

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. EFECTOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Y LOS DERECHOS SOCIALES*

Jaime Mercado Bassa

Esta obra tiene un propósito ambicioso. Es literatura jurídica pero, paradójicamente y desde la mirada de las tradicionales fuentes del derecho, la menos valorada de todas en la estructura de una tradicional pirámide de jerarquía normativa: ES DOCTRINA, por lo mismo, su validez y legitimidad sólo se irá dando con el paso del tiempo y por su calidad. Usando un viejo aforismo latino, la auctoritas no se compra, se gana con argumentos sustantivos y sin el auxilio o el imperio de la coerción. No resulta fácil escribir, y es aún mayor el desafío para desarrollar corpus sustantivos. El derecho es una bella amante, pero no se persuade con flores, chocolates ni palabras hermosas. El amor al derecho es parecido al que se tiene con la música y las matemáticas, que se conquista con rigor y esfuerzo y, no me cabe duda que este proyecto de investigación del profesor Bassa es movido por su incansable búsqueda de seducción a esta amante difícil y, en ocasiones, también esquiva.

Puestos en este evento, creo que esta obra es doctrina y, un buen libro.

Algunos comentarios. No voy a detallar su composición ni desarrollo de su contenido, para eso lo podremos leer o, al menos, ver su índice. Me detendré en algunos aspectos que han resultado significativos.

1. En el libro, Bassa se aventura en el desarrollo de algunas tesis audaces. En el concierto de nuestro desarrollo político/institucional, marcado por los consensos ope-

* BASSA MERCADO, Jaime, 2008, ISBN 978-956-238-742-2, LexisNexis, Santiago, Chile, 220 pp.

rativos y funcionales más que deliberativos y dialógicos, hemos recibido un interminable número de eufemismos que, desde la perspectiva de la Teoría Política no resisten mayor análisis. Ese cuidado lingüístico se traduce, incluso, en la manera en que desde el sistema político se enfrenta la institucionalidad. Sin embargo, Bassa con un fondo teórico sustantivo derriba un lenguaje ecléctico que ha querido legitimar normativamente realidades que, en teoría política, tienen otro nombre, v.g. en su breve referencia a la historia, se atreve a aventurar que “el 11 de septiembre de 1973, día en el que se consolidó la sublevación de las tres ramas de las FFAA más Carabineros mediante un golpe de Estado” (pp. 10-11) o “desde el primer día, la Junta de Gobierno militar... se dotó a sí misma de una institucionalidad basada en decretos leyes, confundiendo legitimidad con legalidad” (p. 11); en cuanto a la interpretación que se ha dado al principio de subsidiariedad, señala “la Escuela de Chicago recogió la aplicación económica del principio de subsidiariedad... su finalidad es restringir la participación del Estado, llevándolo a una posición abstencionista... (y) esta vuelta interpretativa al siglo XIX comporta un desconocimiento a la evolución que ha experimentado el estado de Derecho en 200 años, ya que rompe el equilibrio que debe existir entre los Ppios del Eº moderno... no es principio, a priori, que se imponga sobre los otros” (pp. 144-149).

2. Bassa se manifiesta crítico a la interpretación de la Constitución vigente, mostrándose contrario a aceptar, no sólo la denominación de poder constituyente al trabajo de la Comisión de Estudios, sino que “en tanto que fuente de interpretación de la Constitución, estas deliberaciones carecen de toda legitimidad, tanto desde el punto de vista de la representatividad política de la Comisión Ortúzar como desde la teoría constitucional propiamente tal” (p. 108).

Y, esta crítica formal a la génesis, atendible y razonable, no sólo genera su rechazo por el tema de legitimidad de origen, sino que además porque sus criterios epistemológicos, están fuertemente condicionados por las propias cosmovisiones, muchas de ellas religiosas, de los integrantes de la Comisión, v.g. “el constante recurso al trabajo de la Comisión sólo ha logrado perpetuar una concepción minoritaria y no democrática de la Carta, concepción que ni es representativa de la sociedad... ni mucho menos consensuada... las opciones políticas propias de quienes promulgaron la Constitución en 1980 no pueden ser impuestas en futuras interpretaciones y aplicaciones de la norma, más aún, considerando que ellas no fueron consensuadas en su origen por la comunidad” (pp. 110-111).

3. Hacia dónde va la propuesta del prof. Bassa. A riesgo de equivocarme, él deposita su confianza en “roca firme”. Ve en Zagrebelsky y Häberle, elementos razonables para una apertura en los criterios de interpretación.

Cree que un adecuado sistema interpretativo debe considerar el carácter evolutivo de la realidad social, por ello, deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación con el sentido de las normas jurídicas en un contexto histórico/espacial determinado, y una mirada de esta naturaleza, no implicaría un desmejora-

miento del panorama constitucional o un serio cuestionamiento a la certeza jurídica, sino que actualiza y sincera la relación entre norma y sociedad.

Algo de esto también está presente en la tesis de Magíster del profesor Bassa pues señala que “esta situación se presenta con particular intensidad en las normas constitucionales de principio. En efecto, en tanto éstas son directa manifestación del consenso político que debe representar la Constitución, son las normas que mayor influencia reciben de la evolución de la sociedad. Así, la rigidez constitucional, concepto derivado de la supremacía constitucional, no debe llegar al punto de congelar el contenido material de las normas de principio (v. g, normas de derechos fundamentales, positivación del principio democrático, entre otras), precisamente porque es a través de estas normas que la comunidad actualiza el contenido de su pacto político”.¹

Sin perjuicio de las orientaciones que abogan por destacar el momento constituyente y hacerlo vinculante desde la perspectiva hermenéutica, postula que es fundamental abrir el proceso de interpretación de las normas y aplicar criterios extensivos que favorezcan la comprensión armónica entre norma y realidad. Y esta actualización no sólo implica reconocer el carácter evolutivo del contenido material de las reglas jurídicas, sino que además se trata de una apertura a los intérpretes de la Constitución; es lo que en lenguaje de Häberle se llama “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”. En qué consiste esta propuesta. Según Häberle, citado por Bassa, “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución”. ¿Por qué? Porque las normas jurídicas surgen para que ocupen un espacio vital de la comunidad, en el ámbito que sea, por ello, quien vive la norma debe interpretarla; la interpretación es una actividad encaminada a la comprensión y explicación de una norma, sin perjuicio que siempre, al final del proceso hermenéutico hay un intérprete final de última instancia (Corte Suprema o Tribunal Constitucional). Sostener una tesis de esta naturaleza produce una democratización del proceso interpretativo, sintonizando con una teoría acerca de la democracia.²

En la misma línea y profundizándola, Zagrebelsky señala que si existe una norma positiva que ya no responde a los requerimientos de la sociedad producto de un cambio profundo experimentado por ésta, la presión del caso impone la modificación de la norma a fin que se adecue y sintonice con la realidad social, esfuerzo en el que deben participar jueces, legisladores y autores, ya que el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como un sistema normativo independiente y autosuficiente, porque el derecho es una parte importante del entra-

¹ BASSA MERCADO, Jaime (2007), *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho Escuela de Graduados, p. 69.

² Cf., *ibid.*, p.151.

mado social, qué duda cabe, pero es eso, una parte y no el todo. Por lo mismo, no sólo importa el caso, sino que además se trata de aceptar pacíficamente que el ordenamiento no siempre está en condiciones de ofrecer al intérprete una sola respuesta, como tampoco que hay un solo método de interpretación sino que un pluralismo metodológico. Por lo mismo, se trata de postular un modelo que tome distancia de los clásicos criterios de jerarquización, porque se han mostrado estériles para dar respuestas satisfactorias a las problemáticas críticas.

Por tanto, la interpretación no se puede presentar como un sistema abstracto con reglas universales aplicables para todo tiempo y lugar, desconociendo o volviendo la espalda al caso concreto. Asimismo, la pluralidad en la que nos encontramos inmersos como sociedad ha generado, “la explosión subjetivista de la interpretación del Derecho, ya que se ha agotado un cuadro de principios compartidos por la generalidad”.³ Entonces, el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad. No es inocuo plantear un determinado modelo de interpretación por sobre otro. Si bebemos de una fuente flexible, las cláusulas abiertas pueden ser determinadas evolutivamente en su contenido material, pero, si nuestra fuente es restringida, quedamos atrapados por la tradición y el momento inicial del pacto, por la original intent, criterios que tácitamente pueden estar siendo superados por la realidad.

4. Por último, qué desafíos emergen a esta obra. Por de pronto, un par:

a) Este libro es fruto de su trabajo de doctorado, específicamente su tesis para obtener el DEA. Por ello, la primera parte relativa a historia y desafíos de nuestra Constitución, fue realizada con un propósito de contextualización de nuestra realidad jurídico/constitucional para un lector español. Hecho en falta un análisis más crítico en esa primera parte a nuestra *sui generis* “familia legal”, que tiene diferentes “leyes”, que no sólo tienden a confundir a los estudiantes (quóruns, naturaleza, excepciones a los quóruns, contraexcepciones, etc.), sino que han generado un sistema normativo rígido, que tiene el peligro de petrificar el derecho, y todo en pos del argumento de la necesaria estabilidad política. A mí entender, lo que está en el fondo es una profunda desconfianza a la madurez política de la sociedad. Creo que en una 2ª edición, se podría considerar este aspecto, como claramente lo está haciendo el profesor Bassa en la tesis doctoral.

b) El libro tiene abundante y buena literatura sobre la materia, y sugiero que se puedan revisar las tesis de John Rawls en materia de interpretación, que están en sintonía con los postulados de los autores trabajados. Este desarrollo se encuentra en Teoría de la Justicia, a propósito de la razonabilidad de la desobediencia civil.

³ BASSA MERCADO, Jaime, *La teoría...*, p. 70.