

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN

Por FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO

1. PROLEGÓMENOS.—2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN.—3. CORTE SUPREMA COMO CORTE DE CASACIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.—5. CONCLUSIONES.

ABSTRACT

The article analyses the «normative force» of the Constitution and the complex higher law normative structure, which demands to introduce shades on it. Also, it maintains that the Chilean constitutional reform of 2005, the Constitutional Court has consolidated the monopoly of the constitutional conflict, and with it the Supreme Court has reinforced its legality guardian role.

Key words: Normative Force, Legality, Constitutional Control.

RESUMEN

El artículo analiza la «fuerza normativa» de la Constitución y la compleja estructura normativa iusfundamental, que exige introducir matizaciones. Además plantea que con la reforma constitucional de 2005 en Chile, el Tribunal Constitucional ha consolidado el monopolio del contencioso constitucional, y con ello la Corte Suprema ha reforzado su rol de custodio de la legalidad.

Palabras clave: Fuerza Normativa, Legalidad, Control de Constitucionalidad.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

1. PROLEGÓMENOS

En nuestra doctrina se ha planteado en el último lustro un interesante debate acerca de los institutos de control de constitucionalidad y de casación, que es parte de un debate mayor acerca del modelo de Jurisdicción Constitucional imperante.

Un sector de la doctrina, defendiendo un control difuso de constitucionalidad de normas, sostiene que la Constitución es derecho material del instituto de la casación, por tratarse de la Ley fundamental del Estado o Ley de leyes. De esta suerte la matriz: infracción de *lex decisoria litis* o *lex probatoria litis*, puede ser reconducida también a la Constitución. En el fondo este sector de la doctrina plantea que en sede de casación el Tribunal pueda inaplicar o «preterir» la ley fundado en la Ley fundamental, sin perjuicio de plantearse un modelo difuso de control de constitucionalidad que al amparo de los artículos 6º y 7º de la Constitución, más la virtualidad de tratados internacionales de derechos humanos que integrarían el «bloque de constitucionalidad», puedan inaplicar o preterir la ley que fuere contraria a la Ley fundamental.

Una defensa de esta posición en la doctrina es recientemente planteada, a partir de la distinción maniquea entre un constitucionalismo humanista y un constitucionalismo estatalista, es el pretexto para abordar esta cuestión¹.

El constitucionalismo humanista, tiene como supuestos esenciales concebir a la Constitución como norma suprema, que contiene un autorreconocimiento de principios de constitucionalidad en su artículo 6º, y da cuenta de una irradiación de la Constitución en el derecho privado en particular y en todo el ordenamiento jurídico. Ello significa que la Constitución está dotada de una «fuerza normativa», y por ende, no requiere de mediación normativa para su aplicación a hechos o situaciones concretas, a menos que el propio Poder Constituyente imponga el deber de

¹ He utilizado como excusa para esta crítica el trabajo del profesor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, «Constitución y Casación ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?», en *Revista Estudios Constitucionales*, del Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, año 2005. Del mismo autor: «La Fuerza Normativa de la Constitución», publicado en LXVIII, *Revista de Derecho Público*, U. de Chile, 2001, pp. 77-102. También, LUZ BULNES A., «La Fuerza Normativa de la Constitución», *Revista Chilena de Derecho*, PUC, número especial, 1998. Ídem, JOSÉ LUIS CEA E., *Derecho Constitucional Chileno*, I, edic. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, pp. 237-238 y 244-246. También con vehemencia defiende la existencia de un modelo difuso en nuestro medio Lautaro Ríos A., «El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile», *Gaceta Jurídica (GJ)*, núm. 264, 2002, pp. 20-43. Además, el procesalista RAÚL TAVOLARI O., *Recurso de Casación y Queja. Nuevo Régimen*, Edit. ConoSur, Santiago, 1996, en especial pp. 51 y ss.

mediación legislativa o infraconstitucional, en suma se trata de una aplicación directa e inmediata de los preceptos iusfundamentales. Además los tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional contraria a la Constitución. Finalmente, la «fuerza normativa» de la Constitución y el proceso jurídico, político y cultural contemporáneo han desencadenado una constitucionalización del derecho, que significa que las normas jurídicas deben ser interpretadas y aplicadas conforme a los principios, valores y preceptos de la Carta Fundamental.

A nuestro juicio, esta doctrina incurre en un «fetichismo constitucional», que se ha apoderado gravitadamente en nuestra doctrina como posición teórico-metodológica, con una filiación ideológica explícita.

Prescindiendo de distinciones maniqueas de suyo falaces, una aproximación teórico y metodológica positivista-normativista y crítica necesariamente debe dar cuenta que el constitucionalismo contemporáneo es fruto de la herencia de tres tradiciones históricas, culturales e ideológicas en sentido débil: constitucionalismo liberal, constitucionalismo social y constitucionalismo democrático, que han permitido afianzar después de la segunda gran guerra en Occidente un concepto normativo de la Constitución que hace de ésta la primera fuente del orden jurídico y al mismo tiempo un subsistema normativo, concepto tributario de la contribución de Kelsen y su escuela. Esto significa, que efectivamente la Constitución como norma *normarum* fija el sistema de reparto de poderes normativos que atañen a la organización básica del Estado y por otra parte, establece valores superiores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales que permiten fijar la separación del Estado de la sociedad civil (y economía) y el tipo de relaciones (relaciones de poder, de libertad e igualdad) que las personas y sus grupos tienen con el poder público².

El concepto normativo de Constitución conlleva en primer lugar un autoreconocimiento de sus principios de constitucionalidad, a saber: supremacía formal y material, eficacia normativa y valor normativo, instituyéndose correlativamente un sistema de garantías que cautela la supremacía e integridad de la Ley fundamental que se denomina Jurisdicción Constitucional. Tal Jurisdicción Constitucional se encausa, merced acciones a través de un proceso de constitucionalidad y de un proceso de amparo de derechos, a la tutela del derecho de la Constitución. Luego, la tradicional rigidez constitucional y la apelación al principio-dogma de la soberanía nacional, imbricados en un control político de constitucionalidad

² J. PÉREZ ROYO nos indica: «La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica», en *Las Fuentes del Derecho*, Edit. Tecnos, 4ª ed., 2 reimp., Madrid, 1991, p. 31. También de MANUEL GARCÍA PELAYO los artículos: «El status del Tribunal Constitucional» y «La Constitución», en *Obras Completas*, Edit. CEC, 3 vols., 1991, vol. III, pp. 2893-2914, pp. 2915-2930.

de normas y actuaciones del poder público, propias del constitucionalismo liberal decimonónico no resultan suficientes como dispositivos de garantía de la Constitución.

Además, se ha producido un proceso de constitucionalización del derecho privado en particular y de todo el derecho que redundan en el imperativo de una interpretación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento.

Finalmente el concepto normativo de Constitución entraña reconocer en ésta derecho superior, como reza la fórmula norteamericana de la Constitución de 1787 «derecho supremo de la tierra», es decir, derecho objetivo y derecho subjetivo (derechos, deberes y garantías constitucionales). La superioridad jerárquica de la Constitución, que permitió concebir la doctrina de la pirámide del ordenamiento jurídico de Merkl y Kelsen arranca de que la Ley Fundamental es fruto de la autodeterminación política de una comunidad que se organiza; lo que permite unir el principio de jerarquía con el principio democrático en la edificación del Estado. De esta suerte, la eficacia normativa y valor normativo de la Constitución guarda estrecha relación con la estructura normativa de ésta, tipo de eficacia (competencia positiva y negativa) y por ende en el tipo de normas (summa divisio tradicional normas de conducta y normas de organización), materia de suyo complejo y que escapa a los objetivos de éste trabajo³.

³ V.gr., en la doctrina española, TORRES DEL MORAL, siguiendo a Rubio Llorente, Huber y Scheuner propone para la Constitución española un completo esquema general y taxonómico de normas iusfundamentales, a saber:

1) Normas declarativas y principios fundamentales del régimen político instaurado, como el artículo 1º íntegro.

2) Normas de reconocimiento de derechos.

3) Normas formuladoras de garantías institucionales, las cuales aseguran y protegen la existencia, organización o funcionamiento de determinadas instituciones; por ejemplo, el pluralismo de partidos (artículo 6º), los colegios profesionales (artículo 36) o la autonomía municipal (artículo 140). Pueden referirse también a los derechos, en cuyo caso se difumina su diferencia con la categoría anterior.

4) Habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos. Por ejemplo, el artículo 53.3 manda a los tres poderes clásicos que informen su actividad en los principios de política social y económica (capítulo III del título I); el artículo 117.3 prohíbe a los juzgados y tribunales que ejerzan otras funciones que las constitucionales o legalmente determinadas.

5) Normas sobre producción jurídica, esto es que regulan el modo de producción de otras normas, incluso la reforma de la propia Constitución. Entre ellas no faltan preceptos que remiten a otras normas para que regulen la Constitución, el denominado bloque de la constitucionalidad.

6) Normas orgánicas:

6.1. Normas sobre composición y organización de las instituciones.

6.2. Normas de procedimiento.

6.3. Normas atributivas de competencias.

En consecuencia, nuestro planteamiento es muy simple: a la hora de utilizar el concepto normativo de Constitución y sus principios de constitucionalidad debemos establecer la estructura normativa iusfundamental, la modalidad de eficacia que poseen las normas iusfundamentales y el tipo de norma iusfundamental de que se trata, antes de postular mecánicamente su aplicabilidad directa y sin mediación normativa infraconstitucional. De lo contrario, la Constitución se transforma en un demiurgo normativo, en derecho material para todo tipo de hechos y situaciones, lo que es evidentemente un absurdo.

Precisamente uno de los problemas que plantea la hipertrofia o «elefantiasis» del recurso de protección como proceso de amparo de derechos fundamentales, que lo superpone a vías ordinarias y especiales de tutela de derechos y hace del recurso verbigratia un sucedáneo de contencioso administrativo, es el amplísimo y desmedido horizonte de hechos y situaciones a los que se ha pretendido utilizar, entroncando tales hechos y situaciones en lesión antijurídica de derechos constitucionalmente garantizados. Tal hipertrofia del recurso de protección y de otras acciones de amparo ordinario constitucional, han contribuido a su lamentable decadencia en la praxis forense y jurisprudencia de tribunales. Sólo un «fetichismo constitucional» puede llevarnos por estos caminos.

En el fondo el quid de nuestra discrepancia teórico-práctica con el sector de la doctrina singularizado, estriba en precisar en qué consiste la Constitución como derecho y por lo tanto, el alcance de la interpretación conforme a la Constitución que deben hacer los tribunales que integran el Poder Judicial y todos los órganos del Estado. Tal interpretación conforme hace de la Constitución en su derecho objetivo y en su derecho subjetivo, un subsistema de normas poseedora de un techo ideológico o «fórmula política» que preside la utilización de reglas hermenéuticas por los operadores del derecho. De esta suerte la interpretación conforme puede utilizarse como una regla imperativa para dar aplicación preferente a fuente formales del derecho infraconstitucionales que guarden armonía o sean compatibles con

Estas normativas no son excluyentes entre sí. Así, por ejemplo, las normas sobre producción jurídica pueden estar formuladas como habilitaciones, mandatos o directrices a los poderes públicos, principalmente al legislador, y ser, además, atributivas de competencias; a su vez, las habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos pueden versar sobre derechos o sobre garantías institucionales, etcétera. Pero la estructura normativa de un mandato al legislador es diferente de la del reconocimiento de un derecho y, en principio, no implica tal reconocimiento.

ANTONIO TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 4ª edición renovada y abreviada. Madrid, 1998, pp. 105-106.

También recoge una taxonomía de normas constitucionales KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón), Edit. CEC, Madrid, 1987, pp. 271-279.

la Constitución. Pero ello no puede importar inaplicar o «preterir» la ley en ningún procedimiento judicial bajo el pretexto de la «fuerza normativa» de la Constitución, menos aun en sede de casación, ya que no sólo se quiebra el principio de legalidad y seguridad jurídica, sino que además se compromete la responsabilidad penal ministerial de los jueces (art. 76 Constitución Política de la República y art. 223 y siguientes del Código Penal). Más aún la inaplicación e inconstitucionalidad de la ley tiene un cauce procesal preciso e idóneo con la reforma constitucional como es el híbrido «inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad».

En el campo de la interpretación conforme de la Constitución tienen importancia total valores superiores y principios constitucionales incardinados a un techo ideológico abierto. Tal techo ideológico abierto (apertura que posee una directa relación con la Constitución de origen democrático como pacto en el tienen cabida distintas visiones ideológicas) en una democracia pluralista aquilata en decisiones básicas que el Constituyente adopta acerca del Estado, la persona, los grupos intermedios, la sociedad civil y la economía, y que deben servir de patrón de referencia a todos los operadores públicos y privados del derecho. Con todo, el techo ideológico de la Constitución no debe significar profesar un orden material de valores objetivo, sino reconocer la cristalización histórica de valores socialmente dominantes (valores temporales y como toda ideología fuertemente condicionados), no exentos de ambigüedad, apertura y polivalencia, caracteres en donde reside su plasticidad y riqueza a la luz de una ética dialógica.

Particular importancia tiene esta interpretación conforme de la Constitución cuando las reglas de hermenéutica se aplican a derechos, deberes y garantías, que tienen eficacia y valor normativo directa mediante el proceso de amparo ordinario de derechos (acciones constitucionales), en que la regla pro homine o favor libertatis favorece la irreversibilidad, la progresión, la posición preferente y la expansividad de tales técnicas de tutela de intereses y voluntades⁴.

Luego, resta en este abordaje diferenciar los institutos de control de constitucionalidad y de casación, en particular a la luz de la reforma constitucional en estado terminal de trámite.

2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN

En sede de casación existe numerosa jurisprudencia acerca de que la Constitución no es derecho material para determinar la existencia de erro-

⁴ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *Dogmática Constitucional*, Editorial U de Talca, 1997, pp. 140-152.

res in procedendo o in iudicando que ameriten casar una sentencia. Los argumentos son deficitarios, pero están enderezados a establecer la existencia de un monopolio del control de constitucionalidad antes de Judicatura dual (Corte Suprema ejerciendo un control represivo y facultativo mediante la acción de inaplicabilidad y Tribunal Constitucional ejerciendo un control preventivo) hoy con la reforma constitucional residenciado exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Los argumentos son deficitarios, ya que reflejan un escepticismo arraigado de la Corte Suprema en concebir la Constitución como derecho, lo que probablemente tiene consecuencias en el tradicional raquitismo de la jurisprudencia y doctrina de inaplicabilidad, y que constituye un lugar común que ha dado pie a críticas prácticamente unánimes en nuestro medio desde hace décadas⁵.

De modo fragmentario es menester citar los fundamentos usuales consignados en fallos de la Corte Suprema en sede casación, a saber:

1. S.C.S. de 19 de julio de 1995.

«Teniendo presente, que los jueces no pueden sustraerse de aplicación de determinada ley, que resulte pertinente al caso que deben resolverse, no obstante que pudieren considerarla contraria con un precepto constitucional, sino cuando la respectiva inaplicabilidad por inconstitucionalidad haya sido reconocida y declarada por esta Corte Suprema, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política de la República, razón por la cual debió darse aplicación en estos autos o las disposiciones de la ley N° 19.260».

2. S.C.S. de 22 de abril de 2002 (Rol N° 1.139-2001).

«20° Que, sin perjuicio de lo anteriormente dicho y de la naturaleza administrativa y no jurisdiccional del procedimiento que llevó a la imposición de la multa reclamada, corresponde precisar que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, mencionado en el quinto capítulo de casación, no es susceptible de ser violentado en términos de originar la posibilidad de interponer por ello un recurso como el de la especie, habida cuenta que se trata de una norma genérica y cuya reglamentación se encomendó al legislador para que dicte las respectivas normas —leyes— de procedimiento, que si pueden ser violentadas y originar casación, sea de forma o de fondo, según la naturaleza de la infracción;».

⁵ Una visión completa y sinóptica del recurso de inaplicabilidad en artículo de ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, «El Recurso de Inaplicabilidad (Revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001)», *G.J.*, núm. 267, 2002, pp. 7-26.

3. S.C.S. de 30 de diciembre de 2004, (Rol N°381-2004).

«38° Que también se ha precisado con la misma reiteración por esta Corte, y en la especie también se ve en la obligación de consignarlo, la idea de que resulta redundante el fundar un recurso de casación en disposiciones de orden constitucional, como ha ocurrido en este caso, en que el primer y segundo yerros de derecho se han fundamentado en la supuesta transgresión del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. La redundancia se produce cuando dichos preceptos establecen principios o garantías de orden general, que usualmente tienen desarrollo en otras disposiciones de inferior jerarquía, tal como en la actual situación sucede, ya que la materia propuesta tiene una copiosa normativa que permite accionar, contenida en otras reglas jurídicas y leyes —concepto entendido según la definición del artículo 1° del Código Civil— y es a ella a la que se debido acudir en forma exclusiva, porque en esta litis, el precepto que se ha invocado es precisamente uno que establece una garantía genérica, pero cuya aplicación práctica queda entregada a los tribunales, a través de normas legales y en cada caso concreto y estas últimas, a su vez, proporcionan a quiénes se sientan afectados en sus intereses por situaciones como la que motivó la presentación de la demanda de autos, las herramientas jurídicas adecuadas para reclamar respecto del mismo;».

4. S.C.S., de 29 de julio de 2002 (RDJ XCIV, N° 3, julio-septiembre de 2002).

«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 767° 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».

5. S.C.S., de 7 de julio de 2005 (Cons 76°-220°).

«76°) Que una primera consideración sobre esta materia apunta a la violación que se denuncia respecto a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, infracción que de producirse, da lugar a un juicio de nulidad de derecho público, juicio que no iniciaron los recurrentes, optando por impugnar lo actuado por la Superintendencia, al tenor del artículo 30 del D.L. N° 3.538, en lo

relativo a la aplicación de las sanciones o de su monto, y cuestionando, en este procedimiento, sus facultades sancionatorias respecto a los accionistas de las sociedades bajo su fiscalización, antes que postular por la incompetencia del organismo actuante, impugnada, ahora por la vía de una casación de fondo.

El hecho de formular un reclamo respecto de la multa aplicada y subsidiariamente del monto de la misma, de acuerdo al procedimiento de que trata el artículo 30 ya mencionado presupone, desde ya, reconocer implícitamente la competencia de la Superintendencia.

Por lo demás, la reclamación del monto de la sanción resulta diametralmente contradictoria con sostener la falta de competencia del organismo sancionador. Se trata pues, de alegaciones o peticiones incompatibles, y por lo tanto inadmisibles en un recurso de casación por tratarse de argumentos contradictorios o subsidiarios;».

«220º) Que, por otra parte, la casación, como se desprende de la normativa legal que la reglamenta, se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley, cuando se ha dictado con error de derecho o infracción de ley, por lo que no resulta idónea para resguardar principios genéricos, como el de debido proceso, pues usualmente dicha noción se relaciona con la posibilidad de defensa adecuada y con las garantías procesales correspondientes, en un asunto determinado ante los tribunales, y en que las infracciones que se vayan produciendo en el curso de la tramitación pueden corregirse mediante la interposición de los recursos del caso, para culminar con la casación en la forma.».

Además, resulta interesante la posición de la Corte Suprema en materia de nulidad de derecho público por delegación inconstitucional de facultades jurisdiccionales fundada en artículo 6º, letra b N°6 y 7 y 116 del Código Tributario y art. 20 del DFL N°7, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, materia en que las Cortes Apelaciones declaran la nulidad fundada en la «fuerza normativa» de la Constitución (v.gr. S.C.A. de Santiago de 10 de enero de 2005, cons. 3º y 4º en G.J. N°295-2005, pp. 332-334) o en la inconstitucionalidad sobreviniente de dichas normas legales (v.gr. S.C.A. de Santiago de 31 de diciembre de 2004, cons. 4º, 9º y 10º en G.J. N°294, 2004, pp. 323-325).

En efecto la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad, reclama para sí la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales singularizadas, como ocurre en sentencia de (18 de mayo de 2005, en G.J. N° 297, 2005, pp. 297-313) que se reproduce en sus principales fundamentos fragmentariamente:

«5º Que, examinado el punto en estudio bajo el prisma que se viene desarrollando resulta que la delegación de facultades jurisdic-

cionales que franquea el artículo 116 del Código Tributario constituya una cuestión de esencial incidencia en la decisión del asunto pendiente, de modo que parece plenamente procedente el análisis relativo a la sujeción de dicha disposición o su disconformidad con la normativa superior de nuestra Carta Fundamental; además que ésta no formula distinciones entre normas sustantivas o adjetivas, por lo que todas ellas quedan comprendidas para resolver la procedencia del recurso».

«9º Que, los artículos 7, inciso 1º, 33, inciso 3º, 35, inciso 2º, 100, inciso 1º, 105, inciso 2º, y 106 de la Constitución Política admiten esta clase de delegación e incluso se determina una regulación general en los artículos 23, inciso 2º, 35 y 41 de la Ley Nº18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el D.F.L. Nº1/19.653, de diecisiete de noviembre de dos mil uno, y 55, letra a), y 78, letra a), de la ley Nº18.834, de veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que aprobó el Estatuto Administrativo, atendida su naturaleza y el ámbito en que opera y produce sus efectos, lo que reafirma la delegación de funciones administrativas de las que ciertos funcionarios se encuentran dotados y no de las facultades jurisdiccionales de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos que nos ocupa ahora.

En efecto, la letra a) del referido artículo 41 de la Ley Nº18.575 evidencia con toda claridad que tales disposiciones están destinadas a reglamentar la delegación de facultades administrativas; amén que algunas de las exigencias que consigna para su validez no se concilian con la delegación de facultades jurisdiccionales, verbi gracia, la especificidad de la letra a) y la revocabilidad de la letra e), toda vez que la resolución ex. 444 en general autoriza al delegado para conocer y fallar todas las reclamaciones y denuncias tributarias de los contribuyentes en contra de las liquidaciones, giros y pagos, lo que abarca la mayor parte de lo contencioso administrativo que puede suscitarse entre los contribuyentes y el Fisco con ocasión de la interpretación y aplicación del estatuto tributario. Y la segunda tampoco se aviene con la exclusividad que requiere el inciso 1º del artículo 73 de la Constitución ni con los artículos 1º y 109 del Código Orgánico de Tribunales, este último conocido como regla de la radicación o fijeza que impide semejante revocación».

«10º Que, por otra parte, entre los principios consagrados en nuestra Constitución Política para el correcto y eficiente desempeño de los órganos jurisdiccionales destaca, a efecto de discernir el tema de la constitucionalidad sublite, el de la legalidad contenido en los artículos 73, inciso 1º, y 74, inciso 1º, de la Carta Fundamental, según los cuales sólo en virtud de una ley se pueden crear tribunales

a los que pertenece exclusivamente la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, enunciado que se desprende también de los artículos 19, N°3 inciso 4°, y 38, inciso 2°, de la Carta Política, conforme a los cuales «nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señala la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta» y que “cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus órganos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”.

Es así como nuestro sistema jurídico establece a la ley como única fuente creadora de los tribunales y deja excluido todo otro tipo de origen distinto, al extremo que ni siquiera el Presidente de la República puede hacerlo mediante las disposiciones con fuerza de ley requeridas al Congreso Nacional de acuerdo con el artículo 61 de la Constitución, ya que esta autorización no puede comprender, entre otras materias, aquellas que afecten la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, ni a las cuestiones que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, cuyo es el caso de los tribunales con arreglo a lo que prescribe el artículo 74».

«11° Que, como ya se expresó en el motivo octavo de la presente resolución, el marco legal de los citados artículos 6°, letra b), N° 7, y 115, inciso 1°, del Código Tributario y 19, letra b), de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos le asignan a los Directores Regionales del servicios en el carácter de jueces especiales con competencia para conocer y fallar reclamos y denuncias tributarias, se encuadra en dicho principio de la reserva o legalidad que nuestra Carta Magna fija para el establecimiento de los tribunales, pues tal normativa legal es la fuente inmediata de su creación».

«No ocurre lo mismo con el artículo 116 del Código Tributario que permite a esos jueces especiales que son los Directores Internos “autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden al Director Regional”, que son precisamente aquellas potestades jurisdiccionales de que los ha investido la ley y, en consecuencia, esta verdadera delegación de estas facultades significa conferirles la calidad de órgano jurisdiccional a determinados funcionarios del Servicio, en circunstancias que sólo la ley puede otorgar semejante carácter y entonces se contraviene el reseñado principio de la reserva o legalidad respecto de la organización y atribuciones de los tribunales».

«16° Que, en conclusión las atribuciones de naturaleza jurisdiccional ejercidas por el juez tributario a cuyo cargo estuvo la sustanciación y fallo de las reclamaciones, provienen de la resolución del

Director Regional que delegó dichas facultades, constituyéndose, de tal manera, esa decisión u orden administrativa en la fuente jurídica inmediata que ha dotado con la calidad de juez a un funcionario naturalmente adscrito a la Administración del Estado, en circunstancias que, ajustándose a la normativa constitucional que consagra en nuestro régimen jurídico el principio de legalidad o reserva en la creación y organización de los tribunales de justicia, ello compete exclusivamente a disposiciones de rango y jerarquía legal.

Por lo tanto, el artículo 116 del Código Tributario, al permitir que a través del mecanismo de la delegación se constituya y órgano jurisdiccional cuya designación o determinación no provenga de manera inmediata de la ley, sino del llamado discrecional de otro ente administrativo, se opone a los preceptos citados de la Carta Fundamental e igualmente contraviene los artículos 6º y 7º, inciso 2º, en relación con el artículo 73, éstos de la misma Constitución Política, que impiden la delegación de las funciones jurisdiccionales».

3. CORTE SUPREMA COMO CORTE DE CASACIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional consolida un sistema de monopolios de jurisdicciones: monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, monopolio del contencioso civil y penal en términos latos en el Poder Judicial y monopolio en el contencioso electoral en la Justicia Electoral.

El instituto de la casación queda reservado como mecanismo recursal de garantía del principio de legalidad, de suerte que, corrige las infracciones del sentenciador a la *lex probatoria litis* y a la *lex decisoria litis*. En palabras de Calamandrei el instituto de la casación es un dispositivo básico del Estado de Derecho, ya que cumple una función de control jurídico concerniente a la sumisión a la ley de los súbditos como de los órganos del Estado, en especial órganos jurisdiccionales, y que hace de los tribunales superiores ser «custodit ipsos custodes» de los tribunales inferiores, una suerte de «centinelas de la ley» que vigilan la actividad y errores in procedendo-in iudicando de los tribunales, de modo que estos se mantengan en su «esfera de poder», destruyendo, anulando o casando las sentencias que infrinjan la ley; y también cumple una función de regulador de la interpretación judicial del derecho objetivo o unificación de la jurisprudencia, unidas a la ley como expresión de la voluntad general sometida a la igualdad constitucional. Así, el instituto de la casación satisface el interés público de anular sentencias que infrinjan la ley y el interés privado de tutela legal del recurrente; pero también coadyuva a la centralidad de la ley como fuente del derecho y consiguientemente es un

mecanismo de defensa del principio democrático, asegurando el imperio de la ley y con ello un más perfecto Estado de Derecho⁶.

El instituto de la casación sumariamente descrito en sus funciones e intereses está estrechamente ligado al quehacer de la Corte Suprema en el Poder Judicial. La Corte Suprema es un órgano constitucional (plenario y salas), letrado y multifuncional que asume como tribunal supremo roles diferenciados: Tribunal de Casación, Tribunal de Jurisdicción Constitucional en el amparo de derechos fundamentales, Tribunal custodio de la cosa juzgada y órgano directivo correccional y económico de los tribunales de la nación⁷.

La Corte Suprema como órgano constitucional nos refiere a un *status* específico en el orden constitucional del Estado como cabeza jerárquicamente supraordenada a los demás tribunales que integran el «Poder Judicial». El concepto de órgano constitucional de raíz teórica germana (G. Jellinek) e italiana (Santi Romano), nos diferencia a éstos de los órganos administrativos, para jerarquizar funciones y atribuciones en una organización compleja como el Estado⁸. En términos sumarios los órganos constitucionales del Estado son los órganos constitucionales del Estado, son los órganos que reciben «directamente de la Constitución su *status* y competencias esenciales, a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico fundamental proyectado por la misma Constitución» (García Pelayo)⁹. En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema tiene su composición y número, órganos internos, método de generación, *status* institucional y sistema de competencias (función jurisdiccional, función de jurisdicción constitucional y función administrativa) fijadas en la Constitución estatal; por lo que se erige en un órgano constitucional.

En este contexto examinado el orden constitucional de funciones del poder estatal y siguiendo el tradicional principio estructural del Estado de Derecho de «separación de poderes» e independencia, corresponde al Poder Judicial la función o potestad jurisdiccional, en un contexto de pluralidad de jurisdicciones. No deja de ser una paradoja que nuestra Carta

⁶ PIERO CALAMANDREI, *La Casación Civil* (trad. S. Sentís Melendo y prólogo N. Alcalá Zamora y Castillo), 3 vols., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, tomo II, pp. 27-118.

⁷ HUGO PEREIRA ANABALÓN, *Curso de Derecho Procesal*, Edit. Conosur, Santiago, 1993, tomo I, pp. 336-369.

⁸ En la teoría del órgano, el concepto de órgano constitucional puede explicarse a partir del tradicional *distingo* germánico inmediato y órgano mediato del Estado, formulada por GEORG JELLINEK en *Teoría General del Estado* (trad. F. de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 412-427. También, constituye un aporte a la teoría del órgano la obra de SANTI ROMANO, *Fragments de un Diccionario Jurídico* (trad. S. Sentís M. y M. Ayerra R.), EJEJA, Buenos Aires, 1964, 1964, pp. 255-296.

⁹ MANUEL GARCÍA PELAYO, «El *Status* del Tribunal Constitucional», en *Obras Completas*, 3 vols., Edit. CEC, Madrid, 1991, tomo III, pp. 2.898.

Política denomine «Poder Judicial», es decir, poder del Estado, a un complejo jerárquico de órganos que tradicionalmente tuvo una jerarquía e independencia disminuida; designando las demás funciones incardinadas en órganos nominados (Gobierno, Congreso Nacional, Contraloría General de la República). En este cuadro la cabeza jerárquica del «Poder Judicial» la Corte Suprema, emerge como un órgano constitucional multifuncional.

Lo anterior significa, que la reforma constitucional tiene para el Poder Judicial en general y para la Corte Suprema en particular un efecto virtuoso: reafirma su rol como Tribunal de Casación y con ello se acopla armónicamente con la forma política de República democrática y la forma jurídico-política de Estado de Derecho.

En cuanto al instituto de control de constitucionalidad la reforma constitucional comentada confiere al Tribunal Constitucional el monopolio del contencioso, tanto del control preventivo como represivo, tanto del control abstracto como del control concreto, sin perjuicio de ampliar considerablemente las competencias de este órgano. El Tribunal Constitucional, que aumenta el número de sus miembros a 10 participando equilibradamente en su generación la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Congreso Nacional, es un órgano colegiado y letrado, autónomo e independiente de «toda otra autoridad o poder» que ejerce una función de Jurisdicción Constitucional (art. 81 Constitución Política de la República y art. 1º de la Ley Nº 17997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional). En suma el Tribunal Constitucional conserva y fortalece su carácter de órgano constitucional supremo del Estado¹⁰.

La comentada reforma constitucional 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 anotadas que pretenden admitir un control difuso de constitucionalidad, que quiebra el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación.

El monopolio y concentración del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional es congruente la naturaleza de este órgano (juez constitucional), más idóneo por su status e integración para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello afirmamos prospectivamente 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 instituido a través de un instituto híbrido: «inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad», sitúa potencialmente al Tribunal Constitucional en una posición de pre-

¹⁰ FRANCISCO ZÚÑIGA U., *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, 2 vols., Edit Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, vol. II, pp. 64 y ss.

eminencia 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 por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los «preceptos legales» de desarrollo de tales derechos se opongan a la parte dogmática de la Constitución.

Para concluir el control concreto de constitucionalidad en esta sede de «inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad» permite que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al admitir un control permanente y actual, que comprende también de modo indirecto la defensa permanente de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo el control concreto permite una depuración del ordenamiento jurídico.

4. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En el proemio de este trabajo señalábamos que un tema central de la teoría de la Constitución, que atañe a los institutos de control de constitucionalidad y de casación, es el relativo a la estructura normativa, tipo de normas y valor-eficacia normativas iusfundamentales. El abordaje de estos temas es una tarea pendiente.

Sin embargo, no podemos omitir comentar brevemente los alcances de la interpretación conforme de la Constitución y de la constitucionalización del derecho, que son precisamente consecuencias del valor y eficacia normativa iusfundamentales.

En su conocido «Handbuch» Hesse nos llama la atención acerca de la «peculiaridad» o «singularidad del Derecho Constitucional y de la Constitución» no sólo por su función (integración, organización y dirección jurídica) y objeto (orden jurídico de la comunidad política), sino por su rango, clase de reglas, condiciones de validez y su capacidad para incorporarse en la realidad social. «La Constitución no es un sistema cerrado y omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento abierto. Esta apertura es siempre limitada. Pero en la medida que sea suficiente, concede —lo cual da sobre todo un sentido y contenido esenciales al ordenamiento democrático— al margen de actuación necesario para un proceso político libre, tratando de garantizarlo. Por ello la Constitución posibilita concepciones y objetivos político diferentes y su persecución. Permite, asimismo, tomar en consideración cambios técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica, asegurándose con

ello un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia»¹¹. A eso se agrega la indeterminación y amplitud de algunas normas constitucionales.

Ciertamente todo ello no puede conducir a una disolución de la Constitución, al reino de la anarquía e inseguridad, o agregamos, puro decisorionismo; queda un sustrato normativo vinculante; al que se suma al sistema de garantías y sus inevitables custodios: la Jurisdicción Constitucional.

Lo anterior es consecuencia de lo obvio: el Derecho Constitucional es la juridificación de la política. Con toda razón, Pérez Royo señala que la Constitución contemporánea es «la construcción jurídica del orden político de la igualdad y la libertad» y en tal medida es fruto de un poder constituyente que pertenece al mundo de la política y no al mundo del derecho. «El poder constituyente —dice Pérez Royo— actúa en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad»¹². Lo dicho no significa de modo alguno que la Constitución renuncia a la legitimidad, es decir, a la justificación racional del poder y la obediencia con anclaje en el principio democrático.

Precisa, además, este autor, que la ley y la Constitución en cuanto normas jurídicas son completamente diferentes. «La Ley —dice Pérez Royo— existe en la forma de múltiples leyes, que son expresión de la regularidad del comportamiento de los individuos en las más diversas esferas de la vida social y que tienen una estructura material normativa caracterizada por la fijación de un presupuesto de hecho hipotético al que se anudan consecuencias jurídicas. La Constitución, por el contrario, es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales y cuya estructura normativa no supone la tipificación de ninguna conducta a la que se anuden consecuencias jurídicas de ningún tipo».

En el fondo, la Constitución tiene una estructura normativa abigarrada¹³. Kelsen identifica en el contenido de la Constitución en sentido for-

¹¹ Cita del «Handbuch» de BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, (edición, prolegomena y traducción A. López Pina), Edit. IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 6 y 7.

¹² JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Edit. Marcial Pons, 6ª ed., Madrid-Barcelona, 1999, pp. 113-114.

¹³ Sobre este particular Schneider nos recuerda: «Las Constituciones están siempre caracterizadas por una estructura dinámica, programática y fragmentaria. El elevado grado de abstracción de sus formulaciones y contenidos normativos permite sólo en algunas ocasiones una aplicación inmediata del Derecho constitucional mediante una estricta subsunción silogística. Con frecuencia, la norma decisiva sólo puede formarse a partir de la concreción casuística y adecuada de los principios jurídicos generales y de los principios generales. Estas consideraciones metodológicas deben tenerse siempre en cuenta cuando se alude a la aplicación inmediata de la Constitución» (...) «El carácter abierto de la Constitución tam-

mal-material las siguientes: preámbulo, que recoge las ideas políticas, morales y religiosas que la Constitución tiende a promover, con un carácter marcadamente ideológico; determinación del contenido de leyes futuras, que se trate de estipulaciones positivas o negativas que condicionan la producción de normas; determinación de la función administrativa y de la función judicial, es decir, normas no dirigidas al Legislador sino a la Administración y la Judicatura; la ley inconstitucional, es decir, la determinación de leyes que carecen de validez cuando infringen la Constitución; prohibiciones constitucionales dirigidas a todos los poderes del Estado y que pueden tener un alcance garantístico; declaración de derechos, que asumen el carácter de prohibiciones y mandatos dirigidos a los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y finalmente, garantías de la Constitución enderezadas a asegurar la observancia de las normas constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes¹⁴. En suma, esta estructura nos lleva a distinguir polarmente dos tipos de normas: normas de conducta y normas de organización, que poseen eficacia normativa diferenciada¹⁵.

bién se manifiesta en lagunas y en la imperfección del texto constitucional, concretamente cuando la Ley Fundamental no ha regulado en absoluto o sólo parcialmente algún ámbito de la vida y cuando importantes cuestiones particulares han quedado conscientemente abiertas, precisamente para que sean resueltas en una libre confrontación política, como la configuración concreta del orden económico y social (carácter estructuralmente abierto). En todos estos casos queda ya conceptualmente excluida una aplicación directa de la Constitución. Pero también indirectamente influye aquí el Derecho constitucional sólo muy limitadamente en la libre configuración política del legislador. Además, el carácter fragmentario del Derecho Constitucional queda patente con la indeterminación y amplitud interna de las normas constitucionales individuales, las cuales ofrecen con frecuencia sólo una reducida densidad regulativa, dada la variabilidad de su significado debido a forma de cláusulas generales que adoptan (carácter materialmente abierto). (...) Finalmente, en determinados ámbitos del Derecho constitucional se pueden apreciar una situación de tensión normativa, que responde a una cierta heterogeneidad, históricamente condicionada, y falta de uniformidad de la Constitución debido precisamente a la combinación de «contraestructuras»... pero que aumenta su flexibilidad, continuidad y efectividad en el proceso político. (carácter funcionalmente abierto). Aquí está propiamente el centro de gravedad de la eficacia indirecta de las normas constitucionales, las cuales por su propia específica estructura normativa rehuyen una aplicación inmediata. Precisamente una comprensión metodológica de su eficacia y de su validez es presupuesto previo para que pueda distinguir suficientemente entre los distintos tipos de normas que existen en el Derecho constitucional (principios constitucionales, derechos fundamentales, reglas de organización y de procedimiento, disposiciones de competencias, determinación de objetivos estatales, y delegación legislativas» (pp. 73-74). De HANS PETER SCHNEIDER, *Democracia y Constitución* (varios traductores, prólogo Luis López Guerra), Edit. CEC, Madrid, 1991. También de FRIEDRICH MÜLLER, «Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas», *REDC*, núm. 27, 1989, pp. 11-126, en especial 117-118.

¹⁴ HANS Kelsen, *Teoría General del Estado* (trad. E. García Máynez), Edit. UNAM, México DF, 3ª ed., 1969, pp. 308-318.

¹⁵ KLAUS ADOMEIT, *Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica* (trad. E. Bacigalupo), Edit. Civitas, Madrid, 1984, pp. 79-98.

Por otra parte, la interpretación conforme a la Constitución que es consecuencia de los principios de constitucionalidad de supremacía (formal y material), valor normativo y eficacia normativa, está dirigida a todos los operadores del derecho, detentadores y destinatarios del poder, comunidad de intérpretes abierta y plural, pero en la que el peso de los intérpretes es diferenciada. Por de pronto, el primer intérprete de la Constitución, ordinario o usual, es el Legislador o Parlamento como órgano de representación política, a través de su quehacer y legislación interpreta en clave política la Constitución. Tal interpretación del Legislador también importa el desarrollo infraconstitucional de la Constitución. El intérprete jurídico supremo de la Constitución es el Tribunal Constitucional que, quebrando el principio-dogma de la separación de poderes (a partir del dualismo del barón de Montesquieu: «pouvoir d'établir» y «pouvoir de empêcher»), tiene el privilegio de revisar la interpretación del Legislador, control de constitucionalidad anclado en las estrictas coordenadas del control jurídico y del «self restraint» como resguardo del activismo.

La interpretación de la Constitución es distinta a la interpretación de la ley. En palabras elocuentes de Pérez Royo: «La interpretación de la ley es el reino de la igualdad. La interpretación de la Constitución es el reino del monopolio»(pag. 133). La interpretación de la Constitución hace que ésta opere como un límite de la interpretación del Legislador y de los demás operadores del derecho. La Constitución opera como un límite porque es la fuente del reparto de poderes del Estado y fija la línea divisoria ente Estado y sociedad civil-economía (personas y cuerpos intermedios) y porque es un pacto político contramayoritario, que morigera el principio democrático y la regla de mayoría.

Además, la interpretación de la Constitución está presidida por reglas hermenéuticas que tienen un sello finalista y sistémico, sin perjuicio de utilizar en términos auxiliares y usuales las reglas de Savigny, recepcionadas de los artículos 19 y siguientes de nuestro Código Civil. La interpretación de la Constitución está dominada por un «método tópico» en que confluyen tres circunstancias: estructura normativa peculiar de la Constitución, remisión en general al Legislador para la creación de derecho y la existencia de límites a tal creación de derecho. Este «método tópico» permite establecer un punto de equilibrio entre la libertad de configuración de Legislador y posibilidad de control por el Tribunal Constitucional. Se trata de un método en que interaccionan política y derecho y del cual derivan ciertas reglas de interpretación conocidas por todos: principio de unidad de la Constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección funcional, principio de la función integradora, y principio de la fuerza normativa de la Constitución¹⁶.

¹⁶ En palabras de Pérez Royo estos principios son: «1º Principio de unidad de la Constitución: Como ya se ha visto, es algo que el Tribunal Constitucional ha resaltado de mane-

En suma, la interpretación de la Constitución es la interpretación de los límites que éste impone, en particular al Legislador, que es el intérprete ordinario o usual de la Constitución misma¹⁷. Al mismo tiempo la interpretación conforme a la Constitución es una directriz o imperativo de los operadores del mundo del derecho a darle a la Constitución todo el valor normativo y eficacia normativa compatibles con su estructura normativa, tipo de normas y eficacia normativa misma. Ello tiene especial importancia según lo decíamos en el derecho subjetivo de la Constitución, en el plexo de derechos fundamentales, que tienen principios caracterizadores que favorecen su pleno imperio, en especial de derechos civiles y políticos. Luego la interpretación conforme a la Constitución pasada por este tamiz, adquiere su exacta potencialidad; de suerte que los operadores del derecho en general y la Judicatura en especial al aplicar las reglas de interpretación, integración y razonamiento jurídico podrán dar aplicación preferente a fuentes formales infraconstitucionales que guarden armonía con la Constitución.

Por último, la interpretación conforme de la Constitución produce como efecto la constitucionalización del derecho, en particular del derecho privado que en el derecho europeo continental plantea la conocida doctrina de la «Dritwirkung der Grundrechte» o eficacia frente a terceros de derechos fundamentales¹⁸. No deja de llamar la atención que el propio

ra expresa. La interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; 2º Principio de concordancia práctica: Con este principio se pretende “optimizar” la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho y el honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principio de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de “ponderación” de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional; 3º Principio de corrección funcional: Se trata con él de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución y el legislador; 4º Principio de la función integradora: La Constitución debe ser un instrumento de “agregación” y no de “desagregación” política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto; 5º Principio de la fuerza normativa de la Constitución: Aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de la interpretación su fuerza normativa. La Constitución es fundamentalmente límite, pero tiene que continuar siéndolo». *Ob. cit.*, pp. 144.

¹⁷ J. PÉREZ ROYO, *ob. cit.*, pp. 132-145. También, nuestra monografía de colaboración al libro colectivo: *Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos*, Edit. Jurídica, Santiago, 1992.

¹⁸ KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (traducción e introducción I. Gutiérrez), Edit. Civitas, Madrid, 1995. Del mismo autor, *Escritos de Derecho Constitucional* (introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón), Edit. CEC, Madrid, 1983, en especial sobre «fuerza normativa de la Constitución», pp. 61-84.

Hesse plantee las limitaciones de la constitucionalización del derecho en particular frente a la escasez de principios, la amplitud e indeterminación de éstos y tratándose de derechos fundamentales frente a la «peculiaridad de la constelación» de derechos que puede entrar en colisión o conflictos incluso en su legislación de desarrollo.

En efecto la autonomía de la voluntad, libertad de contratos, protección del patrimonio, la herencia y los derechos de la personalidad torales en el derecho privado encuentran reconocimiento en la Constitución, en especial mediante técnicas como los derechos y las garantías. Tales principios torales son herencia de la libertad burguesa y de la codificación, pero que en la legislación de hoy pueden tener contenidos distintos y la Constitución está abierta a tales contenidos precisamente por la ambigüedad, polivalencia, indeterminación y apertura de las normas de conducta de la parte dogmática. Los derechos fundamentales reconocen derechos subjetivos públicos de las personas y principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho, fundamentos del Estado constituido a través de dichos derechos y de su ordenamiento jurídico (Hesse, Stern). Este doble carácter o dualidad funcional tiene diferentes niveles de significación, concreción y eficacia normativa¹⁹.

Ello conlleva necesariamente merced el principio de legalidad (reserva de ley) un desarrollo legislativo de los derechos, que importa la protección infraconstitucional de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, y la sumisión del Legislador a una amorfía pero muy importante garantía de contenido esencial (art. 19 N° 26 C.P.R.).

Como lo hemos expresado la constitucionalización del Derecho en general y del derecho privado en particular, se ha producido en nuestro país merced los derechos fundamentales y sus principios que conllevan un pleno imperio. Sin embargo, los derechos y garantías no poseen una estructura lógico-conceptual uniforme sobre titularidad, condiciones de ejercicio, contenido y exigibilidad (derechos civiles, de titularidad individual y de contenido de negación; derechos políticos, de titularidad individual y de contenido de participación; y derechos sociales, de titularidad individual-colectiva, de contenido prestacional), por lo que la eficacia normativa del derecho subjetivo de la Constitución difiere profundamente.

Por otra parte la validez de los derechos y garantías, es decir, su densidad normativa de regulación y de control, depende no sólo de la «literalidad de la Constitución, sino también de en qué ámbito del Estado van a ser concretizados y actualizados» (H. P. Schneider). Además, el carác-

¹⁹ K. HESSE, *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 90 y siguientes. Ídem KLAUS STERN, «El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del CEC*, núm. 1, Madrid, 1988, pp. 261-277.

ter abierto de las normas iusfundamentales de conducta (sobre derechos y garantías) tienen directa relación con el margen de libre apreciación del Legislador, con motivo del desarrollo de los derechos fundamentales; lo que confiere especial valor a la garantía de contenido esencial de los derechos del N°26 del artículo 19 C.P.R. Lo propio ocurre con la densidad normativa, que conlleva la delimitación, y determinación de límites (materiales y formales, implícitos y explícitos), que llaman al Legislador a su desarrollo.

Junto a lo dicho sobre la constitucionalización del derecho gracias a los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, y su alcance limitado en lo concerniente a su pleno imperio a los derechos civiles; es menester precisar que las normas iusfundamentales sobre derechos y garantías también admiten una taxonomía propia, que Peces Barba agrupa en cuatro conjunto de normas: las normas que regulan la producción de derechos, las normas que establecen poderes para acceder a la titularidad de un derecho, las normas que fijan los contenidos de los derechos y los comportamientos que se pueden realizar en base a esos contenidos, y las normas que regulan desde diversos puntos de vista las garantías de los derechos²⁰.

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se hace imprescindible llamar la atención acerca de la posición teórico-metódica que hemos denominado «fetichismo constitucional», que embarga usualmente a parte importante de la doctrina y que lleva en definitiva, a asumir acríticamente visiones «principialistas» o neiusnaturalistas de la Constitución, transformada ésta en un demiurgo normativo a partir del cual los jueces son los llamados a hacer efectivo los principios de constitucionalidad, aún sacrificando el imperio de la ley.

En el fondo, el «fetichismo constitucional» se asemeja a aquella actitud de los canonistas de todo tiempo, que sostienen que para conocer plenamente el derecho es preciso creer en él y por la sencilla razón de que el orden jurídico es trasunto de un derecho superior, es decir, un «sucedáneo de la verdadera moralidad». El sostenimiento de un orden material de valores, objetivo y trascendente, no es sino, el recurso al viejo arsenal de la doctrina del Derecho Natural, que prematuramente habíamos condenado al basurero de la historia; pero que posee la vitalidad de las ideologías y cosmovisiones absolutistas. En particular el principialismo no es sino una variante de la vieja doctrina del Derecho Natural vestida con

²⁰ GREGORIO PECES BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales* —colaboración de RAFAEL DE ASÍS ROIG y M. C. BARRANCO AVILÉS—, Edit. Dykinson, Madrid, 2004 pp. 251-258.

aires de respetabilidad racional. Bien observa Prieto Sanchís: «la teoría de los principios no representa así un llamamiento a la responsabilidad moral y política del intérprete, sino el bálsamo de su carencia»²¹.

Además, este «fetichismo constitucional» pretende transformar al Tribunal Constitucional y a la Judicatura en los guardianes de la Constitución, como si fueren teólogos-santos que obrasen desprovistos de toda ideología como los centinelas de una pieza sagrada. Tales custodios o guardianes, por encima del principio democrático, bajo el pretexto de la fuerza normativa de la Constitución pueden destruir la ley.

Finalmente el «fetichismo constitucional» sustituye el viejo principio de la soberanía popular toral en la democracia contemporánea, por la soberanía de la Constitución, como en la Europa de la post Santa Alianza predicaron los liberales doctrinarios, para conjurar los peligros de la democracia y hacer posible un compromiso de la burguesía con las clases tradicionales del desaparecido antiguo régimen. En la segunda post guerra la soberanía de la Constitución, no es sino la mistificación de las instituciones contramayoritarias, una nueva deidad(ideología) frente al principio democrático y la regla de mayoría, que encuentra fácilmente adoradores togados dispuestos a sacrificar el poder del pueblo en aras de un «derecho superior» o de la pureza del «cielo de los conceptos»²².

Probablemente hemos cargado las tintas, en las consecuencias que el «fetichismo constitucional» tiene, pero al cargar las tintas sólo queremos llamar la atención acerca de dos peligros que tiene en cuanto actitud teórico-metodológica e ideología: sustituir el Estado de Derecho por el Estado Judicial y el Estado Democrático por el Estado Constitucional.

²¹ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Edit. Fontanamara, México DF, 2ª ed., 1999, p. 95.

²² Sobre la «soberanía de la Constitución» se pueden establecer dos lecturas una directa y otra indirecta. Una lectura directa e ingenua acerca de sus alcances en ALEXANDER D. LINDSAY, *El Estado Democrático moderno* (trad. V. Herrero), FCE, México DF, 1945, pp. 318-328, quien señala: «La Constitución conserva la unidad, indivisibilidad y supremacía que la teoría ha sostenido siempre como características de la esencia de la soberanía» (p. 323). Una lectura indirecta que repulsa del soberano en MARTIN KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (trad. E. Bulygin), Edic. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 149-157, quien señala: «En resumen, en el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio —histórica y conceptualmente—, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público» (p. 157). Para Kriele, el Estado como «totalidad de los órganos estatales y del derecho estatal» ha de ser soberano; fijando la Constitución un condicionamiento mutuo entre derechos fundamentales y democracia. También en cierta medida admite la soberanía de la Constitución a CARL J. FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho* (trad. M. Álvarez F.), FCE, México DF, 1ª ed. Español aumentada 1964, 4ª reimpresión 1988, pp. 310-320. Finalmente, la apoteosis del dogma de la soberanía de la Constitución en GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil. Ley, derecho, justicia* (trad. M. Gascón y epílogo G. Peces-Barba), Edit. Trotta, Madrid, 1995.

Se requiere una actitud teórico-metodológica crítica, que puedo resumir en palabras de Laband: «...la Constitución no es un poder místico («puissance mystique») que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de esta», y en palabras de Kelsen la Constitución es un «compromiso» con raíces sociales y políticas, que pone a salvo a la Carta de cualquier mayoría parlamentaria protegiendo a las minorías, y en especial los derechos fundamentales, generándose una oposición entre constitucionalismo y principio democrático²³.

La Constitución carece de santidad o carácter sagrado, es más bien terrena y obra histórico-política, cargada de ambigüedades y «compromisos apócrifos», en suma juridificación de la política. El «fetichismo constitucional» le rinde culto a nuestra Constitución, en origen otorgada y autoritaria, no fraguada por un pacto político, sino en la usina de un régimen autoritario.

A nuestro juicio la teoría constitucional requiere de un sólido anclaje teórico metodológico en el positivismo normativista, con una lectura crítica y no aséptica o neutra sino con un horizonte de relativismo axiológico, que asuma la defensa del Estado y de la sociedad edificadas en base al principio democrático, la tolerancia y el pluralismo²⁴.

Luego los recíprocos monopolios del contencioso constitucional y del contencioso civil-penal, referidos al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema y Poder Judicial, y que han sido reforzados por la reforma constitucional, encuentra en los institutos del control de constitucionalidad y de casación efectos virtuosos para la forma política del Estado de República democrática y la forma jurídico política de Estado de Derecho en cuanto decisiones básicas de la Constitución.

²³ PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand* (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor), Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes de 1900-1904, en especial la cita de tomo II de 1901 pags 314-315. Es menester observar, para matizar la rotundidad antimetafísica de Laband, que el jurista del Imperio guillermino trabaja con un concepto anacrónico de Constitución propio del siglo XIX y al cual subyace el predominio del principio monárquico, que lo lleva a precisar que la sumisión de la ley a la Carta es un postulado de «política legislativa» pero no un principio jurídico, y que por ende es un principio deseable en un orden estatal. También, HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 330-331, y en *Esencia y Valor de la Democracia* (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer), Edit. Labor, Barcelona, 2ª edición, 1977, pp. 81-83. El jurista vienes se anticipa brillantemente a los planteamientos contemporáneos que admiten que la Jurisdicción Constitucional quiebra el principio-dogma de la separación de poderes para salvarlo, y que al mismo tiempo es una «institución contra-mayoritaria» alojada, al parecer necesariamente, en el Estado democrático.

²⁴ NORBERT HOESTER, *En defensa del positivismo jurídico* (trad. J. M. Seña), Edit. Gedisa, Barcelona, 1992, en especial pp. 9-27. También, ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Editorial Debate, Madrid, 1984, en particular pp. 127-146.

Asimismo un concepto normativo de Constitución debe dar cuenta de estructura normativa, tipo de normas y eficacia normativa iusfundamental. No puede importar, como ocurre con el «fetichismo constitucional» transformar al instituto de la casación o a la interpretación conforme a la Constitución en herramientas para quebrar el imperio de la ley, bajo la forma de sustituir el Estado de Derecho por el Estado Constitucional o Estado de Justicia.

Por último, de la relación Constitución-ley no hay duda que la Constitución es norma normarum y fuente primaria, pero la ley sigue siendo la fuente directa, ordinaria y principal del derecho y está revestida de la legitimidad democrática necesaria para dar cuenta de las decisiones políticas fruto de la deliberación pluralista y de la idoneidad para el desarrollo de derechos fundamentales y de la Constitución misma. Los principios de constitucionalidad deben ser entendidos como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad. La ley no es el único instrumento de ordenación social, pero es «insustituible», porque sigue siendo expresión del principio democrático, en una realidad de Estado de partidos, de suerte que el imperio de la ley en particular para los jueces conlleva en la aplicación, la necesidad de una «interpretación uniforme para todo el pueblo» y objetiva por imperativo del principio de igualdad. En palabras de García de Enterría: «El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, no ya neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance»²⁵.

Cabe, además hacer otro alcance, la reforma constitucional al instituir un monopolio del control de constitucionalidad de la ley concentrado en una Judicatura, hace del Tribunal Constitucional el «supremo intérprete» jurídico de la Constitución, pero no el único, ya que la democracia plu-

²⁵ MANUEL ARAGÓN REYES, «El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en recopilación *Estudios de Derecho Constitucional*, Edit. CEPC, Madrid, 1998, pp. 163-190. También la impresionante lección doctoral en la Universidad de Oviedo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Democracia y el lugar de la Ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, Madrid, 1996, pp. 609-622. Además es útil la lectura de MARINA GASCÓN ABELLÁN, «La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 63-87.

ralista exige de una comunidad «abierta» de intérpretes de la Carta (Häberle); de suerte que todos los operadores del derecho están llamados a la interpretación conforme con la Constitución y a conferirle a ésta todas sus potencialidades normativas (García de Enterría) compatibles con la estructura de las normas iusfundamentales, su eficacia y tipo, y a buen recaudo de la «tiranía de los valores» que pretenden los intérpretes, en especial togados, a partir de posiciones «principalistas» o neoiusnaturalistas²⁶.

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una «política de constitucionalidad» en que la constitucionalidad de leyes, como nos dice Jiménez Campo «no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal»²⁷. La «política de la constitucionalidad» nos demuestra como fenómeno que la conformidad de las leyes a la Constitución es una «responsabilidad de todos» y en particular de los órganos legislativos (Congreso Nacional-Gobierno), lo que replantea la necesidad de aplicar cánones o reglas (reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación) a la producción de normas compatibles con la racionalidad legislativa liberal burguesa y social.

²⁶ Un buen ejemplo de esta propuesta judicialista o togada en OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución* (trad. R. Bercovitz R. y prólogo T.-R. Fernández), Edit. Civitas, 1ª ed. 1975, reimpresión 1987, Madrid, 1987. Ante tal judicialismo, el «judicial self-restraint» o autolimitación de los jueces no es una renuncia voluntaria marcada por la prudencia, «sino la consecuencia metódica de la apertura estructural, funcional y material del Derecho Constitucional» (...) «La autolimitación judicial no es, pues, una suerte de componente subjetivo y extraño añadido a la esencia de la Constitución, sino algo requerido por razón de la específica estructura normativa de la Constitución» (...) «En este sentido es la inconclusión de la Constitución entendida como neutralidad y no-identificación con objetivos y convicciones políticos o económicos determinados, simultáneamente, expresión de los límites de ordenación constitucional y condición de un proceso político libre y abierto» (...) «Estos límites del Derecho constitucional fuerza en el enjuiciamiento de las leyes al juez a operar con criterios abiertos de control» (p.75). En colaboración de HANS PETER SCHNEIDER al libro colectivo dirigido por ANTONIO LÓPEZ PINA, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

²⁷ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «Política de la Constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, pp. 11-27, en especial p. 13. También un libro de cita obligada, acerca del valor normativo de la Constitución y de la interpretación conforme, de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, 3ª edic., Madrid, 1985, en especial pp. 63-94 y 95-103. Además, acerca de las posibilidades de la interpretación en las democracias pluralistas, la recopilación de artículos de PETER HÄBERLE, *Retos Actuales del Estado Constitucional* (trad. X. Arzo, IVAP, Oñate, 1996).

Sin embargo, a tener siempre presente, aún a riesgo de ser tildado de jacobinismo, debe considerarse que la teoría y praxis de la democracia pluralista no puede sustituir la soberanía popular por la vieja construcción ideológica del liberalismo doctrinario: la soberanía de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional posee una legitimidad que es sólo instrumental a su función y por ende descansa en la fuerza persuasiva de los argumentos de sus decisiones; y de su inserción compleja en el edificio estatal para salvar el viejo principio-dogma de la separación de poderes.