

# UNA VISIÓN DE LA TEORÍA NEO CONSTITUCIONAL

Por JOSÉ LUIS CEA EGAÑA\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. ACUERDO EN LO FUNDAMENTAL.—3. DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO.—4. DERECHO Y SOBERANÍA.—5. GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA.—6. MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.—7. INCIDENCIA EN LA DEMOCRACIA.—8. *ETHOS* CONSTITUCIONAL.—9. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y MENTALIDAD JUDICIAL.—10. JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—11. DERECHO NUEVO.—12. EL JUEZ CONSTITUCIONAL.—13. CONCIENCIA Y SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL.—14. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL CHILENA.—15. DESAFÍOS DE LA NOVEDAD.—16. OBSTÁCULOS.—17. PERSPECTIVAS.—18. CAMBIOS CONSTITUCIONALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Mi objetivo es modesto, único que, por lo demás, considero razonable para referirse a un tema tan relevante, complejo y aún en proceso de elaboración.

Modesto es mi propósito, desde luego, porque sólo deseo bosquejar una visión de conjunto de la Teoría de la Constitución, tal como se la entiende hoy en las democracias más desarrolladas de nuestra época y, por cierto, como anhelo que comience a ser comprendida, vivida y aplicada en Chile. Modesta es también mi finalidad pues no penetraré en los numerosos tópicos que hoy integran esa Teoría, conformándome con enunciarlos para que los investiguemos hasta dilucidarlos en función de nuestra cultura, con sus potencialidades y limitaciones. Modesto es mi esfuerzo, en fin, pues consideraré solo unos pocos de los múltiples asuntos que abarca la Teoría Constitucional contemporánea.

---

\* Profesor Titular (Catedrático). Pontificia Universidad Católica de Chile. Universidad de Chile.

Obviamente, el esfuerzo por lograr objetividad no siempre tiene éxito, de manera que el lector hallará en las páginas que siguen, como enseñó Max Weber<sup>1</sup>, posesión de los fenómenos neoconstitucionales y posición ante ellos.

## 2. ACUERDO EN LO FUNDAMENTAL

Rara vez se define el *objeto* de la Teoría Constitucional<sup>2</sup>, con lo cual se incurre en una ambigüedad que no demora en demostrar consecuencias. Además, usualmente esa Teoría es expuesta sobre la base de elaboraciones doctrinarias de origen francés y, en menor medida, español recibidas en Chile en la primera mitad del siglo XX, construcción dogmática que registra la imagen del Estado cuasi omnipotente, derivada de la cual se encuentra el Derecho, sólo positivo, pues no es más que manifestación de la soberanía de aquél<sup>3</sup>. Por último, la Teoría Constitucional todavía dominante en las aulas y el foro chilenos se concentra en la estructura del Estado para describir sus funciones, especialmente la constituyente, con sutiles referencias al control en el ejercicio de ellas y a la Parte Dogmática o de la dignidad de la persona y, en rango complementario, los derechos humanos<sup>4</sup>.

Menester resulta, por consiguiente, revisar esa Teoría para adecuarla a la democracia constitucional de nuestro tiempo. Igualmente imperativo se torna enriquecerla con el examen de los numerosos temas que marcan la

<sup>1</sup> *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973, pp. 63 ss. Consúltese también ALBERTO QUIROGA LAVIÉ *et al.*, *Introducción a la Teoría Social de Max Weber*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pp. 26 ss.

<sup>2</sup> Léase del autor «Revisión de la Teoría Constitucional», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, III, núm. 1-2, 1992, pp. 79 ss.

<sup>3</sup> MARIO BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Constitucional*, I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1951; CARLOS ESTÉVEZ GAZMURI, *Elementos de Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1951; HERNÁN MOLINA GUAITA, *Instituciones Políticas*, Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1993, pp. 145 ss.; MARIO VERDUGO MARINKOVIC y ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO, I, *Manual de Derecho Político*, 1979; SERGIO GALAZ ULLOA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Concepción, Imprenta Universidad de Concepción, 1961; y ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Derecho Político. Ensayo de una síntesis*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980. Las ideas expuestas en la última obra citada se hallan ampliadas en *Tratado de Derecho Constitucional*, I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963, como asimismo actualizadas en *Tratado de Derecho Constitucional*, I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997.

<sup>4</sup> Consúltese, entre muchos autores susceptibles de ser citados, GEORGES BURDEAUX, *Traité de Science Politique*, IV, París, LGDJ, 1969, pp. 181 ss.; RAIMOND CARRÉ DE MALBERG (1948), *Teoría general del Estado*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 1161 ss.; MAURICE DUVERGER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, 1980, pp. 26 ss.; y NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, pp. 461 ss.

evolución del constitucionalismo de los últimos decenios. Finalmente, necesario es evaluarla a la luz del humanismo en lugar del Estado que ha sido su concepto determinante hasta hoy.

Por ejemplo, la idea misma de lo que es y debe ser la Constitución se ha transformado, dejando paulatinamente de ser sólo la manifestación de la potestad estatal suprema, para subordinarse al valor de la dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de ella. Asimismo, la Forma de Estado no corresponde ya a las clasificaciones tradicionales, tornándose hoy más compleja por la introducción del fenómeno regional o de experiencias federales diferentes de las clásicas. Idéntica aseveración cabe en punto a la forma de gobierno, pues ahora existen neoparlamentarismos y regímenes semipresidenciales. En seguida, la hermosa arquitectura diseñada para el ejercicio del Poder Constituyente hoy se ve alterada por la penetración de los principios, normas e instituciones supranacionales. En fin, las Constituciones cambian de manera distinta a la visualizada tiempo atrás, siendo importante, por consiguiente, detenerse en la hermenéutica creativa y evolutiva, o en las mutaciones y, por supuesto, en las transiciones constitucionales<sup>5</sup>.

Modernizar, enriquecer y evaluar tal Teoría no es, sin embargo, sinónimo de desprecio ni olvido del acervo considerable de doctrina que ha sido sistematizada en tanto tiempo. Pero apoyado en ese acervo, insisto en que es apremiante en Chile ocuparse de los nuevos fenómenos que han cambiado, en muchos aspectos, al Estado y al Derecho, dentro de nuestras fronteras y en el orden internacional. Cuanto sigue es un breve inventario de esos cambios, ocurridos en el último siglo.

### 3. DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO

En Chile y el mundo, el Derecho constitucional es la disciplina jurídica que más se ha desarrollado en las últimas décadas<sup>6</sup>. Este proceso, que

<sup>5</sup> Véase, a propósito de la serie de tópicos mencionados, las fuentes siguientes: CHRISTIAN STARCK, «Constitución, jurisdicción constitucional, interpretación constitucional», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, editor, *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2003, pp. 1176 ss.; GIANCARLO ROLLA, «El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, VI, 2002, pp. 463 ss.; MICHAEL PERY, «What is the Constitution? An Other Fundamental Questions», en LARRY ALEXANDER, editor, *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 99 ss.; y MARÍA VICTORIA GARCÍA-ATANCE, *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 21 ss.

<sup>6</sup> En el *Índice de Revistas Jurídicas Chilenas*, preparado por EDUARDO SOTO KLOSS y JAI ME ARANCIBIA MATTAS, Santiago, Andros Impresores, 2002, se halla un inventario de las publicaciones aparecidas en 18 revistas chilenas desde 1980 a 2000. La cifra final llega a 1.385

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.

Útil es detenerse a reflexionar sobre las causas de la expansión y enriquecimiento del Derecho Constitucional.

Situó en esa perspectiva, primeramente, la universalización de ciertos principios y técnicas que infunden fisonomía propia a la democracia, fundada y vivida con sujeción al plexo de valores articulados en la Carta Fundamental. Generalmente como secuela de períodos, dolorosos y prolongados, en que parte de la población de la mayoría de los Estados Naciones experimentó la violación de sus derechos esenciales, ha crecido el nivel de conciencia colectiva en torno a la necesidad de precaver la repetición de tales sucesos. Para esto, hoy advertimos mayor consenso acerca de la necesidad de vigorizar las garantías tutelares de los derechos humanos, sobre todo las acciones judiciales, permitiendo así que las fórmulas democráticas sean más reales y menos declamativas<sup>7</sup>. En la misma dirección debe ser situado el Defensor del Pueblo, órgano de jerarquía constitucional habilitado para ejercer, con plena autonomía, la fiscalización de entes administrativos, medios de comunicación social y el respeto de los derechos asegurados a sectores infraprotegidos de la sociedad civil, corrigiendo o denunciando a la Magistratura las infracciones e ilícitos que detecte<sup>8</sup>.

Por otra parte, espero que avanzando en esa dirección sea posible llegar a un régimen político en el que, el Estado-Gobierno, se sienta menos

publicaciones. Comparada esta cifra con la correspondiente a todas las demás publicaciones jurídicas hechas en dichas revistas, puede concluirse que las últimas, en su conjunto, no llegan a la mitad de las monografías de Derecho público. Algo semejante puede ser sostenido a propósito de los libros publicados en esas dos décadas. El crecimiento cuantitativo de las publicaciones en la disciplina, ha sido consecuencia de innovaciones institucionales, como el recurso de protección y la justicia constitucional, pero a la vez el resultado de un esfuerzo doctrinario notable, evidenciado en casi cuarenta jornadas de Derecho público, celebradas anualmente desde 1962.

<sup>7</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 15 ss.; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, pp. 30 ss.; ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, pp. 41 ss.; y JAN-MICHAEL SIMON, «Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho internacional público», *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano*, 2001, pp. 283 ss.

<sup>8</sup> Consúltense el número monográfico, dedicado al tema, de *Revista Ius et Praxis*, VII, núm. 1, 2001.

autojustificado para remediar los problemas de la gente, a raíz de estar, los grupos e individuos, capacitados por el Derecho para protegerlos por sí mismos. No reclamo mera abstención estatal, por supuesto, sino que respeto del principio de subsidiariedad. Una sociedad civil moderna, como la chilena, requiere de instancias que le permitan manifestarse, sin intermediarios, en la solución de los asuntos que le atañen. En ella es menester educar e ir implementando la solidaridad<sup>9</sup>. Reconocerlo es abrir las posibilidades de participación, correlativas a la retracción del Estado, todo con elevación del índice de gobernabilidad democrática y, por lo mismo, de acatamiento del orden jurídico<sup>10</sup>.

La tercera idea que deseo comentar se refiere a la internacionalización de los órganos y procedimientos, regulados en los tratados respectivos, tanto universales como regionales, establecidos para infundir eficacia a las declaraciones de los atributos públicos inalienables de la persona, desde su concepción hasta después de su muerte. Pues bien, esas declaraciones han penetrado el ordenamiento jurídico de los Estados Naciones, porque han sido percibidas como ordenamientos más modernos, completos y perfectos en la defensa de la persona humana. Secuela de esta conclusión ha sido la reforma de la legislación interna para dejarla consonante con lo asegurado en las convenciones internacionales respectivas<sup>11</sup>.

Consiguientemente, en virtud de tal internacionalización se trazan vínculos relevantes entre el Derecho interno y el internacional, enriqueciéndose sobre la base del principio de complementación recíproca. Pero, además, en el Derecho constitucional se experimenta un proceso nuevo, susceptible de ser denominado, indistintamente, constitucionalización del Derecho internacional o internacionalización del Derecho constitucional. He aquí el círculo virtuoso que existe entre ambas disciplinas<sup>12</sup>. A raíz de esa circularidad, en muchos países las Constituciones han tenido que ser modificadas para contemplar, con cualidad permanente, la incorporación de los tratados al orden jurídico interno. Esta exigencia va siendo cumplida por la mayoría de los Estados, revelando así la voluntad de perfeccionar la tutela

<sup>9</sup> Un exhaustivo análisis de este principio, en su perspectiva ética, se halla en TONY MIF-SUD, S. J., *Moral fundamental. Libres para amar*, I, Santiago, Ed. San Pablo, 2002, pp. 331 ss.

<sup>10</sup> DIEGO ACHARD y MANUEL FLORES, editores, *La gobernabilidad. Un reportaje de América Latina*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 23 ss.; y YEHEZKEL DROR, *La capacidad de gobernar*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 35 ss.

<sup>11</sup> ANTONIO A. CAÑADO TRINDADE, *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, pp. 377 ss.; y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ y FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*, II, Talca, Ed. Universidad de Talca, 2001, pp. 416 ss.

<sup>12</sup> GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 19 ss.

de los derechos esenciales mediante la adhesión a un nivel jurídico más perfecto<sup>13</sup>.

A mayor abundamiento, en la Teoría Constitucional de nuestra época debe ser incluida la constitucionalización del sistema jurídico estatal en su integridad. Con esta idea deseo realzar otra causa que explica la expansión de nuestra disciplina, esto es, el principio de supremacía del Código Político, teniendo presente la fuerza normativa, directa e inmediata, que fluye de él. En la medida que ese principio es efectivamente respetado, conlleva el imperativo de examinar, en el Parlamento, en el Foro y en la Administración, en la cátedra y la profesión, el texto, contexto, espíritu y anales fidedignos de la Carta Fundamental, pasando a hacer después lo mismo con las leyes y las disposiciones que la complementan. Dicha constitucionalización significa, entonces, aplicación sin dilaciones ni resquicios de lo asegurado como *telos* en el Código Político<sup>14</sup>.

Por último, a la consolidación del Derecho Constitucional ha contribuido la incorporación, a la Parte Dogmática de las Cartas Fundamentales, de una serie de derechos y sus garantías. Es el caso de los atributos públicos subjetivos agrupados en el orden público económico; de los derechos personalísimos, elevados de los códigos al rango de derechos esenciales; en fin, de los derechos de la tercera generación vinculados al desarrollo de los pueblos, la custodia del ambiente y de los recursos naturales o a la preservación de la paz entre los Estados. Esos derechos, cabe puntualizarlo, no fueron contemplados por la Teoría Constitucional clásica o, cuando hubo preocupación al respecto, lo fue por quienes instrumentalizaron ideológicamente el *ethos* del constitucionalismo.

La Constitución Plena<sup>15</sup>, derivada de la incorporación a su texto de los atributos socio-económicos recién enunciados, no ha culminado en proclamaciones extensas ni en declamaciones retóricas. Por el contrario, la mayoría de la población ha encontrado en la garantía de esas declaraciones un cúmulo de razones prácticas para creer en la Ley Suprema, identificar-

<sup>13</sup> LOUIS JOSEPH FAVOREU, «La constitucionalización del Derecho», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, XII, 2001, pp. 31 ss.; BERTRAND MATHIEU y MICHEL VERPEAU, editores, *La constitutionalization des Branches du Droit*, Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1998, pp. 27 ss.; y SERGIO CASTELLÓN VENEGAS y LAURA REBOLLEDO CONTRERAS, *Aspectos de la constitucionalización del Derecho civil*, Santiago, Ed. Conosur, 1999; RICARDO GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano», en MIGUEL CARBONEL, editor, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 49 ss. Cf., sin embargo, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 27 ss.

<sup>14</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, pp. 49 ss.; y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La fuerza normativa de la Constitución», I, *Revista de Derecho Público*, núm. 63, 2001, pp. 77 ss.

<sup>15</sup> Consúltese del autor *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988, pp. 3 ss.

se con ella y defenderla. En esa visión contemporánea del Código Político, su Parte Dogmática, enriquecida con los derechos aludidos, culmina vigorizando la seguridad jurídica como presupuesto del desarrollo humano sostenido<sup>16</sup>.

#### 4. DERECHO Y SOBERANÍA

En los seis procesos que he descrito influyen acontecimientos que, en nuestra época, han alcanzado un nivel de claridad conceptual e incidencia concreta que resulta incomparable con el que tuvieron en tiempos pretéritos. Me refiero a la globalización de las relaciones internacionales y a la gobernabilidad de las sociedades políticas. Aunque estos fenómenos nunca dejaron de estar presentes en las comunidades soberanas —piénsese en los imperios— y marcaron el proceso de avance hacia la civilización de la cual gozamos, en nuestra época han adquirido magnitud y cualidades nunca antes observadas. Brevemente, me referiré a cada uno de esos tópicos, pero para dejar de manifiesto que tienen un lugar reservado en la Teoría Constitucional de nuestro tiempo.

En punto a la globalización<sup>17</sup>, útil es observar que se ha vuelto indiscutible el imperativo de regular, más y mejor, ese fenómeno, convirtiéndolo en beneficio compartido y no en factor que agranda la brecha que separa a los países, clasificándolos a unos como más ricos y al resto en calidad de subdesarrollados. De esa regulación es parte, como he dicho, la instauración de órganos jurisdiccionales de índole supranacional, competentes sólo cuando está agotada la vía interna, dotados con potestad de imperio, y cuyas decisiones sean susceptibles de imponerse no sólo en el comercio, las finanzas y las comunicaciones, sino que también en el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales cuando se comprueba que han sido conculcados o transgredidos sin la sanción debida.

<sup>16</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, II, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 591 ss.; y NORBERT LÖSING, «Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, VI, 2002, pp. 273 ss.

<sup>17</sup> ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización?*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1997; GIOVANNI MARÍA FLICK, «Globalización y derechos humanos», *Revista de Derecho Público*, I, núm. 63, 2001, pp. 163 ss.; DAVID HELD y ANTHONY MC GREW, editores, *The Global Transformation Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Cambridge, Polity Press, 2002; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «Algunas reflexiones sobre la globalización desde el Derecho constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, pp. 13 ss.; y ALLAN BULLOCK y STEPHEN TROMBLEY, *Modern Thought*, Londres, Harper Collins Pu., 2000, pp. 367 ss.; y ALBERTO ANTONIO SPOTA, «Globalización y gobernabilidad en el Estado de Derecho. ¿Hay posibilidad de controlar los efectos de la globalización?», *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 183, 2001, pp. 3 ss.

Consiguientemente, menester resulta visualizar la globalización no sólo en su dimensión económica, tecnológica, de comunicaciones y de cooperación contra el delito, como ha ocurrido hasta hoy, sino que en la trama de conexiones que se hacen, cada día más evidentes, a propósito de la protección de la democracia por métodos legítimos. Actualmente, la urgencia se advierte ante la corrupción que aumenta; el terrorismo alimentado por el narcotráfico o los fanatismos; la alianza criminal de redes financieras internacionales; el descubrimiento de organizaciones de inteligencia que abusan de las sociedades abiertas y pluralistas en que se hallan cobijadas; la crisis de la representación y el encausamiento normativo de las demandas sociales de participación política; la relativización de valores matrices para regir la convivencia civilizada, cuya secuela es el desprecio de la familia, de la vida en gestación y durante su existencia, o la manipulación incontrolable del genoma, la clonación humana y otros hechos semejantes<sup>18</sup>.

## 5. GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

Llegamos así a la gobernabilidad<sup>19</sup>, tópico que no es sólo político y que demanda del constitucionalismo respuestas tan legítimas como efectivas, porque hoy ese proceso se va trasladando desde la decisión a la evaluación de los resultados empíricos de las políticas públicas<sup>20</sup>.

Pienso que la gobernabilidad, es decir, la capacidad de gobernar para fines y con medios legítimos, no puede diferirse cuando se trata de la cooperación efectiva de los países de mayor desarrollo con aquellos que, siendo la mayoría, se debaten todavía en el círculo vicioso de los desfalcos y la fuga o especulación de capitales, la pobreza de toda índole e incluso la miseria, el retraso cultural, la inseguridad y la delincuencia, la violencia ejercida en contra de etnias y otros grupos infraprotegidos, el desamparo del niño, la mujer y la tercera edad, la violación impune de derechos esenciales, etc.

Es aquí en donde diviso, con mayor nitidez, la urgencia de integrar esfuerzos, nacionales e internacionales, sobre la base de proyectos concretos y con la finalidad de llegar, a mediano plazo al menos, a niveles de vida para todos los hombres y mujeres que sean coherentes con la dignidad de persona. La democracia constitucional presupone, en otras palabras, el cumplimiento de ciertos requisitos éticos y de calidad de vida sin los

<sup>18</sup> GEORGINA BLAKELEY y VALERIE BRYSON, *Contemporary Political Concepts. A Critical Introduction*, Londres, Pluto Press, 2002.

<sup>19</sup> Véase ANDREW TAYLOR, «Governance», en BLAKELEY *et al.*, *supra* nota 18, pp. 35 ss.; y RAÚL URZÚA y FELIPE AGÜERO, editores, *Fracturas en la Gobernabilidad Democrática*, Santiago, Imp. Andros, 1998.

<sup>20</sup> DE VERGOTTINI, *supra* nota 12, pp. 34 ss.

cuales pierde su identidad, derivando en oligarquía o populismo y, casi siempre, en dictaduras<sup>21</sup>.

Por eso, imposible me parece que el mando legítimo en la sociedad política, esto es, la dominación democrático constitucional, pueda realizarse con éxito cuando predominan el sentimiento de revancha, la disposición a la vía de hecho y al incumplimiento de las leyes, la frustración o insatisfacción, la arbitrariedad en términos de perjuicio o favoritismo, la exclusión en las oportunidades de acceso al bienestar espiritual y material, la marginalidad de amplios sectores ciudadanos en relación con la justicia y la participación. No me ubico, por consiguiente, entre quienes difieren la satisfacción de los derechos sociales o de la segunda generación, porque hoy la democracia constitucional se legitima, en medida preponderante, asumiendo que no se trata de aspiraciones ni pretensiones, sino que atributos públicos subjetivos cuyo disfrute tiene que ser real y sin discriminaciones<sup>22</sup>.

Nadie discute que es apremiante avanzar en erradicar la pobreza, pero no todos reconocen que esa es tarea difícil y prolongada. Resulta claro, en realidad, que falta imaginación y buena voluntad para hallar fórmulas que permitan el crecimiento de la renta nacional, asociado a su distribución y redistribución efectuada también según criterios más justos. Se visualiza, sin embargo, alguna novedad en la ruta consistente en no caer de nuevo en las simplificaciones ideológicas de ningún signo, pues todas ellas tuvieron la oportunidad de ser puestas en práctica y ninguna logró el éxito anhelado. Planteo, en consecuencia, la necesidad de elaborar nuevos marcos teóricos, todos respetuosos de los principios y técnicas que hacen de la democracia constitucional el régimen político más legítimo, teorías que demuestren ser idóneas para salvar la brecha que fractura a las comunidades nacionales, división que se advierte también en el seno de la sociedad mundial<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> KARL JOACHIM FRIEDRICH, *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, Ed. Tecnos, 1968, pp. 202 ss.

<sup>22</sup> AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI, «Nuevos derechos humanos para el siglo XXI. ¿Y qué fue de los derechos económicos, sociales y culturales?», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 20, 2002, pp. 21 ss.

<sup>23</sup> Los extremos se han desvanecido, sin que sea posible saber por cuánto tiempo. Las teorizaciones centrípetas, consiguientemente, parecen haber logrado cierto arraigamiento, permitiendo que sus formulaciones alcancen grados mayores de desarrollo y operacionalidad. Tal podría ser el caso de ANTHONY GIDDENS en *La tercera vía. La renovación de la social democracia*, Madrid, Ed. Taurus, 1999. Con semejante propósito cito a ELENA BELTRÁN PEDREIRA y su ensayo «El neoliberalismo. La filosofía política de John Rawls», incluido en FERNANDO VALLESPÍN, editor, *Historia de la teoría política*, VI, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 88 ss.

## 6. MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Parece prematuro y, probablemente equivocado, sostener el fin del Estado-Nación, pero el proceso de globalización, patente tras la guerra fría, está determinando la pérdida paulatina de las características de la soberanía, inseparables del Estado-Gobierno que surgió de ellas. Del Estado-Nación, por ende, vamos transitando al Estado-Región; del Estado-Gobierno al Estado-sociedad civil; del Estado Soberano al Estado sometido al Derecho, interna e internacionalmente; y del Estado autojustificado a otro dedicado a servir a la persona humana y controlado por la comunidad<sup>24</sup>.

En el contexto de variables resumidas debe situarse este tópico. Se comprende que él, por lo ya escrito, debe ser examinado en otra perspectiva, alejada de nostalgias colectivistas y de individualismos románticos. En consecuencia, sostengo que si el problema no es examinado y resuelto, como debe ser, a partir de la sociedad civil y de los derechos y deberes de la persona humana, entonces se vuelve inevitable reconocer que aquella modernización no culminará en la renovación, sustancial y de procedimiento, que hoy los pueblos reclaman para que el aparato público responda a sus ideales y demandas<sup>25</sup>.

Lamentablemente, advierto que en la doctrina y en las autoridades aún domina la tendencia a concebir el fenómeno como algo centrado en el Estado-Gobierno; y cuya solución o atenuación debe ser lograda a partir de y para volver a él. Se pierde así, entre otros objetivos, el de infundir mayor realidad al postulado que exige situar al Estado-Gobierno en la posición de servicio de la persona como tal y en su convivencia en el no-Estado, como la llamó Norberto Bobbio<sup>26</sup>, es decir, la sociedad civil. Acertadamente, se ha advertido<sup>27</sup> que la garantía, general y fundamental, de toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los órganos públicos, a la tutela efectiva de los tribunales, es una decisión constitucional capital, en la que se refleja la relación global del ciudadano con el Estado que subyace a la Ley Básica. La misma deducción puede ser efectuada en relación con el artículo 1 inciso 4º del Código Político chileno, desprendiendo de ella las secuelas garantistas de rigor y asumiendo que allí se halla el punto de partida y término de la hermenéutica constitucional correcta.

<sup>24</sup> ROBERT BLACKBURN, editor, *Después de la caída. El fracaso del comunismo y el futuro del socialismo*, Barcelona, Ed. Crítica, 1993; KENNETH BAYNES, «A Critical Theory Perspective on Civil Society and the State», en NANCY L. ROSENBLUM y ROBERT C. POST, editores, *Civil Society and Government*, Princeton, Princeton University Press, 2002, pp. 111 ss.

<sup>25</sup> KLAUS VON BEYME, *Teoría política del siglo xx. De la modernidad a la postmodernidad*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 31 ss.

<sup>26</sup> *Teoría general de la política*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 276 ss.

<sup>27</sup> WOLFGANG HEYDE, «La jurisdicción», en ERNEST BENDA *et al.*, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 787-788.

Por lo demás, pienso que la crisis del Estado tampoco podrá ser superada a partir del mismo, porque arranca de la incapacidad de los órganos públicos, y de quienes se identifican con ellos, para adecuarse a las exigencias, participación y de mayor autonomía de los grupos que integran la Sociedad Nacional<sup>28</sup>.

Pues bien, ¿qué es modernizar el Estado?, ¿cuáles deben ser los rasgos constitucionales de esa forma política en la postmodernidad?

Comienzo declarando que modernizar el Estado es un imperativo, urgente e ineludible, en el mundo y en Chile. Son tantos y categóricos los motivos que justifican esa exigencia que resulta innecesario explicarlos aquí. Creo suficiente, por ende, manifestar que debemos infundir realidad al principio fundamental, ya realzado, según el cual el Estado se halla al servicio de la persona humana, siendo su finalidad contribuir a la realización del bien común con pleno respeto de los derechos y garantías que el Código Político asegura. Si se compara cuanto ese principio implica, de un lado, con la realidad de nuestro Estado, de otra, se torna posible aseverar que la brecha es considerable, que ha de ser reducida y que este desafío no puede ser postergado. Los ejes de la subsidiaridad estatal con la solidaridad social se erigen en decisivos. La descentralización política, normativa, judicial y administrativa coadyuva a la materialización de aquellos dos principios cardinales.

¿Qué hacer, sin embargo, para avanzar más concretamente en la consecución del objetivo aludido?

Puntualicemos, desde luego, que la agenda modernizadora del Estado es parte, importante pero sólo parcial, del proceso necesario para responder a esa pregunta.

Efectivamente, la modernización del Estado implica descargarlo de numerosos cometidos para que la persona, las agrupaciones y la sociedad civil o no Estado sean quienes los sirvan, incrementando así la integración de las naciones, la eficacia de las estructuras públicas y la profundización de la democracia. He aquí el proceso de devolución de competencias<sup>29</sup>, desde el centro político a las zonas intermedia y periférica, configuradas por los grupos de aquella sociedad. En el seno de ésta, operan los principios de subsidiaridad estatal y de solidaridad entre grupos y hacia las personas necesitadas.

Esa modernización supone, además, la supresión, reducción o simplificación de los procesos de adopción e implementación de políticas estata-

<sup>28</sup> BO ROTHSTEIN, «Political Institutions. An Overview», en ROBERT E. GOODIN y HANS-DIETER KLINGEMANN, *A New Handbook of Political Science*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 133 ss.

<sup>29</sup> S. H. BRILEY, *Cross on Principles of Local Government Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, pp. 01 ss.

les, sin limitarse únicamente a los servicios que integran la Administración Pública.

Modernizar el Estado presume, en tercer lugar, levantar la vista y la mente más allá de las fronteras territoriales para evaluar el concepto de soberanía<sup>30</sup>, articulado en los Pactos de Westfalia, el primero celebrado casi cuatrocientos años atrás, para dar fin a la Guerra de los Treinta Años. Hoy son la seguridad y el desarrollo humano los conceptos rectores, no más la razón de Estado, ni menos aún la seguridad nacional, entendida con acepción castrense.

Modernizar el Estado es enfrentar la realidad ineludible de la globalización y concertar, con otros Estados, en la construcción de un nuevo orden global, los programas que permitan integrar recursos para la paz con justicia, el desarrollo compartido y la seguridad humana en todo el mundo, v. gr., combatiendo sus causas en la miseria y el retraso, así como la delincuencia común, el terrorismo y el narcotráfico.

Modernizar el Estado significa, por último, que esa forma política cumpla eficientemente las finalidades para la cual fue creada y que explican cuanto exige de los gobernados. Repito: la seguridad humana, en su vasto sentido, paralela al desarrollo humano, son los parámetros matrices que justifican hoy esa demanda.

## 7. INCIDENCIA EN LA DEMOCRACIA

Enfocado así, en una visión amplia y de largo alcance, la modernización del Estado no puede ser identificada con reducir los cambios a la desburocratización en las decisiones administrativas. Por el contrario, esa agenda impone otorgar, máxima y constante atención, a cuanto implica la legitimidad sustantiva de la democracia constitucional contemporánea. Desde este nuevo punto de vista, manifiesto mi convicción en el sentido que modernizar el Estado conlleva instaurar los mecanismos jurídicos que permitan a la población controlar a los gobernantes, más y mejor, precaviendo o haciendo que sean sancionados la corrupción, el mal uso de los re-

<sup>30</sup> SABINO CASSESE, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, pp. 63 ss.; BERTRAND DE JOUVENEL, *La soberanía*, Madrid, Ed. Rialp, 1957, pp. 322 ss.; HERMAN HELLER, *La soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, México DF, UNAM, 1965, pp. 287 ss.; HANS KELSEN (1942), *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 177 ss.; STEPHEN KRESNER, «Compromising Westfalia», en HELD y MC GREW, editores, *supra* nota 17, pp. 124 ss.; RAFAEL NAVARRO VALLS y RAFAEL PALOMINO, *Estado y religión*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000, pp. 156 ss.; GIANLUIGI PALOMBELLA, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada, Ed. Comares, 2000, pp. 33 ss.; y BARRAW SCHECTER, *Sovereign States or Political Communities? Civil Society and Contemporary Politics*, Manchester, Manchester University Press, 2000, pp. 49 ss.

cursos fiscales, la indolencia en la satisfacción de las necesidades sociales y otras patologías que caracterizan al Estado-Gobierno, con rasgos alarmantes en Latinoamérica<sup>31</sup>.

Son enormes los obstáculos que enfrentamos en el avance hacia la meta descrita. Efectivamente, los intereses corporativos, nacionales e internacionales, resultan casi insuperables, obrando como grupos de intereses, en ocasiones con el carácter de grupos de tensión, llegando algunos a ser asociaciones de terror. Por otra parte, la hegemonía de los partidos sobre las instituciones estatales y la sociedad civil es evidente, quebrantando en su esencia el sentido del mandato representativo, el cual debe concentrarse la consecución del bien común. A mayor abundamiento, la falta de participación de la ciudadanía en los procesos de decisiones públicas se torna indiscutible, secuela de lo cual es la insuficiencia de control y la opacidad o sigilo con que se resuelven variadas cuestiones políticas, sociales y económicas que afectan a la población. ¿Cuándo será realidad la vigencia generalizada de las instituciones de la democracia semidirecta, llamada también democracia *gobernante o directiva* para oponerla a la democracia gobernada o de subordinación de la ciudadanía a sus representantes?<sup>32</sup>

Se genera o es incrementada así una brecha que separa a gobernantes de gobernados. De esta distancia, creciente y que aleja a unos de otros, resultan consecuencias graves para la democracia como modo y estilo de convivencia legítima. Pienso, v. gr., en la apatía de los ciudadanos, sobre todo la juventud, por los asuntos públicos; el rechazo de otros sectores sociales a las determinaciones de los gobernantes; el escepticismo de la opinión pública, demoscópicamente medido, en punto a la dedicación de aquellos a servir al bienestar colectivo; en fin, el abandono de las cuestiones de interés general en pequeños grupos, a menudo carentes de liderazgo o con otro improvisado, en búsqueda de protagonismo sin responsabilizarse después por los errores cometidos, o disimulándolos con la manipulación de los medios de comunicación<sup>33</sup>.

## 8. ETHOS CONSTITUCIONAL

Es casi un refrán que el fin de la Constitución en nuestro tiempo radica más en la realización de valores que en la proclamación de derechos,

<sup>31</sup> Véase, en general, ALAN BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 2001.

<sup>32</sup> FRANK MODERNE, «El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidenciales de América Latina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, VI, 2002, pp. 339 ss.

<sup>33</sup> GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, pp. 45 ss.; y BEATRIZ TOMÁS MALLÉN, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 44 ss.

tasación de potestades y ordenación de procedimientos. La Constitución es, por ende, teleología y axiología, principalmente, finalidad que se concreta en la descripción de grandes programas y no en la distribución y el control de poderes ajenos a esos designios<sup>34</sup>. Tales valores sirven de parámetros imperativos en la interpretación constitucional y del ordenamiento jurídico completo, sin perjuicio de determinar la orientación y finalidad de todas las actuaciones públicas y de las conductas de los particulares.

Pues bien, en las Constituciones aparecen formulados tales objetivos supremos en términos de principios generales, de valores apenas enunciados y de conceptos no rara vez imprecisos. Pero las aludidas son *ambigüedades gloriosas*<sup>35</sup>, cuya sustancia jurídica, en apariencia imperceptible, queda de manifiesto por la sabiduría de una recta, imaginativa y adaptadora hermenéutica constitucional. De esta manera, se dota de sustancia normativa precisa a esas reglas, en primera lectura abiertas, vagas o enigmáticas, impidiendo que sean letra muerta o que se tornen obsoletas. Dicha hermenéutica logra así que los valores, siempre presentes en los preceptos jurídicos, hagan que las Constituciones vivan porque son vividas<sup>36</sup>.

De lo expuesto fluye el significado nuevo de la Carta Fundamental, apoyado en siglos de esfuerzos y tropiezos<sup>37</sup>, de evolución y enriquecimiento de la *Constitución de valores*<sup>38</sup>.

Hago hincapié en este concepto nuevo pues espero que en él coincidan tanto los normativistas como los suprapositivistas, considerando que el Código Político es ya, y cada día más, comprendido como un sistema de valores, articulado con la forma de parámetros, principios y normas superiores de Derecho positivo. Es decir, se reconoce que las Constituciones sistematizan bienes jurídico-políticos como la paz y la justicia, la libertad y la igualdad, la seguridad y el bien común, la subsidiaridad y la solidaridad, la equidad en la distribución de bienes con el desarrollo individual,

<sup>34</sup> ANTONIO BALDASSARRE, «Parlamento y justicia constitucional en el Derecho comparado», en FRANCESC PAU I VALL, coordinador, *Parlamento y justicia constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, pp. 183 ss.; FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 210 ss.; J. JAVIER SANTA MARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pp. 149 ss.; y GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 150 ss.

<sup>35</sup> MAURO CAPPELLETTI, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», en LOUIS JOSEPH FAVOREU, editor, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 618.

<sup>36</sup> HERMAN HELLER, *Teoría del Estado*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968, pp. 274 ss.

<sup>37</sup> DE VERGOTTINI, *supra* nota 12, pp. 169 ss.; y MAURIZIO FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 71 ss.

<sup>38</sup> BALDASSARRE, *supra* nota 34, pp. 187 ss. Consúltese CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ, «La cultura jurídica interna. ¿Hacia el colapso de la pirámide?», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 20, 2002, pp. 461 ss.

todos los cuales representan el ideal de un Derecho superior a la legalidad vigente, mejor que ésta y trascendente a ella.

Las Constituciones, por ende, no son ya, sólo ni principalmente, proclamaciones del Poder Constituyente originario o derivado. Antes bien, trátase de ordenamientos declarativos de valores, principios y preceptos de un nivel normativo superior al de la ley, representativos de los ideales predominantes en la comunidad política, y que han sido establecidos según algún procedimiento especial que contribuya a su estabilidad. Ellas son, sin duda, Derecho en su pleno sentido, razón por la cual no pueden quedar en proclamaciones, cuyo destino sea el descrédito de tales textos, pese a la legitimidad sustantiva que posean<sup>39</sup>.

Esta idea de Constitución, nueva y hoy preponderante en las democracias maduras, ha motivado el desarrollo de interesantes procesos. Mencionaré algunos de ellos, todos los cuales tienen que ser insertados en la nueva Teoría Constitucional.

Desde luego, destaco la ya aludida constitucionalización del sistema jurídico de cada país.

En seguida, la aplicación del bloque de constitucionalidad<sup>40</sup>, con los valores, principios y normas del Código Político, del ordenamiento jurídico internacional y de los principios generales del Derecho<sup>41</sup> como marco de referencia para efectuar el control de regularidad de la ley, de los actos administrativos e, incluso, de las sentencias judiciales en casos excepcionales.

En tercer lugar, la comprensión, interpretación y aplicación del Código Supremo y de los actos de los órganos estatales sometidos a control de supremacía, con criterios, técnicas y objetivos que rara vez coinciden con el método clásico de la hermenéutica jurídica<sup>42</sup>.

Agrego el reconocimiento que la Constitución posee fuerza normativa propia y superior a la de las leyes, la cual se manifiesta con carácter directo o inmediato, de manera que no está subordinada a lo que disponga la ley, ni su aplicación suspendida, latente o virtual mientras los preceptos legales no lleven sus principios y preceptos a la práctica<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> CONRAD HESSE, «Constitución y Derecho constitucional», en BENDA *et al.*, *supra* nota 27, pp. 6 ss.

<sup>40</sup> LOUIS JOSEPH FAVOREU, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1999; y JOAQUÍN ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1990.

<sup>41</sup> JOAQUÍN ARCE y FLOREZ-VALDÉS, *cit.*, pp. 93 ss.

<sup>42</sup> MARCO GERARDO MONROY CABRA, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ed. del Profesional, 2002; IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1997, pp. 284 ss.; y DAVID M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 1 ss.

<sup>43</sup> Consúltense las obras citadas en *supra* nota 13 y, además, KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 55 ss.

Menciono también el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión del legislador<sup>44</sup>, sobre la base de que no pueden admitirse más las añejas afirmaciones que se hacían acerca de los postulados incumplidos o de las cláusulas programáticas. Por consiguiente, transcurrido un plazo prudencial, seguramente prolongado, sin que el órgano público cuya actuación requiere la Carta Fundamental la haya cumplido, entonces los tribunales deben infundir eficacia al principio de fuerza normativa directa de la Constitución y decidir el conflicto con sujeción a ésta y dentro de ella.

En fin, en el marco de parámetros constitucionales explicado tienen que ser resueltos los conflictos que suscita el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, o mejor dicho, solucionada la colisión que ocurre entre ellos, partiendo de la base que todos son esenciales y que, por tal razón, ninguno puede ser por completo sacrificado en aras de otro<sup>45</sup>.

De las notas explicadas se desprende que el Derecho constitucional y la idea de Constitución de nuestro tiempo han experimentado numerosas y profundas innovaciones. Todas ellas deben ser investigadas en la Teoría respectiva, culminando en contenidos, conceptos y principios generales que la dejen a la altura de nuestro tiempo. Además, ese Derecho y la Constitución han alcanzado un nivel de realización práctica que, aunque está aún lejos de ser óptimo, sí los convierte en instrumentos apreciados por la población, fenómeno que pocos años atrás no ocurría, dejando de ser asuntos de incumbencia exclusiva para las autoridades y dirigentes políticos. La Carta Fundamental es hoy útil para la población y no sólo instrumento de los gobernantes, porque en aquella aumentan quienes la conocen, la llevan a la práctica y comienzan a sentirla como propia, defendiendo los derechos y garantías que contempla. De lo dicho, fluye una cota mayor de perdurabilidad del Código Político y de cuanto él regula.

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

<sup>44</sup> JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho comparado y el caso español*, Madrid, Ed. Civitas, 1998; MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1997; y MARTÍN J. RISSO FERRAND, «Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2001*, pp. 11 ss.

<sup>45</sup> Véase JUAN CIANCARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ed. Eunsa, 2000, pp. 106 ss.; y *Constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 200, pp. 37 ss.

institucionales graves y conduzca los procesos de cambio social con respeto de la justicia y la seguridad, o sea, en orden y paz<sup>46</sup>.

Pues bien, para la consecución de aquel objetivo manifiesto mi convicción que nada es más práctico y legítimo que hacer obra generosa, constitucional y legalmente entendida, en el establecimiento de acciones y recursos jurisdiccionales con los cuales los gobernados puedan defender sus derechos fundamentales, incluso de cara a los gobernantes<sup>47</sup>. Esto es convertir la Constitución en un bien propio de la población, sentirla útil y comprometerse en su aplicación y vivencia, en su respeto y defensa. El antiguo concepto de Estado de Bienestar o Providente dejará así su lugar, ojalá definitivamente, para que se despliegue, en primera persona, la defensa de los derechos esenciales por el individuo y la propia población<sup>48</sup>.

## 9. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y MENTALIDAD JUDICIAL

Con el control de constitucionalidad de las leyes quedó superado, desde las primeras décadas del siglo XX, el planteamiento decimonónico, siempre fracasado en los hechos, según el cual los Parlamentos —no los jueces— eran los llamados a ejercer esa fiscalización. La historia demuestra que la política se subordina a los partidos y que, por el contrario, nada supera a la imparcialidad del control que ejerce una magistratura independiente e imparcial<sup>49</sup>.

Igualmente abatido resultó el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de ser el representante de la voluntad general. Penosamente demostrado quedó, en los más diversos países y culturas, que la norma legal fue convertida en instrumento de su autor, vulnerando la dignidad y los derechos inherentes a la naturaleza humana, sin sanción por ello. Lo que falta hoy de forma ineludible, sin embargo, es desprender las consecuencias de ese cambio de centralidad en el régimen jurídico, v.gr.,

<sup>46</sup> OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1987, pp. 23 ss.; y JOSÉ JUAN MOSESO, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 223 ss.; y JERZY WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, pp. 81 ss.

<sup>47</sup> PETER HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Ed. Comares, 2003, pp. 241 ss.

<sup>48</sup> Desconozco reflexiones más claras y visionarias que las hechas por ALEXIS DE TOCQUEVILLE en *La Democracia en América*, 1835, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 58, 78-84 y 104-105.

<sup>49</sup> JEAN RIVERO, «A modo de síntesis», en LOUIS JOSEPH FAVOREU, editor, *supra* nota 35, pp. 666-667; y PAULA VITURRO, *Origen y fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Gráfica Laf, 2002.

para resolver los conflictos de acuerdo con la Constitución y después, sólo si es necesario, subsidiariamente con la ley<sup>50</sup>.

Finalmente, a idéntico desenlace se llegó con la imagen que Montesquieu trazó de los jueces: eran nada más que fieles servidores de las leyes, cuya misión se restringía a modular sus mandatos sin crítica ni interpelación. Hoy, por el contrario, la mayor y más sólida esperanza de imperio del Derecho se halla en la labor de la Judicatura, creativa en las soluciones que deriva del Código Político, con apoyo, es cierto, en la legalidad. Por supuesto, esa figura del juez que ha imperado en nuestra cultura, tan pasiva como cohibida, debe ser reemplazada por aquella que no se discute ya en la nueva Teoría Constitucional<sup>51</sup>.

Cabe aquí detenerse para advertir que, reemplazar la mentalidad jurídico-política de los jueces, aunque sea lentamente, ha sido en todos los países un proceso largo y difícil, plagado de objeciones, celos y tropiezos. Más todavía: la sustitución de la subcultura judicial también ha sido lenta cuando se ha impuesto desde arriba, como secuela de quiebres institucionales seguidos de restauraciones democráticas. Pero, aún asumiendo tales limitaciones, es claro que ese proceso debe continuar, con respeto y provecho común, a través, por ejemplo, de las Escuelas Judiciales, las Facultades de Derecho y las organizaciones no gubernamentales<sup>52</sup>.

## 10. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La Segunda Guerra Mundial y sus trágicas secuelas desencadenaron el cambio trascendental que he resumido. Ese impulso humanista, y escéptico no sólo del Estado sino que también de la premisa que lo asocia como autor único del Derecho, se materializó en las Constituciones de Italia, Alemania y Francia. Con el paso del tiempo, la reforma llegó a nuestra América y, en 1970, a Chile<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> LOUIS JOSEPH FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp. 15 ss.; DOMINIQUE ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 7 ss.; y JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 13 ss.

<sup>51</sup> Véase del autor *Perfil axiológico, independencia y responsabilidad del juez constitucional*, Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, 2003. Consúltese, además, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2001, pp. 298 ss.

<sup>52</sup> CAPELLETTI, *supra* nota 35, pp. 626 ss.

<sup>53</sup> NORBERT LÖSING, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson, 2002, pp. 35 ss.; DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, editores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pp. 45 ss. De la doctrina chilena, consultar GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD, *La reforma constitucio-*

Puede ser sintetizado ese cambio radical explicando dos de sus rasgos capitales. El primero estriba en que, por virtud de tal cambio, se avanzó de una justicia constitucional únicamente orgánico-política, a otra más que nada humanista. De ser un órgano estatal destinado a solucionar conflictos institucionales, la Corte o Tribunal Constitucional se fue transformando en Magistratura defensiva tanto de las minorías como de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana. Y el segundo de aquellos rasgos consiste en que la Magistratura Constitucional, erigida en guardián supremo del espíritu y la letra del Código Político, sirve esa misión decisiva no sólo controlando la constitucionalidad de las leyes, sino que incluyendo en aquella diversas otras competencias relevantes, v. gr., los decretos supremos y, en casos calificados, los fallos de los Tribunales Superiores. No debe temerse, por ende, a una especie de casación constitucional en defensa de los atributos públicos subjetivos esenciales<sup>54</sup>.

Es claro, sin embargo, que ha sido difícil servir con éxito en ambos rubros, más que nada a raíz de la oposición de los «jacobinos» o partidarios de la soberanía parlamentaria irrestricta, como también de una concepción positivista del Derecho, focalizada en la voluntad, soberana y omnipotente, del legislador estatal. La formación jurídica en torno de esas coordenadas persevera hasta hoy, provocando un desfase creciente entre la realidad de una Constitución vivida, por un lado, y la dogmática iusprivada, atada a la codificación decimonónica, de otro.

Pese a todo, desde que el proceso de hondos cambios jurídicos que he resumido fue asentándose las Constituciones quedaron situadas, verdadera y no virtualmente, en su posición nueva, dominante y que ojalá no pierdan jamás. Son, como anhelaba Herman Heller, Constituciones que van adquiriendo la cualidad de vivas por ser vividas en su Parte Dogmática, con garantías y control judicial para el respeto, no sólo por el legislador, de sus principios y normas<sup>55</sup>.

En resumen, este fenómeno universal grandioso<sup>56</sup> consiste en que hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución; del Instrumento de Gobierno a la Carta Fundamental humanista y axio-

---

nal, Santiago, Ed. Encina, 1970, pp. 114 ss.; y ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, «El Tribunal Constitucional», en EDUARDO FREI MONTALVA *et al.*, *Reforma Constitucional 1970*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pp. 199 ss. Con respecto al tópico en la Constitución de 1980, véase KAMEL CAZOR ALISTE, *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del presidente de la República*, II, Santiago, Imp. Universidad Central de Chile, 2002, pp. 104 ss.; y FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA, *Elementos de jurisdicción constitucional*, II, Santiago, Imp. Universidad Central de Chile, 2002, pp. 11 ss.

<sup>54</sup> Consúltese el artículo 93, núm. 1, 4.ª, de la Ley Fundamental de Alemania. Para una explicación de ese precepto revítese HELMUT SIMON, «La jurisdicción constitucional», en ERNEST BENDA, *et al.*, *supra* nota 27, pp. 834 ss.

<sup>55</sup> *Supra* nota 30, pp. 272-274.

<sup>56</sup> CAPELLETTI, *supra* nota 35, pp. 603 y 612.

lógica. Por virtud de tal fenómeno nuestra civilización se eleva desde la legalización formal del ordenamiento jurídico a la constitucionalización sustantiva del Derecho; de la Carta Fundamental como enunciado programático de reglas positivas a la Constitución en cuanto expresión de valores positivizados, con la cualidad propia de la más importante fuente del Derecho. Dotada de fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador, ahora el Código Político compele al juez sumido en contiendas de Derecho privado a convertirse en otro, identificado con una Judicatura con aplomo para resolver también litigios que involucran al Estado y decidirlos a favor de los ciudadanos. En fin, de la futilidad o fracaso del control político partidista del Parlamento sobre la constitucionalidad de las leyes, hemos avanzado, en una marcha triunfal, llegando a la Judicatura Constitucional en el mundo democrático.

## 11. DERECHO NUEVO

Quedo así en la que, en mi visión de la Teoría Constitucional, es la conquista más importante del Derecho contemporáneo. Me refiero a la protección judicial de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales frente a la ley, a los demás actos de los órganos públicos y, por supuesto, también de cara a los particulares entre sí, pues las estipulaciones contractuales o las conductas individuales no pueden vulnerar los derechos inalienables y que se hallan a todos asegurados. Efectivamente, si tales atributos están asegurados a todas las personas, sin discriminación, resulta obvio que los particulares se hallan de frente a preceptos que, más que de orden público, obligan a respetarlos por ser de Derecho Público.

El fundamento de este cambio profundo, paradójicamente tan revolucionario en su contenido como pacífico en su curso, está en que la democracia y la Constitución no pueden sobrevivir donde esos atributos inalienables carecen de tutela eficaz. Hoy, en otras palabras, entre los principios generales del Derecho y como valores superiores de los ordenamientos jurídicos, se hallan la dignidad humana y los derechos que emanan de ella<sup>57</sup>.

Quien capta bien el proceso descrito y sus consecuencias, no exagera al reconocer en él rasgos de una alteración radical de la cultura jurídica. Esta sustitución de principios, criterios y objetivos se ha ido preparando lentamente y enfrenta todavía tanto dudas legítimas como vallas interesadas o añejas. Consiguientemente, imperativo es percatarse de las dificultades del proceso, educando para demostrar que ese cambio significa un pro-

<sup>57</sup> PETER HÄBERLE, «Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, pp. 387 ss.

greso inmenso para el Derecho y la democracia, consistente en que si por siglos los derechos esenciales eran lo que la ley determinaba, aunque existiera ya una Constitución dotada de primacía, ahora la ley, el acto de autoridad y la conducta del particular es tal y vale sólo en la medida que regula o implementa el ejercicio de aquellos derechos, respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental<sup>58</sup>.

En consecuencia, manifiesto sentirme halagado por la persona, el Derecho y la democracia ante la entronización de una nueva legitimidad: la legitimidad constitucional en reemplazo de la legal, con respeto sustantivo y no sólo procedimental de lo asegurado en la Constitución. Iniciada cautelosamente, o tal vez de manera inesperada, casual y quien sabe sorpresiva, ese proceso ha sido beneficioso para el respeto y promoción de la dignidad de la persona humana. Ojalá se haga más abierto, se consolide y torne irreversible. En esta medida, también se fortalecería el Derecho y la democracia.

## 12. EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Más que de su instauración en la Cartas Fundamentales, el prestigio del cual goza la Justicia Constitucional se debe al comportamiento ministerial de quienes son miembros de las Cortes o Tribunales correspondientes. Tales instituciones, como cualquiera otra, no son ni pueden llegar a más de cuanto les den o rehúsen los que las integran. Si demuestran dedicación e independencia; estudio y prudencia; capacidad para imaginar alternativas legítimas y expresarlas como jurisprudencia; razonabilidad y argumentación persuasiva en las consideraciones con que sostienen sus sentencias, entonces los jueces constitucionales continuarán suscitando elogios y confianza por su rol de guardianes máximos de la Ley Suprema<sup>59</sup>.

El Juez Constitucional debe entender y defender la Constitución como sistema articulado de valores, principios y normas. Tiene que concebir, realizar y vivir su misión con la cualidad de órgano al servicio de la dignidad y los derechos fundamentales, más que de contralor, preventivo o *ex post*, de la fluidez con que se desenvuelvan las autoridades en el ejercicio de las respectivas potestades estatales. Se halla, por fin, obligado a respetar a tales autoridades, demostrando que es deferente con sus decisiones, pero

<sup>58</sup> BACHOF, *supra* nota 46, p. 41; JUAN COLOMBO CAMPBELL, «Funciones del Derecho procesal constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional* 2002, pp. 172; DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ed. Temis, 2001, pp. 37 ss.; y PATRICIO ZAPATA LARRAÍN, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Santiago, Universidad Andrés Bello, 2002, pp. 69 ss.

<sup>59</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Del juez legal al juez constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, IV, 2000, pp. 337 ss.

hasta el punto que éstas sean susceptibles de encuadrarse en el *telos* de la Ley Suprema<sup>60</sup>.

El Juez Constitucional no puede dejar de meditar en las consecuencias que conllevan sus medidas para gobernantes y gobernados. El efecto reflejo y generalizado de esas determinaciones es incomparable con el típico y relativo de los fallos de los demás jueces, sean comunes o especiales. Por idéntica circunstancia, se vuelve inconveniente recargar a la Justicia Constitucional con una competencia desmesurada y, peor aún, abrirla al acceso de quienes sólo invoquen derechos esenciales amagados o afectados, sin demostrar cómo y por qué se sienten lesionados<sup>61</sup>.

### 13. CONCIENCIA Y SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

He aquí otro tópico rara vez examinado en la Teoría de la Constitución, pese a su indudable incidencia en el respeto de los principios y reglas de la Carta Fundamental<sup>62</sup>.

La palabra «conciencia», entendida en su sentido natural, obvio o corriente, significa la cualidad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta<sup>63</sup>. En tal concepto la clave yace en la voz «reconocerse», pues el conocimiento interno de uno mismo y externo por los nexos con el prójimo, efectuado comparativa y reflexivamente, constituye la médula de nuestra conciencia en su más lato significado y la posibilidad de conocernos objetivamente<sup>64</sup>.

Ahora bien, cuando se habla de la conciencia constitucional lo es para efectuar una extrapoliación, de lo individual a lo social, para indicar la cualidad cívica o atributo predominante en un pueblo políticamente maduro o civilizado, mediante la cual él puede percatarse, darse cuenta o reco-

<sup>60</sup> FAVOREU, *supra* nota 35, pp. 100 ss.; y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción constitucional en el siglo XXI», *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2002, pp. 77 ss.

<sup>61</sup> JOSÉ A. MONTILLA MARCOS, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 81 ss; y LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 217 ss.

<sup>62</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, 1970, pp. 226 ss.; y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La conciencia constitucional*, Santiago, Memoria de Grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1991.

<sup>63</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, I, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2001, p. 613. En el sentido de *conciencia moral*, es decir, de llamado o voz de la conciencia, véase JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, I, Madrid, Alianza Diccionarios, 1979, pp. 566 ss.

<sup>64</sup> WILHELM DILTHEY, *El mundo histórico*, VIII, 1923, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 229 ss.

nocer el grado de consenso o nivel de disenso que siente con respecto a la legitimidad de la Carta Fundamental que lo rige.

La conciencia constitucional, entonces, puede ser medida y, desde tal ángulo, ella es la magnitud de acuerdo o desacuerdo de una Nación en la legitimidad de su Constitución<sup>65</sup>. Cuando predomina claramente el acuerdo, esa unión legítimamente infunde vida a la Ley Suprema escrita, la mantiene vigorosa, explica por qué es cumplida, venerada y perdurable en cuanto constantemente renace. Aquella conciencia integra a la comunidad con su Constitución, encarnándose recíprocamente, identificándose ambas entre sí, abstrayendo las normas de su condicionamiento histórico, hasta darles una realidad intemporal. Tal lazo psicológico, enraizado entre la realidad y la normatividad, hace de la Carta Fundamental no una mera formulación escrita de preceptos jurídicos de contenido político, social y económico, sino un cauce abierto, «a través del cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida», como escribe Heller<sup>66</sup>. La conciencia constitucional hace, reiterando una idea que me es querida, que la Carta Fundamental escrita viva porque es vivida y que rija efectivamente la realidad política.

Surge y se renueva así un sentimiento mítico de la comunidad en su Constitución y ésta adquiere e incrementa la fuerza de un símbolo que, como la bandera, el escudo y el himno nacionales, junta, concita respeto y obediencia.

Dicha conciencia existe una vez que la Constitución se ha institucionalizado en la sociedad<sup>67</sup> y no sólo en sus delgadas capas directivas. Ocurre así cuando a gobernantes y gobernados, entre éstos el ciudadano común, la Constitución les significa mucho y se interesan en ella no únicamente leyéndola y entendiéndola, sino que ciñéndose, más o menos reflexivamente pero siempre de buena fe, a los principios y reglas de aquélla.

Sin duda, el fenómeno que describo no es absoluto ni súbito; antes bien, lo singularizan magnitudes resultantes de procesos largos y difíciles en la trayectoria nacional. Más todavía, pienso que el nivel alcanzado no es fijo ni definitivo, prueba de lo cual es la desconstitucionalización sufrida por países que eran modelos y después cayeron en crisis, sin desenlace positivo<sup>68</sup>. Pero, en balance final, estimo que nuestra ciudadanía goza ya de un nivel aceptable de ese reconocimiento, siendo la tarea afirmarlo en lugar de desconocerlo. Pese a las críticas y reformas que merece nuestro

<sup>65</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *supra* nota 2, pp. 84-85.

<sup>66</sup> *Supra* nota 36, pp. 274 y 277.

<sup>67</sup> Consúltese del autor «La Constitución como institución», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 202, 1997, pp. 57 ss.

<sup>68</sup> KARL JOACHIM FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 608 ss.

Código Político, tampoco cabe duda que ha llegado a enraizarse en la mayoría de la comunidad nacional, como no ocurrió con ninguna de las Constituciones precedentes.

#### 14. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL CHILENA

Advertí, al comenzar este ensayo, que en Chile falta una Teoría Constitucional moderna, elaborada sobre la base de los principios y finalidades, universalmente reconocidas, como características del constitucionalismo pero que, además, contenga la temática, tan variada y sugerente, compleja y relevante, que tipifica a la democracia y al Derecho en nuestro país y en este tiempo. Más aún, la carencia de esa elaboración sistemática se torna más delicada al concluir que, diversos conceptos y deducciones, hechos a propósito de la realidad y perspectiva de otros países, se trata de transplantarlos a Chile y Latinoamérica sin las adecuaciones que exige el ambiente cultural propio de nuestros pueblos<sup>69</sup>.

Siento también la ausencia de una Teoría Constitucional que, si bien aplicando la rica elaboración doctrinaria recibida de otros países, y tan actualizada como corregida y enriquecida al tenor de lo dicho, se preocupe de la Constitución, el Derecho constitucional y el constitucionalismo en el marco de limitaciones y restricciones, infranqueable y determinante, de la trayectoria republicana de Chile en concreto. Comencemos, en otros términos, la ardua labor de elaborar una Teoría de la Constitución en función de las Cartas Fundamentales de Chile y de nuestro Estado y ordenamiento jurídico, ponderando la extensa y valiosa tradición republicana que poseemos. Aunque nunca será razonable ignorar los hallazgos ocurridos en el extranjero, más riqueza y probabilidad de éxito se halla en la consideración estricta de las causas y desenlaces de las crisis y quiebres institucionales que hemos sufrido<sup>70</sup>.

Sobre todo, hagamos el esfuerzo ponderando la conciencia, el sentimiento y la cultura de los ciudadanos chilenos. Pongamos esmero para concebir la Constitución no puramente en su acepción normativa, sino que insertada en el contexto de historia, influencias y fuerzas, de aspiraciones nobles paralelas a debilidades arraigadas en la población<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Un esfuerzo meritorio para la renovación doctrinaria en el tópico es el de FRANCISCO CUMPLIDO y HUMBERTO NOGUEIRA, tanto en *Teoría de la Constitución*, Santiago, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>70</sup> Consúltese del autor *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 24 ss. Revítese, además, AGUSTÍN SQUELLA y OSVALDO SUNKEL, editores, *Democratizar la Democracia. Reformas pendientes*, Santiago, Ed. LOM, 2000.

<sup>71</sup> El tópico aquí resumido no es tratado por la doctrina constitucional chilena. Se hallan, sin embargo, interesantes reflexiones sobre aquél en la literatura especializada extranjera, por

La esperanza está en que las ideas expuestas sirvan, especialmente a la juventud, para proseguir en el empeño, gratificante pero que exige aplicación incesante porque es interminable, de fortalecer la confianza en la democracia, como modo de vida, y en el imperio del Derecho en cuanto método y objetivo para perfeccionarla, haciéndola más real y legítima.

## 15. DESAFÍOS DE LA NOVEDAD

Introduzco este nuevo tema con la tesis siguiente: el Derecho Constitucional, como disciplina científica autónoma, especialmente frente a la filosofía, a la teoría política y a la economía, es relativamente nuevo. Comparado con el Derecho civil, dos veces milenario, el Derecho procesal, y aún con el Derecho penal, nuestra disciplina resulta más reciente, pero también y por idéntica circunstancia, más desafiante y novedosa. En concreto, si asociamos el Derecho constitucional con el estudio, teórico y sistemáticamente hecho de la Carta Fundamental, generada y vivida en democracia y como la concebimos hoy, entonces nuestra ciencia no puede ser retrotraída más allá de 1787, aproximadamente<sup>72</sup>.

Pues bien, que el Derecho constitucional sea nuevo tiene numerosas consecuencias, algunas positivas y otras no.

Util y alentador es emprender la fundamentación de la distinción expuesta refiriéndose, en primer lugar, a las múltiples manifestaciones con que el Derecho constitucional ha contribuido, en términos decisivos, al desarrollo del Derecho en general. Un breve inventario de esos aportes, constatables en Chile y el mundo entero, permite incluir los que enuncio a continuación.

Desde luego, se va entronizando un concepto de Constitución que no es tal sólo por haberse respetado el proceso constituyente que la alumbró, sino que, más bien, en atención a la concreción de los derechos esenciales, asegurados a todos, sin discriminación y en libertad, mediante las garantías que permiten infundirles eficacia real. De la declamación en los textos, el Código Político va adquiriendo, afortunadamente ya también en Iberoamérica, el sentido de un compromiso vital, porque es vivido y llevado a

---

ejemplo, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *supra* nota 12; JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, editores, *Constitucionalismo y Democracia*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999; y DOUGLAS GREENBERG *et al.*, editores, *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*, New York, Oxford University Press, 1993.

<sup>72</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *supra* nota 59, pp. 340 ss.; KARL JOACHIM FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 68 ss.; MANUEL ARAGÓN REYES, *Estudios de Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 163 ss.; y ALBERTO RICARDO DALLA VIA, «Las ramas del Derecho constitucional», *Debates de Actualidad*, núm. 190, 2003, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

la práctica. La Constitución como Instrumento de Gobierno es desplazada por el *telos* de ella, concentrado en la Declaración y materialización de Derechos y Garantías.

En seguida, nuestra ciencia ha obligado a incorporar métodos originales en la interpretación jurídica, los cuales no se discute ya que son características del constitucionalismo y, por extensión y proyección, del Derecho público en general. Por ejemplo, la hermenéutica creativa e imaginativa, evolutiva o adaptadora y finalista, desplegada sobre un texto y contexto abiertos al futuro y reacios al literalismo, son irrefutables como reglas esenciales de una interpretación constitucional adecuada. Lo mismo observo a propósito de los valores jurídicos, distintos y superiores a los principios y normas<sup>73</sup> pero igualmente vinculantes que éstos.

Agrego, en tercer lugar, la reubicación de la ley dentro del orden jerárquico del sistema jurídico. Hoy y efectivamente, sólo es tal la norma legal que ha sido generada con sujeción al procedimiento previsto en la Constitución y, lo que es mucho más relevante todavía, en la medida que respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales, inherentes a la calidad de persona humana y que emanan de la dignidad de ella.

Incluyo en este catálogo, en cuarto lugar, la lenta pero progresiva e irreversible interpenetración del Derecho constitucional con el Derecho internacional público, secuela de lo cual es la ya copiosa vigencia de tratados, ubicables en general como equivalentes a la parte dogmática de la Carta Fundamental. A ese proceso se añade, con aparición más reciente y dificultosa, la incorporación de órganos supra o internacionales de gobierno y de carácter jurisdiccional. El fenómeno al que aludo suscita en esta época análisis verdaderamente originales, a propósito de la primera Constitución de Europa, motivando actitudes tanto de satisfacción y esperanza como de cautela.

Continúo destacando que el Derecho de nuestro tiempo exhibe lo que, Manuel García Pelayo<sup>74</sup>, llamó la *difuminación de límites* entre lo público y lo privado. Aludió así aquel magistrado y jurista a la comunicación recíproca de esos ámbitos, con beneficio mutuo para abordar y resolver problemas que, unas décadas atrás, eran el dominio exclusivo de las antiguas categorías civilistas, v. gr., en torno del comienzo y término de la vida, de los derechos de la personalidad, de las limitaciones extrínsecas al ejercicio de la propiedad o del daño, patrimonial y moral. Hoy, no cabe duda, enfrentamos nuevos dilemas vinculados con la clonación; la intimidad de la vida del sujeto, de su familia o del lugar en que emplea su esfuerzo; la

<sup>73</sup> FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO, *supra* nota 34, pp. 97 ss.; y ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 1999, pp. 286 ss.

<sup>74</sup> *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, pp. 108 ss.

regulación, a veces excesiva, del desarrollo de actividades empresariales; o el hallazgo de filones con los cuales esquilmar las arcas fiscales en búsqueda de compensaciones abusivas<sup>75</sup>.

Por último y sin ser exhaustivo, ya he realizado la institucionalización de la justicia constitucional, confiada a jueces distintos de los ordinarios, consciente de su rol de guardianes máximos del Código Político, fenómeno que conlleva el fortalecimiento del control de supremacía, *ex ante* y *ex post*, con rasgos crecientemente concentrados en desmedro de la revisión judicial difusa<sup>76</sup>.

## 16. OBSTÁCULOS

Sin embargo, advertí que, junto a los progresos que el Derecho ha experimentado como resultado del desarrollo del Derecho constitucional, se perciben también dificultades para consolidar ese avance y tornarlo irreversible. Deseo referirme ahora a esta faceta del tema.

Doy por sabidas las trabas que, en la abogacía y entre los diversos órganos encargados por la Carta Fundamental y las leyes, encuentra la presencia del Derecho constitucional como disciplina innovadora, que implica cambios en la docencia e investigación jurídicas, tanto como en las mentalidades y la familiarización con conceptos y teorías diferentes de las clásicas y, a menudo, opuestas a ellas. Basta puntualizar aquí que el Derecho constitucional, siguiendo a cuanto exige la Carta Fundamental contemporánea, gira en torno de valores humanistas y que impelen a superar el formalismo, positivo y exegético, en aras de infundir realidad a la libertad e igualdad con justicia, seguridad y otros principios.

Las vallas que debe superar nuestra disciplina son variadas y difíciles. Entre ellas, señalo el imperativo de imponerse en culturas jurídicas modeladas por el Derecho privado, presumido un saber jurídico neutro, objetivo, propiamente científico e incontaminado por las ideologías<sup>77</sup>. De cara a ese concepto civilista hallamos nuestro Derecho constitucional joven, criti-

<sup>75</sup> JOAQUÍN ARCE Y FLOREZ VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 70 ss.; y KONRAD HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, pp. 69 ss.

<sup>76</sup> ELISEO AJA, editor, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998; JOSÉ ÁNGEL MARÍN, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998; VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, núm. 31, 1996; y FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, «Justicia constitucional», *Revista de Derecho*, XII, 2001.

<sup>77</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *supra* nota 59, pp. 342 ss.

cado por sus vínculos con la política, despreciado a raíz de las interrupciones institucionales que lo dejan sin vigencia, vapuleado por la instrumentalización que de él hacen partidos y grupos corporativos<sup>78</sup>. Con todo, en ese ataque se asume que las otras ramas del Derecho no experimentan problemas análogos, supuesto que es inexacto y que bien se haría en reexaminarlo de cara a la ineficacia de todos ellos.

Empero, reconozcamos que es omnipresente la tendencia a instrumentalizar la Constitución, sobre la base de hacer lo mismo, previamente, con el Derecho constitucional y, más temprano todavía, de haber elaborado categorías teóricas a partir de preconcepciones ideológicas. Cabe denunciar tales desvíos y manipulaciones, afirmando que el *corpus* doctrinario de la Teoría Constitucional goza ya de un reconocimiento pacífico. Así ocurre, v. gr., con la democracia, sustantiva y procesalmente concebida, como inseparable del constitucionalismo; o bien, con el Estado al servicio del libre desarrollo de la persona humana, sin discriminaciones pero dentro de un orden público mantenido por medios legítimos.

## 17. PERSPECTIVAS

Es menester profundizar la democracia constitucional, enriqueciéndola con las instituciones semidirectas como la iniciativa ciudadana de proyectos articulados de reforma a la Carta Fundamental o de iniciativa legislativa. Con el mismo propósito cabe señalar el referendium y plebiscito.

Las innovaciones tienen que continuar con el juez constitucional y el desempeño de su oficio. Por ejemplo, resulta razonable desprender de la supremacía constitucional no sólo las consecuencias que llevan a que tanto un proyecto de precepto legal o de decreto supremo, como una disposición legislativa o un acto administrativo ya en vigencia, sean declarados contrarios al Código Político. Ahora se percibe nítido, en efecto, que ese control de supremacía tiene que ser efectuado, sólo excepcional y fundamentalmente, pero también con relación a las resoluciones judiciales emanadas de magistraturas superiores que interpretan, equivocadamente, los valores de la Carta Fundamental<sup>79</sup>.

En el ámbito de la justicia constitucional dejo planteado, por último, el efecto amplio o generalizado de las sentencias de los Tribunales respectivos porque si el alcance de sus decisiones queda circunscrito al caso concreto en que recayó el pronunciamiento respectivo, entonces no resulta sensato, proporcionado ni coherente con la naturaleza y roles de esa ma-

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> EVELYN HAAS, *La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad*, Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, 2003, pp. 21 ss.

gistratura especial. Plantearse este tópico implica pronunciarse sobre otro conexo, cual es la observancia de lo resuelto en los fallos constitucionales, infundiéndole cualidad imperativa, pues de lo contrario crece el riesgo que no sean respetados, sin ser sancionada tal transgresión.

Antes bien, es de la esencia de los fallos de las Cortes Constitucionales ir forjando una jurisprudencia de implicancias extensas, por el efecto reflejo que las singulariza<sup>80</sup>. En realidad, se torna persuasiva la tesis que reconoce a esas sentencias, cuando versan sobre la dignidad humana y los derechos que fluyen de ella, el carácter de precedentes reales, aunque sea aún considerable la renuencia a admitirlo así<sup>81</sup>.

## 18. CAMBIOS CONSTITUCIONALES

Este, que es el último de los temas del presente ensayo que integra la Teoría Constitucional<sup>82</sup>, depara, sin embargo, facetas novedosas que deben ser indagadas en nuestro tiempo.

Me refiero, por de pronto, a que la sociedad civil cambia por la influencia que la Carta Fundamental ejerce en ella cuando es vivida. El proceso inverso resulta análogamente percibible, aunque el cambio, en esta hipótesis, puede ocurrir por medios pacíficos, v. gr., la mutación interpretativa<sup>83</sup>, o a través de quiebres o interrupciones del proceso institucional, casi siempre violentas.

Pues bien, si el cambio fluye de la hermenéutica, entonces junto con ser pacífico goza de alta probabilidad de llegar a ser perdurable o irreversible, contribuyendo a la estabilidad del Código Político. Por el contrario, cuando los sucesos son revolucionarios, contrarrevolucionarios o, más generalmente dicho, insurreccionales, fácil es colegir que el nuevo ordenamiento constitucional se impondrá por la fuerza, no rara vez ejercida atropellando la dignidad y los derechos humanos. La secuela de esos hechos es que el esfuerzo fundacional del nuevo régimen va a enfrentar escollos serios, sin garantía de que llegue a arraigarse en la conciencia de la gente<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 473 ss.

<sup>81</sup> PATRICIO ZAPATA LARRAÍN, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Imprenta VIS, 1994, pp. 45.

<sup>82</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, Barahona, Ed. Iberia, 1962, pp. 255 ss. Véase también K. C. WHEARE, *Las constituciones modernas*, Barahona, Ed. Labor, 1971.

<sup>83</sup> GEORG JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>84</sup> NORBERTO BOBBIO, *Derecho e izquierda. Razones y significaciones de una distinción política*, Madrid, Ed. Taurus, 1995; GIOVANNI SARTORI, *La democracia después del comunismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Las ideas enunciadas se relacionan con las transiciones constitucionales, otro tópico de alto interés, actualidad y trascendencia<sup>85</sup>. Trátase del paso, por lo común, desde el autoritarismo a la democracia, hecho con pausa planificada o de modo abrupto y desordenado. Nuevamente, cabe advertir la factibilidad del proceso inverso, es decir, el tránsito a partir de la democracia para precipitarse a la dictadura. Mientras la primera situación suscita entusiasmo, pues se trata de la reconstitucionalización de la convivencia cívica, la segunda nos lleva al sentimiento contrario, ya que estamos en la desconstitucionalización de una cultura nacional que era respetuosa de la dignidad, los atributos esenciales y el imperio del Derecho.

---

<sup>85</sup> IAN SHAPIRO y CASIANO HACKER-CORDÓN, *Democracy's Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; y RICHARD BELLAMY y DARIO CASTIGLIONE, *Constitutionalism in Transformation*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.