucionales de una manera y según las disposiciones legales de otra forma; el juez, como sabemos está vinculado a ambos tipos de preceptos y éstos tienen diverso valor, como es misión de los jueces resolver conflictos... deben preferir el criterio que establece el precepto superior.* La constitución y el acto que formalmente es ley no debe aplicarse por ser inconstitucional”.³²

En consecuencia, la interpretación y aplicación de la Constitución no puede ser concebida como una potestad reservada, exclusiva y excluyentemente, a un solo órgano judicial, configurando un monopolio de lo constitucional, ya que sostenerlo así es plantear una fórmula inconsistente con el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, pues no se trata de reemplazar la soberanía de la ley por la de un solo juez o Tribunal, sino que, antes bien, de situar los derechos de las personas por sobre las potestades públicas, cualesquiera sea el órgano que las ejerza y esto sólo se logra abriendo al máximo y sin restricciones, especialmente fundadas en formalismos, las acciones y recursos que hagan expedita, en todo momento y en todo lugar, como lo exige el Pacto de San José de Costa Rica, la defensa y promoción de sus derechos:

“...una Carta Fundamental autoritaria y a la que, por modificaciones y mutaciones, se le inyectó espíritu democrático, debe ser interpretada en pro de este telos y no del

³¹ José Ignacio Martínez Estay: “El Sistema Europeo-Continental de Justicia Constitucional”. Agradezco al profesor Martínez me haya facilitado el artículo recién citado –enviado para su publicación en *Estudios Constitucionales*–, así como otro relativo a “Juez y Constitución en el Sistema Constitucional Angloamericano y en la Tradición Jurídica Europeo-Continental”, cuya publicación en *Ius Publicum*, también está pendiente. Con todo, la mayor gratitud estriba en las conversaciones que, sobre el tema de esta ponencia, hemos tenido con el profesor Martínez, iluminadoras para el suscrito en torno de muchas de las cuestiones que aquí se plantean.

³² Raúl Bertelsen Repetto: *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969), pp. 92-93.

que lo anule, erosione o detenga. Semejante argumento expongo respecto de una Constitución en su origen mezquino con ciertos derechos subjetivos y sociales, la cual es posteriormente reformada para hacerla más generosa en tales materias”.³³

No cabe, en fin, focalizar en el Tribunal Constitucional, como se hizo hasta hoy con la Corte Suprema, el control y la interpretación de la Carta Fundamental, especialmente, teniendo en consideración el proclive desprendimiento y las autolimitaciones que, con el paso de los años, fueron siendo formuladas por aquella Corte, en variados ámbitos de sus competencias constitucionales.³⁴ Nada permite aventurar que, con el correr del tiempo y demandada insistentemente su protección, el Tribunal no vaya a actuar de manera semejante ni aún dotando de amplia legitimidad democrática a sus integrantes o facilitando el acceso a esa Magistratura del juez y de las partes que requieran la correspondiente declaración de inaplicabilidad:

“La privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también *cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta* que, por naturaleza, exige el orden jurídico, *de manera que éste alcance su efectiva vigencia* en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón *cuando están en juego derechos fundamentales* de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común”.³⁵

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL BIEN COMPRENDIDA

8. Texto

En el proyecto de reforma constitucional que nos convoca se propone confiar al Tribunal Constitucional *el control* de constitucionalidad de las leyes, tanto en su fase preventiva, como ocurre en la actualidad, cuanto trasladándole el recurso de inaplicabilidad que actualmente conoce la Corte Suprema. El texto aprobado por el Senado, en primer trámite constitucional, señala, como atribución de aquella Magistratura:

“*Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución*, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal Constitucional conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se in-

³³ José Luis Cea Egaña: “La Interpretación Axiológica de la Constitución” en la obra colectiva *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992), p. 97.

³⁴ Miguel Ángel Fernández González: “Recurso de Protección: Presente y Futuro” *Derecho Mayor* N° 2 (Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 2003), pp. 25-58.

³⁵ José Luis Amadeo: *Privación de Justicia* (Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1998), p. 13.

terponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes, el Tribunal Constitucional en pleno, de oficio o a petición de parte, por los dos tercios de sus miembros, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo con efectos generales”.

Por su parte, *la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, en su Segundo Informe, ha propuesto a la Sala de dicha Corporación las dos siguientes atribuciones nuevas del Tribunal Constitucional que inserto a continuación:

“Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.

Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

De las disposiciones proyectadas queda en evidencia, desde luego, que ellas se refieren nada más que *al control* de constitucionalidad de los proyectos de ley y de las normas legales ya vigentes, pero no se incluye la *interpretación* de la Constitución, cuyo ejercicio no es –ni podría serlo– reservado a un solo órgano, si es que se reconoce la fuerza normativa de la Carta Fundamental.

9. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA PROPUESTA

Comprender bien aquella preceptiva nueva significa situarla en los *Principios del Constitucionalismo Humanista*, de lo cual surge que confiere –mas no concentra– en el Tribunal Constitucional el control preventivo de los proyectos de ley, sea con carácter obligatorio o eventual, así como el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad, pero *no impide ni prohíbe* que cualquier Tribunal –y aun, todo órgano estatal– interprete la Constitución en el ejercicio de sus competencias.

Ilustro lo expuesto acudiendo a un asunto que, aunque todavía se encuentra pendiente, sirve para graficar la tesis expuesta:

“Que a partir de la interpretación de los preceptos que se han citado precedentemente, se han planteado durante el desarrollo de la presente reclamación dos distintas ponencias. En un extremo se encuentra la que sustentan los reclamantes, en cuanto sostienen que la objeción que puede formular el Ministerio de Justicia respecto de la solicitud de registro como persona jurídica de derecho público de una entidad religiosa, solo puede fundarse en la omisión de los requisitos de forma que se establecen en los artículos 10º y 12º de la Ley N° 19.638 y 6º de su Reglamento (Decreto N° 303 de 21 de marzo de 2000). El Ministerio de Justicia, por su parte, efectúa un enfoque totalmente diverso a dicha posición, basándose para ello en una interpretación sistemática y finalista de los cuerpos legales que deben aplicarse al

presente conflicto. En efecto, se expresa en su informe de fs. 205, que presentada una solicitud de inscripción, *el Ministerio de Justicia debe ponderar la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico*. Al hacerlo *deberá obviamente atender tanto a los aspectos sustantivos como a los formales* de la Ley N° 19.638. Además, sin embargo, *prestará especial atención a los preceptos constitucionales* y demás disposiciones legales. *Así se lo exige* por lo demás, de un modo perentorio, *los artículos 6° y 7° de la Constitución Política*.

Que, planteadas así las cosas, y *a partir del análisis e interpretación armónica de todos los preceptos constitucionales*, legales y reglamentarios que deben ser aplicados a la cuestión de fondo que es materia del presente debate, resulta fuera de toda duda que al momento de pronunciarse respecto de la solicitud de registro de una entidad religiosa como persona jurídica de derecho público, *el Ministerio de Justicia*, no sólo está facultado, sino que le asiste *la obligación de velar por el estricto cumplimiento de todas las normas jurídicas* a la que deben someterse las organizaciones que aspiran obtener ese reconocimiento. Este deber implica efectuar un examen, que va más allá de establecer si la entidad religiosa cumple con los requisitos formales exigidos para su constitución. En efecto, *resulta también ineludible ponderar el contenido, fines u objetivos* que persigue la doctrina a principios que pretende difundir en el seno de la sociedad chilena la entidad religiosa que aspira a ser reconocida como tal por el Estado. De este modo *no puede ser indiferente para la autoridad establecer si esos principios o doctrina, se avienen o no con nuestro Estado de Derecho a la luz de los preceptos que se contienen en la Constitución Política*, y desde luego a los que en particular se contemplan para las entidades religiosas en la Ley N° 19.638 y su Reglamento”.³⁶

Pero más aún, la reforma en actual trámite parlamentario tampoco obsta a que *cualquier Tribunal excluya del proceso de juzgamiento* una norma infraconstitucional que considere contraria a la Carta Fundamental, siendo aquella decisión, por cierto, susceptible de ser impugnada ante los Tribunales Superiores y, en definitiva, ante el mismo Tribunal Constitucional por vía de la nueva inaplicabilidad.

No puede sostenerse, por el contrario, que el diseño propuesto en la reforma impida a los jueces aplicar directamente la Constitución y cumplir con el deber, Base de la Institucionalidad, que le impone el artículo 6° de la Carta Fundamental, máxime cuando, de acuerdo a la misma reforma, ahora será obligación de todos los órganos del Estado –incluyendo a los que ejercen jurisdicción– *garantizar el orden institucional de la República*, es decir, asegurar que los principios y normas contenidos en la Constitución sean respetados por todos, entes estatales y particulares, en todo:

“Estos verdaderos ‘Guardianes de la Constitución’ cumplen globalmente con *una misión que es de gran trascendencia para la propia supervivencia del régimen democrático*, puesto que al asegurar ellos por medios de sus fallos o resoluciones la primacía de los valores y mandatos constitucionales, cuando éstos se ven amagados por

³⁶ Considerandos 4° y 5° de la sentencia pronunciada el 29 de marzo de 2005 por la *Corte de Apelaciones de Santiago*, en causa Rol N° 400 - 2004.

disposiciones del legislador o de cualquiera otra autoridad, *están garantizando también la plena vigencia de los derechos fundamentales* que permiten a las personas y a los cuerpos intermedios de la sociedad gozar de un espacio de libertad que el poder público no puede invadir (en definitiva, toda auténtica carta constitucional es un documento protector de tales derechos esenciales, o, si se quiere, un instrumento jurídico para la limitación del poder del Estado), derivándose de lo anterior que *en un contexto de verdadero respeto por los derechos básicos* antes mencionados *estará más garantizada la paz social*, y que el goce de ésta *favorecerá la permanencia y estabilidad del régimen institucional y de sus valores democráticos*.³⁷

Nada de lo anterior, ciertamente, impide que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional –que deberá ser, naturalmente, ajustada a la reforma en fase final de aprobación– llegue a disponer la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* de las sentencias pronunciadas por dicha Magistratura para el resto de los órganos que ejercen jurisdicción en nuestro país. Pero ni siquiera ello impedirá que los demás jueces, en el marco definido por la Constitución interpretada por la Corte Suprema y, al final, es cierto, por el Tribunal Constitucional, puedan también dirimir el significado de los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental, para aplicarla en las causas de que conozcan e incluso que excluyan los preceptos infraconstitucionales que los vulneren:

“...Si el Tribunal Federal Constitucional declara la nulidad o la validez de una disposición legal, su decisión tiene fuerza de ley de conformidad con el § 31 inc. 2 BverfGG. Pero, también en otros casos, *las sentencias del Tribunal Constitucional Federal desarrollan*, de conformidad con el § 31 inc. 1°, *un efecto vinculante que trasciende el caso individual*, por cuanto que *los principios que se originan del tenor y los fundamentos que se exponen en la decisión a través de la interpretación de la Constitución, deben ser tenidos en cuenta por los tribunales en todos los casos futuros*.

El § 31 BverfGG le atribuye a las decisiones del Tribunal Constitucional efectos vinculantes en la medida que la función del Tribunal Constitucional Federal, como intérprete supremo y guardián de la Constitución, así lo requiera. *El efecto vinculante se limita por consiguiente a la parte de los fundamentos de la sentencia*. Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias... El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de un ley ordinaria. *Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias*. El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria.

Antes bien, de conformidad con el § 31 inc. 1 BverfGG, *todos los tribunales se encuentran vinculados a los veredictos de inconstitucionalidad pronunciados por el Tribunal Constitucional Federal* como instancia vinculante en asuntos constitucionales...”.³⁸

³⁷ Gustavo Cuevas Farren: “Guardianes de la Constitución. ¿Quién los elige?” en *La Semana Jurídica*.

³⁸ Jürgen Schwabe (compilador): *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), p. 5.

10. INTERPRETACIÓN Y CONTROL DIFUSOS NO VULNERAN IGUALDAD NI CERTEZA JURÍDICA

Por último, afirmo que *un sistema* de interpretación y control de la Constitución de carácter *difuso* no lesiona aquellos derechos fundamentales, puesto que uno y otro derecho *no se consiguen*, necesariamente, *con un modelo concentrado de interpretación y control* de constitucionalidad, como *lo prueba la experiencia de la concentración en la Corte Suprema*,³⁹ con anterioridad a la reforma de 1971, que incorporó al Tribunal Constitucional, y con posterioridad a ella, en cuanto dice relación con el control concreto, todo lo cual no fue suficiente garantía para ambos derechos.⁴⁰ En cierta forma, vuelve aquí a observarse una formulación básica o esencialmente teórica, que deja a la experiencia en posición excesivamente desmedrada.

La igualdad y certeza, antes y al contrario, se logran avanzando, precisamente, en sentido inverso, esto es, *fortaleciendo la interpretación y aplicación directa de la Constitución por todos los operadores jurídicos*, de manera que ellos y quienes ante ellos acuden, especialmente para la defensa de sus derechos fundamentales, se familiaricen con *la Carta Fundamental que se vive porque es vivida* y que impera porque es aplicada cotidianamente.

Cierto es que *la jurisprudencia así pronunciada debe ir siendo uniformada*, sea por la Corte Suprema y para ello el instrumento de la casación –no único, pero importante– debe llevarla a interpretar las disposiciones constitucionales de manera que oriente el trabajo de los jueces; o bien, sea que lo haga el Tribunal Constitucional, en este caso, más que por declaraciones de vinculatoriedad, por *el valor intrínseco* de sus sentencias y por *la fuerza legitimante de sus decisiones*. Pero *tampoco con rasgo exclusivo y excluyente*, en el control y en la interpretación constitucional,⁴¹ sino con cualidad suprema, cuando sea requerido por el juez o por las partes y, también, en el control abstracto, obligatorio o eventual.

Llego al final de esta exposición y concluyo, entonces, con *optimismo y confianza* en que la reforma constitucional sea, en definitiva, aprobada, culminando, *en paz y con orden*, el proceso de transición y *cerrando todo cuestionamiento sustantivo* a la Constitución de 1980/2005 para que así *los jueces –todos los jueces– acudan a ella*, a diario y siempre, considerando el *amplio consenso* finalmente logrado que la dota de *total e incuestionable legitimidad*.

³⁹ Rodolfo Figueroa G.: “La Acción de Inaplicabilidad y el Principio de Igualdad”, contenido en la obra colectiva *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional* (Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1996), pp. 353 ss.

⁴⁰ Baste recordar, por vía ejemplar, lo sucedido a propósito del *Decreto Ley N° 2.695*, en relación con lo cual léase Miguel Ángel Fernández González: “Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y Derogación Tácita”, publicado en IV *Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, diciembre 1993), pp. 55-65.

⁴¹ Considerando 14° de la sentencia pronunciada el 24 de septiembre de 1985 (Rol N° 33).