

Felipe Leiva Fadic*

Hacia un Constitucionalismo Moderado o Deferente**

Resumen:

La asunción del denominado Estado Constitucional de Derecho ha supuesto la constante pérdida de relevancia de la ley dentro del sistema de fuentes. Ello se puede observar cada vez con más recurrencia en el contexto de aplicación, a partir de tesis que pretenden otorgar efectos radicales al principio de fuerza vinculante de la Constitución, al efecto horizontal de los derechos fundamentales y al efecto de irradiación de la Constitución, sugiriendo que la generalidad de los jueces pueden inaplicar las normas legales en virtud de aparentes razones constitucionales. Frente a estas tesis radicales y reconociéndose la operatividad de las normas constitucionales, en este trabajo se reivindica el rol que le cabe al legislador, dada su vinculación con el principio democrático y a la vinculación existente entre forma y libertad. Se defiende entonces un modelo de constitucionalismo moderado o deferente.

Palabras Clave:

Estado Constitucional de Derecho, Neoconstitucionalismo, Democracia, Fuerza Vinculante de la Constitución, Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales, Efecto Horizontal de los Derechos Fundamentales, Activismo Judicial, Vulgarización.

* *Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez.*

** Agradezco a Lucas Mac-Clure Brintrup, Rodrigo Correa González y Lucas Sierra Iribarren, por los comentarios realizados a una primera versión de este trabajo.

1. Introducción

En aquella etapa en que comenzó la consolidación de lo que hoy se conoce como Estado de Derecho, el mecanismo fundamental mediante el cual se pretendió limitar al poder político y establecer derechos y garantías para los ciudadanos, consistió en la creación de normas jurídicas cuyo establecimiento correspondía al legislador democráticamente elegido por el pueblo o nación; en otras palabras, lo propio del Estado de Derecho en su formulación inicial fue que la actuación y la producción normativa del Estado se encontraba estrictamente condicionada por el principio de legalidad. En este sentido, en los orígenes del moderno Estado de Derecho, la ley cumplía el rol de garantía frente a la arbitrariedad y la opresión, en tanto la Administración solo podía actuar por mandato de la ley y por cuanto a falta de ésta, existía un ámbito ilimitado de libertad de los individuos. De ese modo, el carácter formal del Estado conectaba con las pretensiones liberales que subyacían a la ideología bajo la cual se estructuró el Estado de Derecho durante el siglo XIX.

No obstante, y como se verá con detención en lo que sigue, desde la creación de los primeros Tribunales Constitucionales en los sistemas jurídicos de la tradición continental y sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, el lugar central que ocupaba la ley en la garantía de los derechos y su primordial importancia dentro del sistema de fuentes comenzó a ser relativizada por normas jerárquicamente superiores –las constitucionales– que comenzaron a ser garantizadas por órganos con competencias especialmente establecidas al efecto con el fin de custodiar la sujeción y adecuación de la norma legal a los dictados del constituyente.

Producto de esta evolución y de una serie de transformaciones adicionales que resultan como consecuencia de la preponderancia que adquiere la Constitución dentro del sistema de fuentes, actualmente se ha vuelto común señalar que el Estado de Derecho se ha configurado como un Estado Constitucional, esto es, como un Estado en que la principal limitación al poder político está configurada por las normas constitucionales, las cuales, en su condición de valores superiores del ordenamiento, *irradian* a la totalidad del sistema jurídico.

Teniendo en consideración lo expuesto, este trabajo tiene por objetivo describir y analizar este cambio radical dentro del sistema de fuentes y reconocer sus causas; identificar algunas de las consecuencias que se producen a partir de este cambio en el contexto de aplicación y analizarlas críticamente; y, finalmente, mostrar que la tendencia a una defensa irrestricta del paradigma del Estado Constitucional en un sentido fuerte del término puede provocar consecuencias no deseadas para un sistema jurídico que pretenda ser respetuoso de la distribución de competencias y de la regla de mayoría, pudiendo incluso poner en grave riesgo aquel valor que ha resultado esencial en la configuración y estructuración del Estado de Derecho: la autonomía individual.

2. La crisis del legicentrismo y el surgimiento del paradigma neoconstitucionalista¹

Como comúnmente se ha sostenido en términos históricos, una de las pretensiones de quienes estructuraron y dieron forma al Estado de Derecho decimonónico fue hacer frente a las arbitrariedades típicas del soberano del antiguo régimen. Para cumplir tal objetivo, las formas y procedimientos establecidos por parte del legislador democrático resultaron esenciales. Así, el imperio de los hombres o de la fuerza fue reemplazado por el imperio de la ley, en virtud del cual se entendía que los actos de autoridad de la Administración se encontraban condicionados por las disposiciones estatuidas por el legislador. Con estas limitaciones de que era objeto la Administración, se pretendía asegurar ámbitos de libertad frente a la coacción del Estado. En palabras de SCHMITT:

La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones solo pudieran verificarse «a base de una Ley». Ley era, en este sentido, la cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se tratase. Al contrario, una *Ordenanza* emitida por el Rey solo (...) no será considerada como Ley².

Ahora bien, no obstante que el principio de legalidad y la consecuente sujeción y adecuación de la Administración a los dictados del legislador era uno de los elementos identificadores del Estado de Derecho, existían también otros principios políticos adicionales que, desde la época de las revoluciones, guiaron su institucionalización. En efecto, en la conformación del moderno Estado de Derecho se consideró la democracia como forma de gobierno, la representación popular, la separación de poderes y la libertad ilimitada –en principio– del ciudadano frente a la libertad limitada –en principio– de la Administración. En otras palabras, tras la noción «Estado de Derecho», coexistían una serie de principios políticos que operaban como fórmulas de legitimación del mismo y, por lo demás, le otorgaban un contenido que iba mucho más allá de la mera procedimentalidad del Derecho como forma de aseguramiento contra la arbitrariedad.

No obstante, según una descripción que hoy ya resulta clásica, producto de la conexión de la teoría del Estado con el positivismo jurídico, en algunos sistemas jurídicos oc-

¹ El término neoconstitucionalismo, como ha sostenido Susana Pozzolo, hace referencia a una teoría del derecho que se caracteriza por ser constitucionalista y anti-positivista. En términos de la autora, “el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre el Derecho y moral”. Ver POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 189.

En términos similares, Mauro Barberis señala que el rasgo distintivo del neoconstitucionalismo es “la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos”. Ver BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 260.

² SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1982, p. 157.

cidentales, la noción «Estado de Derecho» adquiere un carácter estrictamente formal, con prescindencia de cualquier apelación a valores trascendentes o principios políticos de legitimación. En otras palabras, pierde o se elimina su referencia a ciertos principios formales (como el de separación de poderes y el de representación popular) y materiales (como el aseguramiento de la libertad del individuo como fin último del Estado) y se establece un modelo de Estado de Derecho que se identifica como tal por el solo hecho de la adecuación de la Administración a la norma legal como garantía frente a la arbitrariedad³.

Adicionalmente, bajo esta concepción formal o legalista del Estado de Derecho, influida por la teoría del positivismo jurídico, se sostiene que una norma jurídica existe y es válida en la medida que ha sido dictada por parte de los órganos del Estado dotados de competencia para la producción normativa, cumpliendo con los criterios procedimentales de validez que implica el proceso de formación de la norma jurídica⁴. En suma, bajo estos presupuestos, la norma jurídica resulta válida con absoluta independencia del contenido de la misma, o de si la norma puede ser considerada justa o no, produciéndose entonces una evidente diferenciación funcional entre el sistema jurídico y el sistema moral⁵.

Según los críticos, este carácter neutral y procedimental que adquiere la ley y el Estado de Derecho en general, contribuyó a la consolidación de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX. En efecto, dado que para el Estado legislativo la ley se reconoce como tal, con absoluta independencia a cualquier clase de contenido, cualquier tipo de Estado, en la medida que respete las condiciones procedimentales de validez en la producción normativa, puede autoproclamarse y reivindicarse como un Estado de Derecho. En términos de ZAGREBELSKY, “[e]l calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los «Estados», por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente de «derecho»”⁶.

³ Según Böckenförde, bajo los presupuestos del positivismo jurídico, “el «imperio de la ley» como garantía de la libertad civil pervive en este concepto del Estado de Derecho; se concentra en (y se reduce a) la «legalidad de la Administración», que, junto a su garantía judicial, se convierte en el contenido específico del Estado de Derecho”. Ver BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho*. En su: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2000, p. 30.

⁴ En este sentido, Luigi Ferrajoli, caracterizando al Estado de Derecho formal, ha señalado que éste no es más que “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados por las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 13. Por su parte, SCHMITT, op. cit. en nota 3, p. 153, definiendo el concepto de ley, desde un punto de vista formal, ha señalado que ella “es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito”.

⁵ En términos de Böckenförde, lo que ocurre es que se produce un “vacío de contenido”, y una “formalización del concepto de ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio del «imperio de la ley» del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas”. Ver BÖCKENFÖRDE, op. cit. en nota 4, p. 32.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2005, p. 23. En un sentido similar, y en una crítica a una concepción puramente formal de la Ley, Schmitt ha

Dada esta situación, quienes critican esta “evolución”, señalan que se presenta la paradoja de que la institucionalidad del Estado de Derecho, que había sido diseñada como un mecanismo de aseguramiento de la libertad y propiedad de los ciudadanos, sirvió como marco perfecto para justificar la actuación de los Estados que con mayor fuerza disciplinaron a sus ciudadanos y transgredieron sus libertades, como resultaron ser los Estados totalitarios europeos de entre guerras⁷.

Particularmente ilustrativa de esta reacción frente al modo positivista de concebir la ley, y, en última instancia, al Derecho mismo, resulta un fallo dictado en la década del '50 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en virtud del cual se declaró una nulidad ab initio de una norma legal por contrariar “principios fundamentales de la justicia”. En concreto, en su sentencia, el Tribunal disponía que:

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un ‘legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera’ significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que el legislador puede imponer lo injusto⁸.

Producto de estas denuncias en contra del devenir del Estado de Derecho y del rol que le cabía en éste al legislador, la llamada a una reformulación al modelo del Estado de Derecho legislativo propio del siglo XIX no se hizo esperar, adquiriendo especial relevancia una vez terminada la segunda guerra mundial y vistas ya las nefastas consecuencias que desplegaron los Estados totalitarios sobre sus ciudadanos. En efecto, ante esta realidad y desde un punto de vista político, con la refundación europea y con el fin de hacer frente al terror, se sugiere una reestructuración en los presupuestos del

sostenido que “sería más que inconcebible querer deducir (...) que (...) pueden los órganos competentes para la Legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el «imperio de la Ley» ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación”. A esa confusión, según Schmitt, solo puede arribarse perdiendo de vista el concepto político de Ley, según el cual “la Ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general”, cualidades a las que “se une la garantía democrático-política, dirigida contra el absolutismo del Príncipe, y consistente en la cooperación de la Representación popular”. Al respecto, ver SCHMITT, op. cit. en nota 3, pp. 155-158.

Dentro de la doctrina nacional, una crítica radical al legalismo y al formalismo con que se ha estructurado el Estado de Derecho, ha sido realizada por Bernardino Bravo. En su examen, sin duda, resulta paradójico que luego de criticar el legalismo por su incapacidad de hacer frente a la arbitrariedad, concluya que la recuperación del Estado de Derecho se produce en Chile con el gobierno de Augusto Pinochet, sin duda uno de los gobiernos más arbitrarios y con menos respeto por los derechos de los ciudadanos en la historia institucional chilena. Al respecto, ver BRAVO, Bernardino. *El Estado de Derecho en la historia de Chile: por la razón o la fuerza*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

⁷ En términos de Zagrebelsky “[d]ada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»”. Ver ZAGREBELSKY, op. cit. en nota 7, p. 22.

⁸ Para ver un comentario respecto de este caso y su tratamiento como un caso de “injusticia legal”, ver ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004a, pp. 15-17.

Estado de Derecho y se pretende vincularlo en su actuación a valores superiores del ordenamiento, a los cuales deberá también adecuarse el legislador. En otras palabras, la reacción natural de parte de la política con posterioridad al derrocamiento de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX, fue establecer limitaciones materiales al legislador, de modo tal que no todas las normas dictadas por éste pudieran ser consideradas, sin más, como Derecho válido⁹.

En suma, se pretende un nuevo tipo de legalidad, en la cual la ley no funde su legitimidad solo en su carácter formal al estilo del Estado legislativo, sino que además en cuanto a su adecuación a los contenidos sustantivos establecidos en la Constitución y que dotan de coherencia a la totalidad del ordenamiento. En otros términos, lo que se busca por parte de quienes defienden la materialización del Estado de Derecho –por ejemplo, quienes adscriben a una teoría neoconstitucionalista o a una concepción garantista del Derecho– es una “legalidad por valores” o una “legalidad constitucional”¹⁰; en términos de BALDASARRE, aparece entonces una legalidad “nueva y superior: la que se conecta a los valores fundamentales puestos como base de un determinado sistema constitucional”¹¹. Así, una “exigencia de tipo iusnaturalista asomaba”¹².

Normativamente, esta reacción se tradujo en una serie de reformas a nivel constitucional que implicaron un aumento en el catálogo de derechos fundamentales, así como la creación de órganos dotados con competencias especiales destinadas a controlar la adecuación de la norma legal a los dictados jerárquicos de la Constitución. Pero adicionalmente, las normas constitucionales a las cuales deberá sujetarse el legislador bajo este nuevo modelo del Estado, son concebidas, en su parte dogmática, como un conjunto de valores y principios que expresarían un consenso suficientemente amplio o que al menos representarían los intereses de los diversos sectores de la sociedad. Así, para el caso que el legislador no acatara en su producción normativa este conjunto de valores y principios, tribunales dotados especialmente de competencias al efecto, se

⁹ Según Luigi Ferrajoli, lo que sucede es que “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no solo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”. Ver FERRAJOLI, op. cit. en nota 5, p. 18.

En términos similares, Susana Pozzolo ha señalado que una de las razones más relevantes para la superación de la metodología iuspositivista por parte de la teoría neoconstitucionalista, “se refiere a la noción de validez jurídica que aquella presupondría: la que se entiende como estricta o exclusivamente formal, que se revelaría inadecuada para ser empleada por el Derecho del Estado constitucional, cuyas normas serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido”. Ver POZZOLO, op. cit. en nota 2, p. 189.

¹⁰ El máximo exponente de la concepción garantista del Derecho, Luigi Ferrajoli, para fundamentar su nueva teoría de la legalidad sustancial, ha debido proponer una nueva teoría acerca de la validez de las normas jurídicas. Es así como pretende refutar la teoría clásica según la cual la validez de las normas se identifica con su existencia. Según Ferrajoli, en el paradigma del Estado de Derecho material es necesario hacer una distinción entre dos dimensiones de la validez. Por una parte, “la que se puede llamar “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la “validez” propiamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”. Al respecto, ver FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004, p. 21.

¹¹ BALDASARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, 2001, p. 63.

¹² ZAGREBELSKY, op. cit. en nota 7, p. 114.

transformarían en guardianes de la Constitución y estarían encargados de hacer eficaz el principio de supremacía constitucional, custodiando la conformidad de la norma legal con los valores y principios que establece la Constitución.

Como se puede apreciar, en la evolución que ha sufrido el modelo del Estado de Derecho desde su institucionalización a fines del siglo XVIII, los derechos fundamentales no solo sufrieron una transformación que va desde la concepción clásica de los derechos de defensa a otra que concibe los derechos fundamentales también como derechos de prestación, sino que además, producto de la asunción del paradigma neoconstitucionalista, los derechos fundamentales además dejan de ser concebidos única y exclusivamente como derechos subjetivos que el individuo tiene en contra del Estado y pasan a ser considerados como un conjunto de normas objetivas de principio, como un sistema ético establecido y garantizado en la Constitución con el fin de presidir la vida política y cuya realización y promoción corresponde precisamente al Estado¹³.

En otras palabras, producto de la reacción contra el devenir del denominado Estado legislativo, los derechos fundamentales dejan de justificarse solo como pretensiones subjetivas del ciudadano frente al Estado y comienzan a ser reivindicados como un conjunto de pautas valorativas bajo las cuales debe orientarse la totalidad del sistema jurídico, la acción política del Estado y la comunidad en general¹⁴.

Como se verá en lo que sigue, lo anterior implica un giro radical dentro de los sistemas jurídicos occidentales y conlleva una serie de transformaciones respecto al concepto de Derecho, a la jerarquización de las fuentes normativas, al rol que le cabe a la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y, por cierto, al papel que deberían

¹³ Respecto a esta evolución en la concepción de los derechos fundamentales, Habermas ha señalado que “es indiscutible el cambio en la concepción de los derechos fundamentales que se refleja en la jurisprudencia constitucional, un cambio desde unos derechos de defensa (...) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la Administración, a unos principios sustentadores del orden jurídico que, aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a conceptos básicos, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principios constituidoras de estructura que todo lo impregnan”. Ver HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Barcelona, Editorial Trotta, S.A., 2005, pp. 320-321. En términos similares, ver también BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental*. En su: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993b, pp. 95-138.

Un ejemplo de esta concepción dentro de la doctrina constitucional chilena se puede encontrar, por ejemplo, en Patricio Zapata, quien sostiene que “el parámetro de la constitucionalidad no es otro que el conjunto de valores, principios y normas contenidos o referidos, algunos más explícitamente y otros de modo implícito, en el documento intitulado Constitución Política de la República de Chile”. Ver ZAPATA, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 307.

¹⁴ Como ha señalado Eduardo Aldunate, la concepción de la Constitución como un orden objetivo de valores se plantea por primera vez en la iuspublicística alemana. En particular, este carácter habría sido resaltado por “Rudolf Smend en la década de 1920, cuando desarrolla su idea de la función de integración que cumple la constitución”. Ver ALDUNATE, Eduardo. *Derechos fundamentales*. Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 163. Según Smend –prosigue Aldunate– “a través de la constitución fluiría el permanente curso de integración estatal, integración que se desarrolla en procesos espirituales (...), y que consistiría en ordenar estos procesos en su contexto de significado, como concreción de la naturaleza valórica del espíritu” (id. p. 164). Esta teoría, olvidada en principio, según Aldunate, habría desplegado sus efectos una vez comenzada la reconstrucción alemana, en que el movimiento por los valores fue la reacción natural a los traumas del nacionalsocialismo.

jugar tanto el legislativo como el poder judicial dentro del Estado de Derecho. Evidentemente, implica también una serie de transformaciones para el Derecho común e infra-constitucional, el que a partir de los presupuestos del Estado Constitucional se entiende que debe ser irradiado por los valores y principios que consagran las normas constitucionales.

3. Los presupuestos del Estado Constitucional

Todas las transformaciones a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, han llevado a que el Estado de Derecho contemporáneo haya sido caracterizado como un Estado Constitucional de Derecho. Si bien con lo sostenido hasta el momento ya es posible concluir de manera aproximativa cuáles son los caracteres que lo conforman, a continuación se realizará una especial referencia a algunos de ellos, a saber: (i) la fuerza vinculante de la Constitución; (ii) el efecto horizontal de los derechos fundamentales; y, (iii) el efecto de irradiación de la Constitución en los demás ámbitos del sistema jurídico¹⁵.

Esta referencia particularizada se realiza en atención a la relevancia que estos caracteres del Estado Constitucional han adquirido en el contexto de aplicación para todos los jueces por igual, incluidos los de instancia. Así, mediante este análisis se podrá apreciar cómo las consecuencias del Estado Constitucional de Derecho no sólo afectan al sistema constitucional en particular, sino al sistema jurídico por completo. Asimismo, se podrá apreciar cómo una tesis radical respecto a las consecuencias que se derivarían de estos caracteres, puede resultar incompatible con el principio democrático, esto es, con aquel principio en virtud del cual se entiende que las decisiones políticas deben ser adoptadas por el pueblo o nación a través de sus representantes.

3.1. La fuerza vinculante de la Constitución. ¿Hacia un sistema de control constitucional difuso?

Como ha señalado GUASTINI, una de las condiciones para que un sistema jurídico sea considerado un sistema que cumple con los presupuestos del Estado Constitucional, dice relación con la consideración de la Constitución, dentro de una cultura jurídica determinada, como un conjunto de normas que resultan obligatorias para todos sus

¹⁵ Junto con ellos, otros caracteres que conforman el Estado Constitucional de Derecho son la existencia de una Constitución rígida, la consagración de procedimientos para la garantía jurisdiccional de la Constitución y la existencia de un sistema de interpretación de leyes conforme con la Constitución. Para esta identificación de las condiciones se han seguido especialmente las caracterizaciones de GUASTINI, Ricardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 50-51; BÖCKENFÖRDE, op. cit. en nota 14; y DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987.

destinatarios, pudiendo producir efectos jurídicos directos, aun a falta de normas legales que determinen o concreten los principios constitucionales¹⁶. Esto, por cierto, implica también una operatividad inmediata de las normas de derechos fundamentales, las cuales podrán ser invocadas por los ciudadanos aún cuando no exista un desarrollo legal que las concrete¹⁷.

En otras palabras, bajo esta concepción, un sistema jurídico se encontrará mayormente constitucionalizado si las normas constitucionales y en particular las normas sobre derechos fundamentales, más que ser concebidas como un conjunto de disposiciones programáticas o una especie de manifiesto político dirigido al legislador, son consideradas como normas que pueden ser invocadas directamente por parte de sus destinatarios, ya sea como derechos subjetivos concretos que pueden invocarse ante los órganos jurisdiccionales para fundar una determinada pretensión o como un conjunto de valores objetivos que determinan el contenido del ordenamiento y que juegan un rol como parámetro de constitucionalidad en el control constitucional de la legislación. Ello implica, como ha señalado DE OTTO, “que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma”¹⁸.

Al respecto, resulta fuera de toda discusión que bajo estas consideraciones, el sistema jurídico chileno puede ser descrito como un sistema firmemente constitucionalizado. En efecto, en la actualidad, a partir de lo dispuesto en el inc. 2 del art. 6 CPR (“[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos grupos como a toda persona, institución o grupo”), tanto la doctrina como la jurisprudencia dominantes —aquellos operadores que de mejor modo representan lo que se ha venido denominando como la *cultura jurídica*— han defendido la fuerza vinculante de la Constitución, así como su plena operatividad jurídica, señalando que la norma constitucional resulta directamente aplicable aun a falta de una regulación por parte del legislador¹⁹. En este sentido, se señala que la aplicación directa de la Constitución es la consecuencia obvia de la supremacía constitucional: si la norma constitucional es la norma superior dentro del sistema jurídico, entonces —señalan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias— debe ser aplicada a toda relación jurídica, aun a falta de una ley que concrete los mandatos de la Constitución, por parte de todos los órganos del Estado y, por ende, también por parte de los tribunales ordinarios para la resolución de conflictos ordinarios²⁰.

¹⁶ Al respecto, ver GUASTINI, op. cit. en nota 16, pp. 52-53.

¹⁷ Según De Otto, de lo anterior se “derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, pues el sistema de eficacia directa implica que la Constitución por sí misma atribuye derechos y libertades sin necesidad de que intervenga el legislador”. Ver DE OTTO, op. cit. en nota 16, p. 77.

¹⁸ DE OTTO, id. p. 76.

¹⁹ En un sentido meramente ejemplar, ver BULNES, Luz. La fuerza normativa de la Constitución. Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pp. 137-142; y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución. Revista de Derecho Público, N° 63, 2001, pp. 77-102.

²⁰ De manera meramente ejemplar, Andrés Bordalí ha señalado que el modelo de control de supremacía constitucional perfilado en Chile implica que la protección de los derechos fundamentales desarrollada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema por medio de los procesos de Protección y Habeas Corpus, es la que debería desarrollar

Ahora bien, más allá de cuáles sean las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia, es la propia Constitución chilena la que manifiesta que a lo menos las normas sobre derechos fundamentales están lejos de ser un “mero programa” o un “conjunto de buenas intenciones” que se encuentran dirigidas al legislador con el fin de que éste las concrete en las diversas reglamentaciones que dicte. En efecto, en la Constitución chilena no solo existen una serie de normas que regulan de manera directa diversos órganos y establecen competencias y procedimientos de manera independiente a los dictados del legislador, sino que además consagra algunos derechos que pueden ser invocados por los ciudadanos aun cuando no se encuentren reglamentados por normas especiales. Así, por ejemplo, el artículo 21 CPR dispone que el recurso de amparo podrá ser interpuesto por todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto ya sea en la Constitución “o” en las leyes.

No obstante esta operatividad de la Constitución dentro del sistema jurídico chileno, es necesario realizar algunas precisiones respecto de lo que ello implica, con el fin de evitar confusiones que, como se verá, pueden provocar un gran daño tanto a la racionalidad del sistema jurídico sub-constitucional como al sistema democrático propiamente tal.

En primer lugar, la idea de la fuerza vinculante de la Constitución y la producción de efectos jurídicos directos, no puede ser confundida con la idea relativa a la exigibilidad de los derechos fundamentales. Y ello porque la exigibilidad no es sino uno de los efectos jurídicos de que puede estar dotada una Constitución. De hecho, la propia Constitución chilena demuestra que los derechos fundamentales no solo pueden ser objeto de protección mediante un recurso destinado a salvaguardar la exigibilidad directa como derecho subjetivo (art. 20 CPR), sino que además pueden tener un peso específico tanto en el control constitucional de la legislación como en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Por ende, el principio de fuerza vinculante no puede ser una justificación suficiente para defender la exigibilidad directa de todo tipo de derechos consagrados en la Constitución.

En segundo lugar, una cuestión más problemática es que, como ya se ha dicho, a partir del principio de fuerza vinculante se ha pretendido derivar una regla de competencia para que sean todos los tribunales, sin distinción, los que puedan dejar de aplicar normas legales en caso de contradicción con los principios y valores de la Constitución. En palabras de IGNACIO DE OTTO, al menos en su *fórmula pura*, el principio de aplicación directa de la Constitución “tiene como primera consecuencia que el aplicador del derecho ha de examinar si la norma a aplicar es o no conforme con la Constitución para rechazar la norma inconstitucional como derogada, si es anterior, o nula, si es posterior”²¹.

todo tribunal de la República, puesto que es deber de todo tribunal aplicar los preceptos constitucionales como derecho inmediatamente vigente. Al respecto, BORDALÍ, Andrés. Tribunal Constitucional Chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional? Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 47-73.

²¹ DE OTTO, op. cit. en nota 16, p. 78.

Como se puede apreciar, una interpretación de este tipo acerca del principio de fuerza vinculante trae aparejada efectos radicales para la operatividad del sistema jurídico. Y ello porque mediante una interpretación como aquella, lo que se estatuye es una especie de control constitucional difuso, en virtud del cual el control de la supremacía constitucional respecto de la ley y las demás fuentes normativas, le corresponde a todos los tribunales de la República por igual. Así, se produce una habilitación no solo para que los jueces de instancia apliquen directamente la Constitución por sobre lo estatuido en la ley, sino que además para que dejen de aplicar una norma legal en caso que estimen que existe una antinomia con otra de naturaleza constitucional.

Sin embargo, existen distintas razones que permiten sostener que el principio de fuerza vinculante de la Constitución no debiera tener alcances tan radicales.

Por una parte, y aunque parezca evidente, los tribunales no deben prescindir de las regulaciones establecidas por el legislador cuando ha sido la propia Constitución la que ha establecido que a lo menos parte de la determinación del contenido de los derechos fundamentales le corresponde a la ley. En este sentido, expresiones tales como que “[n]adie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” (art. 19 N° 3 inc. 4 CPR); que la Constitución asegura a todas las personas “[e]l derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley (...)” (art. 19 N° 19 CPR); o “[e]l derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las *normas legales* que la regulen” (art. 19 N° 21 inc. 1 CPR), manifiestan que ha sido el propio constituyente el que ha otorgado competencias al legislador para que sea éste el que vaya configurando, a lo menos en parte, el contenido de los derechos fundamentales. En este sentido, cuando los tribunales conozcan de un asunto en que resulten envueltas normas constitucionales que efectúen un *reenvío* al legislador, precisamente deberán aplicar aquellas normas de carácter legal que configuran o complementan el contenido de los derechos fundamentales involucrados en el conflicto que se somete a su conocimiento.

Por otra parte, los tribunales tampoco debieran prescindir de las regulaciones establecidas por el legislador cuando, aun a falta de un mandato constitucional de regulación legislativa, éste ha establecido normas con el fin de dar desarrollo a los derechos fundamentales. En este sentido, no debe olvidarse que uno de los principales efectos de las normas constitucionales y sobre derechos fundamentales es precisamente servir de guía interpretativa al legislador en su actuar regulatorio, de modo tal que éste, en virtud de lo que se ha denominado como “libertad de configuración normativa”, puede ir *desarrollando* la Constitución.

Pero es más. Los tribunales de instancia tampoco debieran dejar de aplicar una norma legal cuando ésta, según su parecer, pudiera resultar contraria a una norma constitucional. Ello, ni a pretexto de que lo que se pretende garantizar son los derechos fundamentales establecidos a nivel constitucional. Las razones de ello son diversas.

Primero, desde un punto de vista dogmático, aunque a primera vista parece pacífico que una antinomia entre una norma jerárquicamente superior y otra inferior debe resolverse siempre a favor de la primera²², la verdad es que ello es solo parcialmente correcto, pues en caso que exista una norma superior-general que resulta incompatible con una norma inferior-especial, el criterio jerárquico no resuelve el conflicto. Ello porque mientras este criterio señala que la norma que debe preferir el intérprete es aquella jerárquicamente superior, en virtud del criterio de especialidad, por lo general deberá preferirse la norma de jerarquía inferior, que viene a detallar o especificar lo dispuesto por otra regla de mayor jerarquía. Particularmente, esta relación de especialidad es la que se puede apreciar entre una norma de carácter legal y aquellas normas abstractas, vagas e indeterminadas que, por lo general, contiene la Constitución en materia de derechos fundamentales.

Producto de lo anterior se sostiene que en caso de una antinomia entre normas legales y constitucionales, lo que surge es una antinomia de segundo grado, esto es, un conflicto entre criterios de solución de conflictos de normas, el cual requiere de consideraciones externas a efectos de ser resuelto. Es por ello que, como ha señalado BOBBIO, si bien en un conflicto entre una norma constitucional-general con otra legal-especial, teóricamente existen razones para que prevalezca la primera –pues de lo contrario, se relativizaría el valor de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico– “en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial, aunque sea ordinaria, sobre la constitucional”²³.

Ahora bien, consideraciones externas que permiten resolver este conflicto de segundo grado son las reglas de competencia y los principios político-constitucionales.

En relación a las primeras, si es que una regla de competencia ha reservado la inaplicabilidad de la ley por razones constitucionales a un órgano especializado, debe entenderse, a contrario sensu, que los demás órganos carecen de dicha facultad. De otro modo, la regla de competencia sería redundante.

Pues bien, en el sistema jurídico chileno esa regla existe y resulta plenamente vigente, según da cuenta el artículo 93 N° 6 CPR. En virtud de lo dispuesto por esta norma, los tribunales de instancia no deben dejar de aplicar normas legales en defensa de supuestos intereses constitucionales, porque en Chile existe un solo órgano competente para la inaplicabilidad por inconstitucionalidad: el Tribunal Constitucional (en adelante, también “TC”). Solo este órgano y solo bajo las condiciones descritas en dicha norma puede dejar de aplicar una ley por razones de constitucionalidad. Así, a menos que se hubiese declarado previamente la inaplicabilidad por parte del TC, la generalidad

²² Este ha sido el criterio adoptado, de manera general, por la doctrina constitucional chilena. A modo ejemplar, Patricio Zapata sostiene que “[e]xistiendo discrepancia entre la Carta Fundamental y la ley, o el proyecto de ley, la primacía jerárquica de la Constitución resuelve siempre la contradicción a favor de la norma superior”. Ver ZAPATA, op. cit. en nota 14, p. 298.

²³ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 204.

de los tribunales se encuentran jurídicamente obligados a aplicar las normas legales que resultan pertinentes para un conflicto jurídico determinado, aun cuando desde su particular parecer, pudieran resultar inconstitucionales.

Por otra parte, un principio político-constitucional que lleva a concluir que una contradicción entre una norma constitucional y otra de carácter legal debe ser resuelta por parte de los tribunales de instancia a favor de esta última, es el principio democrático. Las razones de ello las ha expuesto la Corte Suprema en el fallo *Verdugo Pincheira y Cía. con SIP*²⁴, la que haciendo suyas las palabras de CALAMANDREI, ha señalado que:

tiene frecuentemente la norma constitucional alcance al mismo tiempo más vasto y menos preciso, toda vez que, más que a dictar preceptos, se extiende a indicar los principios de orden general a que deben ajustarse las leyes ordinarias, de manera que *el decidir si una ley ordinaria es o no incompatible con tales principios*, no es ya un problema específico de sucesión de leyes, sino que *implica una visión y una interpretación panorámica de todo el ordenamiento constitucional* dentro del cual debe encuadrarse la ley ordinaria para que pueda sobrevivir, en una condición, como si dijéramos de homogeneidad constitucional, que *solo la Corte Constitucional puede valorar* (énfasis agregado).

Como se puede apreciar a partir de lo sostenido por la Corte Suprema, existen razones que van más allá de lo señalado por el derecho constitucional positivo, que hacen recomendable que sea solo un tribunal con especiales facultades el que pueda decidir si una determinada norma legal deba ser inaplicada en atención a razones o motivos constitucionales. La regla de mayoría y el hecho de que el Estado chileno se autodefina como una república democrática (art. 4 CPR), exigen una estricta deferencia a las normas establecidas por el legislador, de modo tal que sus prescripciones deben ser aplicadas por los jueces, salvo que de manera excepcional, algún tribunal con competencias especialmente establecidas por la propia Constitución, pueda ordenar la inaplicabilidad por razones constitucionales. Hoy esas facultades, como ya se ha señalado, sólo las tiene el TC, de modo tal que los tribunales de instancia necesariamente deberán adjudicar los conflictos sometidos a su conocimiento conforme al principio de especialidad: aplicando la norma legal de menor jerarquía, por sobre aquella de jerarquía superior.

En suma, y tal como se desprende de lo señalado, los tribunales de instancia jamás se encuentran facultados para preterir las normas legales que resuelven el conflicto sometido a su decisión en razón de supuestas razones constitucionales. Asimismo, y en atención al principio de inexcusabilidad consagrado en el art. 76 CPR, los tribunales sólo se encuentran facultados para aplicar directamente las normas constitucionales con independencia de cualquier otra norma, únicamente cuando no exista norma

²⁴ Fallo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dictado por la Excma. Corte Suprema con fecha 20 de diciembre de 2002, en los autos rol N° 3419-2001. Sobre un análisis más extenso del fallo, ver CORREA, Rodrigo y SANDROCK, Jorge, "Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad", Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Adolfo Ibáñez, número 1, 2004, pp. 589-597.

legal que permita resolver el conflicto sometido a su decisión²⁵. Sólo de ese modo se respeta la distribución de competencias que la Constitución chilena ha establecido entre los diversos poderes del Estado y sólo de esa forma se logra que los tribunales, en la protección de los derechos fundamentales, respeten las decisiones adoptadas por la mayoría.

En suma, el principio de fuerza vinculante de la Constitución no quiere decir en modo alguno que los órganos del Estado, en general, y los tribunales de justicia, en particular, se encuentren legitimados para inaplicar los mandatos del legislador. Menos aún en aquellos casos en que por expresa disposición de la Constitución, el desarrollo de los derechos fundamentales ha sido reservado a la ley y su inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido reservada a órganos especiales. Así, una cosa es que la Constitución pueda producir efectos jurídicos y pueda aplicarse directamente en casos concretos –sobre todo en aquellos casos en que no existe norma de carácter legal que pueda ser invocada– y otra distinta es que, esgrimiendo la aplicación directa, la totalidad de los jueces desatiendan e inapliquen las disposiciones dictadas por parte del legislador.

Lamentablemente, lo anterior no ha sido asumido con la debida rigurosidad en el contexto de aplicación, lo que ha generado una creciente justicia deslegalizada por parte de los jueces de instancia, los cuales, cada vez con mayor recurrencia, resuelven los asuntos sometidos a su decisión desatendiendo lo dispuesto en la ley y aplicando, en cambio, aquellas normas vagas e indeterminadas propias de la Constitución. Es por ello que en palabras de FERRADA, el principio de fuerza vinculante y de aplicación directa e inmediata de la Constitución se ha ido desperfilando, “al simplificar todos los conflictos jurídicos en una simple confrontación de derechos constitucionales de baja densidad normativa, donde la solución jurisprudencial no descansa en reglas generales y abstractas emanadas del legislador –normas legales de desarrollo como en el sistema europeo continental– o del propio juez –sobre la base de precedentes, como en el sistema anglosajón–, sino en resoluciones dictadas caso a caso, que se muestran inconsistentes y de contenido variable según las partes y elementos metajurídicos en juego”²⁶.

Como se verá más adelante, este fenómeno que es posible apreciar en los fallos de cientos de tribunales de jurisdicción ordinaria, es lo que hoy permite sostener que el sistema jurídico chileno se encuentra bajo un creciente proceso de vulgarización que aún no ha sido evaluado con la debida atención.

²⁵ El art. 76 CPR dispone que reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

²⁶ FERRADA, Juan Carlos. Los derechos fundamentales y el control constitucional. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 129-130.

3.2. La irradiación del Derecho común por parte del Derecho Constitucional

Como se ha señalado con anterioridad, una de las condiciones del Estado Constitucional es que las normas constitucionales sean consideradas con fuerza vinculante, esto es, con capacidad de producir efectos jurídicos con independencia de las intermediaciones del legislador. Según se sostiene, la primera consecuencia que se derivaría de ello, es la aplicabilidad del derecho constitucional y de las normas sobre derechos fundamentales, en particular, a los demás ámbitos del sistema jurídico, los cuales, consecuentemente, se irían constitucionalizando o irradiando por los valores y principios de la Constitución, de modo tal que la totalidad del sistema jurídico se encuentre en concordancia con los presupuestos éticos del ordenamiento. Así, y como lo ha expuesto BÖCKENFÖRDE, otros ámbitos del Derecho quedan, en cierto modo, conformados constitucionalmente, surgiendo una “situación de mixtura entre el denominado derecho ordinario y el derecho constitucional”²⁷.

Como se puede advertir, las consecuencias que esto implica para el sistema de derecho común resultan radicales, pues se abre todo un espectro de consideraciones normativas propias del Derecho Público que pueden ser invocadas por los particulares en conflictos típicos del Derecho Privado, como aquellos que dicen relación con el régimen de los bienes o de la responsabilidad y que se encuentran densamente regulados por parte del legislador.

Ahora bien, según consenso generalizado, el reconocimiento institucional del efecto de irradiación de las normas constitucionales sobre el ordenamiento sub-constitucional se remonta al fallo dictado por el TCFA en el famoso caso Lüth²⁸, oportunidad en que este órgano expresó que:

²⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit. en nota 14, p. 111.

En un sentido similar, Eduardo Aldunate ha señalado que la idea de irradiación da cuenta de cómo las exigencias materiales de la Constitución “se han ido percolando hacia los niveles subconstitucionales bajo la afirmación general de que todo el ordenamiento jurídico debe ser informado por la Constitución”. Al respecto, ver ALDUNATE, Eduardo. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13-38.

²⁸ En este caso, el TCFA conoció de una acción de amparo constitucional interpuesto por Lüth, en atención a una supuesta infracción de su derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn.

En concreto, Lüth, miembro del directorio del Club de Prensa de Hamburgo, había llamado a un boicot en contra de una película dirigida por uno de los principales directores y guionistas vinculados al régimen nacionalsocialista. Ante dicho llamado, la empresa cinematográfica había obtenido del tribunal del estado federado de Hamburgo una sentencia que ordenaba a Lüth abstenerse de llamar nuevamente a un boicot en contra de la película, en razón de lo dispuesto en el art. 826 BGB, que dispone que es obligado a la reparación del daño quien a sabiendas causa daño a otro a través de un comportamiento contrario a las buenas costumbres.

El TCFA acogió el recurso de amparo interpuesto por Lüth en contra de la sentencia del estado federado de Hamburgo disponiendo que al interpretar el art. 826 BGB, el tribunal del estado federado había desconocido el efecto del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn.

La influencia de los estándares de derechos fundamentales se hace efectiva principalmente en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, esto es, de los principios que en razón del bien común son vinculantes incluso para la configuración de las relaciones entre particulares, y por tanto, son excluidos de la autonomía de la voluntad. Estas disposiciones tienen por su finalidad una cercanía con el derecho público, al que se pliegan, complementándolo. Esto las expone en una especial medida a la influencia del derecho constitucional. A la jurisdicción se le ofrecen como oportunidades de concreción, en particular, las cláusulas generales, las que, como en el caso del artículo 826, remiten al juzgamiento del comportamiento humano a criterios externos al derecho civil, y más, a criterios extrajurídicos, como lo son las buenas costumbres. Ya que en la decisión sobre lo que las prescripciones sociales exigen en cada caso, debe tomarse como punto de partida el conjunto de representaciones valóricas que un pueblo ha alcanzado en un determinado punto de su evolución espiritual y cultural, y que ha fijado en su constitución. Es por esto que las cláusulas generales han sido acertadamente calificadas como las zonas de fractura a través de las cuales los derechos fundamentales penetran en el derecho civil.

Como se puede apreciar a partir de estas consideraciones del TCFA, el denominado efecto de irradiación constitucional, no implica en modo alguno una invitación a que los jueces puedan prescindir, al momento de adjudicar, de las especiales regulaciones impuestas por parte del legislador; o que, los jueces se encuentren facultados, sin más, para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su decisión en base a la aplicación exclusiva de las normas constitucionales.

Muy por el contrario, en virtud del efecto de irradiación –al menos en la forma que lo concibió originariamente el TCFA– se entiende única y exclusivamente que las cláusulas generales que se encuentran dentro del ordenamiento infra-constitucional, pueden ser dotadas de contenido a partir del conjunto de valores que impone la Constitución. En otras palabras, tal como ha sostenido el TCFA, es por medio de las cláusulas generales que el derecho constitucional puede influir sobre las prescripciones del resto del ordenamiento. Dicha influencia se producirá en la medida que las normas constitucionales sean consideradas como criterios interpretativos que dotan de contenido a las cláusulas abiertas e indeterminadas que siempre se encuentran presentes dentro del ordenamiento sub-constitucional, como son aquellas que dicen relación con la buena fe, las buenas costumbres, el orden público y el derecho público en general.

Teniendo presente lo anterior, lo cierto es que el sistema jurídico chileno no escapa de este fenómeno de la irradiación del derecho constitucional. Es así como hoy se ha vuelto común dentro de la jurisprudencia chilena de instancia, que las consideraciones expresadas en sus fallos, junto con elaboraciones dogmáticas propias del derecho común, se encuentren revestidas de argumentos que tienen su base en reglas y principios constitucionales. Ello, aun cuando el Estado no se encuentre involucrado directamente en el conflicto que se debe resolver.

Sin embargo, en esta aplicación de la CPR a los conflictos que tradicionalmente han sido considerados como parte del orden sub-constitucional, las distinciones que pueden extraerse de la sentencia dictada por el TCFA lamentablemente han sido obviadas en un número importante de casos por parte de los tribunales de instancia, los cuales, en una muestra de activismo judicial sencillamente desorbitado y con más recurrencia de la esperada, han prescindido de las especiales regulaciones del legislador al momento de fundar sus fallos, invocando directamente las normas constitucionales a efectos de resolver los conflictos sometidos a su decisión, consolidando una jurisprudencia con decisiones ad hoc y características de jurisdicción de equidad.

En este sentido, resulta ilustrativa una resolución dictada con fecha 31 de enero de 2008 por el 27° Juzgado Civil de Santiago en los autos caratulados Olivares con Chilvisión, rol N° 22.596-2007. En dicho caso, la demandada solicitaba la nulidad de todo lo obrado en atención a la incompetencia absoluta del 27° Juzgado Civil para conocer del asunto. Según la demandada, dicha incompetencia se basaba en el hecho de que uno de los demandantes tenía la calidad de Fiscal Judicial de Corte de Apelaciones y, por ende, de miembro de los tribunales superiores de justicia, de modo tal que se encontraba revestido de fuero para todos los efectos legales. En consecuencia, e invocando lo dispuesto en el artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales, la demandada sostenía que quien debía conocer del asunto era un Ministro de Corte de Apelaciones²⁹. Frente a esta argumentación, el Juzgado falló lo siguiente:

Quinto: Finalmente, cabe además hacer presente, que el propio Tribunal al que la parte demandada le reconoce competencia para conocer del presente asunto manifestó no serlo, justamente, por considerar que el demandante don [XX], y la investidura que este conlleva como Fiscal Judicial, no admitía que la acción deducida por él y los demás demandantes, fuere conocida por un Ministro de Corte de Apelaciones, cuestión que de obviarse no solo provocaría la nulidad de lo obrado hasta aquí en el expediente sino acarrearía la más absoluta de las indefensiones para el señor [XX], como lo sería el carecer de un Tribunal donde ejercer su acción, hecho que es reprochable y contraría al mandato constitucional contenido en el artículo 73 de la Constitución Política de la República.

Como se puede apreciar a partir de este considerando, el tribunal invoca directamente normas constitucionales para rechazar el incidente de nulidad promovido por la demandada, omitiendo cualquier consideración relativa a lo verdaderamente discutido por las partes, esto es, si un Fiscal Judicial de Corte de Apelaciones tiene o no la calidad de miembro de los tribunales superiores de justicia, si como tal se encuentra o no revestido

²⁹ El artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “[u]n ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 2°. De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros de Chile, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los Ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares.

de fuero y si, por ende, se encontraban infringidas las normas de competencia a las que hace alusión el Código Orgánico de Tribunales. Todas las normas relativas a estos asuntos, que por cierto eran de relevancia capital a efectos de resolver adecuadamente el caso, sencillamente no fueron consideradas en modo alguno por parte del tribunal, en vista de que según el parecer de éste, había una norma constitucional –aquella que dispone que los jueces no pueden excusarse de ejercer su autoridad– que lo hacía irrelevante o innecesario.

Pues bien, en virtud de las implicancias del principio de irradiación en los términos que lo entendía el TCFA, ¿podía el 27° Juzgado Civil fallar del modo en que lo hizo? Sin duda que no. Y ello porque el efecto de irradiación no implica ni un efecto derogatorio de la norma infra-constitucional en virtud de su contradicción con la Constitución ni una facultad de inaplicabilidad de la ley por parte del juez de instancia. Pretender lo contrario llevaría al absurdo de que la vigencia del principio constitucional de inexcusabilidad, en virtud del cual los jueces *deben* conocer los asuntos sometidos a su decisión, produciría el efecto de que todas las normas de competencia carecerían de validez en caso de contradicción con dicho principio.

Dado que lo anterior no puede ser una opción válida en un sistema que pretenda tener un mínimo de racionalidad interna y de respeto por el legislador, y dado que en el caso al que se ha hecho referencia las normas legales relativas al fuero y a las reglas de competencia no se encontraban derogadas, sino que plenamente vigentes, ellas necesariamente debían ser aplicadas al caso concreto por parte del juez para fallar el asunto sometido a su decisión³⁰, aun cuando el juez hubiera estimado que el principio de inexcusabilidad consagrado en el art. 73 CPR “irradiaba” al resto del ordenamiento.

Por el contrario, un fallo distinto, y que sí resulta consistente con los presupuestos asentados por el TCFA en el caso Lüth, es el dictado con fecha 25 de enero de 2007 por el 1° Juzgado Civil de Santiago en la causa *Adiserv con Bordachar*, rol N° 7528-2003.

En concreto, en esta causa, quien promovía la acción, solicitaba que el demandado cumpliera con una obligación de no competencia que se encontraba estipulada en un contrato de trabajo celebrado entre las partes y, por lo tanto, se abstuviera de seguir ejerciendo una actividad comercial que había comenzado a desarrollar una vez terminada la relación laboral con el demandante y que era de idéntica naturaleza a la que se dedicaba este último. A partir de estos antecedentes, en su sentencia el tribunal dispuso que:

DÉCIMO: Que, respecto de la cláusula décimo primera del contrato de trabajo, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política del Estado, que establece que la libertad de trabajo y su protección, indi-

³⁰ Los errores en que incurre el fallo son aún más evidentes si se considera que la norma constitucional invocada por parte del Tribunal para evitar la aplicación de la legislación dispone que los tribunales “no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”, dando a entender exactamente que los tribunales, en primer lugar, deberán ejercer su autoridad precisamente de conformidad con lo dispuesto por el legislador.

cando que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Que, la norma constitucional descrita establece el principio de la libertad de trabajo, indicando en forma expresa las únicas vías para limitarlo.

Que, según lo expuesto, las partes de un contrato de trabajo no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada una vez extinguida la relación laboral, ya que dicho pacto afecta la libertad de trabajo.

Que, el artículo 1462 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno.

Que, de este modo, la cláusula décimo primera del contrato de trabajo suscrito entre la sociedad [XX] y don [XY], es inconstitucional y adolece de objeto ilícito según las normas expuestas.

Como se puede apreciar, en este caso la aplicación de las normas constitucionales a las que hace alusión el tribunal, no implican en modo alguno la inaplicación de normas legales en el caso concreto. Por el contrario, el adjudicador invoca las normas constitucionales como pertinentes en el conflicto sometido a su decisión en virtud de lo dispuesto por el propio legislador en el artículo 1462 del Código Civil. Así, la Constitución resulta aplicada de manera directa en el caso concreto, reconociendo su valor como fuente del Derecho, pero en perfecta concordancia con las normas infraconstitucionales y sin que exista una desatención de estas últimas³¹.

Ahora bien, a esta forma de irradiación, que implica la aplicación de aquellas normas abiertas e indeterminadas que por lo general constituyen las normas sobre derechos fundamentales, podría objetársele el hecho de que conlleva un aumento en los niveles de incertidumbre jurídica y de discrecionalidad judicial. Sin embargo, lo cierto es que esta forma de aplicar la Constitución a través de las cláusulas generales que contiene el derecho común no implica un mayor riesgo de discrecionalidad que el que ordinariamente poseen los jueces de instancia al dotar de contenido a fórmulas evidentemente abiertas e indeterminadas, como son las nociones de orden público o buenas costumbres. Por el contrario, en virtud de la irradiación de los valores constitucionales, dichas fórmulas, en vez de basarse exclusivamente en las consideraciones morales del juez o en sus interpretaciones acerca de lo que constituyen la moral social, deberán tener un punto de contacto con el conjunto de valores que implica la Constitución y las normas sobre derechos fundamentales en particular.

³¹ Una cuestión distinta y que implica un análisis más detallado que el que se ha expuesto, es si efectivamente del derecho fundamental al trabajo establecido en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, se deriva la “inconstitucionalidad” de toda cláusula de no competir incluida en un contrato. Ello porque tal como se ha señalado en el Derecho Comparado, así como en nuestra jurisprudencia, dicho tipo de cláusulas, bajo cierto tipo de circunstancias o limitaciones, no afectarían la esencia del derecho en cuestión.

Así, en la medida que las cláusulas generales del derecho común sean dotadas de contenido por las normas constitucionales, existirá un mayor nivel de control sobre las decisiones del adjudicador que el que normalmente existe cuando se apela directamente a consideraciones como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres. Y ello por cuanto si bien los principios constitucionales pueden ser determinados con cierto grado de discrecionalidad por parte del juez –dado su carácter de mandatos de optimización– a lo menos responden a una determinación previa del constituyente y poseen algunos *contornos* establecidos en la propia Constitución.

En suma, este tipo de irradiación a través de las cláusulas abiertas e indeterminadas del orden sub-constitucional no solo resulta consecuente con una deferencia al legislador democrático, sino que incluso puede significar, a lo menos marginalmente, un mayor nivel de control sobre las decisiones del juez cuando éste debe dotar de contenido a dichas cláusulas.

3.3. El efecto horizontal de los derechos fundamentales

El efecto de irradiación al que se ha hecho referencia en el apartado anterior ha sido caracterizado tradicionalmente como un *efecto indirecto* que tendrían las normas constitucionales y, en especial, las normas sobre derechos fundamentales, en tanto principios objetivos, sobre el ordenamiento sub-constitucional.

Sin embargo, en los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos, a este efecto indirecto generalmente se suma el reconocimiento a nivel positivo –que recurrentemente se encuentra acompañado de una cada vez mayor aprobación por parte de la doctrina y jurisprudencia– de un efecto directo, según el cual las normas sobre derechos fundamentales, además de sus consecuencias como principios objetivos, generan derechos subjetivos que no solo resultan oponibles al Estado, sino que también a otros particulares, quienes también pasan a ser considerados como eventuales sujetos pasivos frente al titular de un derecho fundamental³².

En otras palabras, en virtud de este efecto directo, se entiende que los derechos fundamentales constituyen una fuente inmediata de derechos y obligaciones en las relaciones ciudadano/ciudadano, de modo tal que no solo se conciben como ámbitos de exclusión frente al poder estatal –como ocurría, de hecho, bajo la concepción clásica de los derechos fundamentales– sino que también de un modo estrictamente horizontal³³.

³² Según ALDUNATE, op. cit. en nota 28, p. 25, esta distinción entre efecto indirecto y directo de los derechos fundamentales ha sido desatendida en Chile, creando una confusión evidente. En concreto, y a diferencia de lo que se ha entendido por la generalidad de la doctrina nacional, “lo que se encuentra tras la denominación de la *Drittwirkung* o eficacia relativa de los derechos fundamentales, en el derecho alemán y español, respectivamente, no es otra cosa sino el efecto de irradiación de estos derechos a la esfera del derecho privado (...)”, y no así la posibilidad de que los derechos fundamentales se constituyan en una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares.

³³ No obstante lo anterior, y siguiendo a Robert Alexy, valga una prevención: los derechos que se tienen frente a un ciudadano, estructuralmente no son del mismo tipo de derechos que se tienen frente al Estado. Basta considerar

Este efecto horizontal de los derechos fundamentales resulta ampliamente reconocido dentro del sistema jurídico chileno por parte de los operadores³⁴. Su justificación positiva, por regla general, se ha realizado a partir del inc. 2 del art. 6 CPR –“los preceptos de esta Constitución obligan (...) a toda persona, institución o grupo”– y del art. 20 CPR, en tanto esta disposición establece la procedencia del recurso de protección frente a cualquier privación, perturbación o amenaza, sin distinguir si la misma resulta imputable al Estado o también a un particular.

Si bien ninguna de las normas citadas resulta concluyente para fundar el efecto horizontal, la práctica jurisprudencial chilena confirma inequívocamente la recepción de la tesis de la horizontalidad, no solo en cuanto los derechos fundamentales han sido reconocidos recurrentemente como el fundamento de diversas pretensiones entre privados ante la justicia ordinaria, sino que además en tanto la admisibilidad del recurso de protección ha sido ampliamente reconocida frente a todo tipo de infracciones a los derechos fundamentales, ya sea que ellas provengan de personas jurídicas, colectivos o individuos propiamente tales³⁵. En último término, en la práctica, lo relevante para determinar la admisibilidad y procedencia del recurso ha sido más bien la constatación de si existen o no afectaciones de situaciones jurídicas que requieran respuestas institucionales urgentes antes que la calidad que pueda tener el sujeto pasivo³⁶.

Ahora bien, este efecto horizontal que se pretende atribuir a los derechos fundamentales, bajo una lectura superficial no solo parece inocuo, sino que además parece ser –según sus defensores– la única forma de proteger adecuadamente los bienes jurídicos que subyacen a los derechos fundamentales. En efecto, los horizontalistas sostienen que para que los intereses que se encuentran tras los derechos fundamentales se resguarden de manera debida, no solo resulta necesario establecer mecanismos destinados a hacer frente a las intervenciones del Estado, sino que también contra las afectaciones que pudieren cometer otros ciudadanos. Particularmente, ello tendría sentido cuando los

que “un ciudadano no puede tener, por ejemplo, frente a otro ciudadano, ningún derecho a que éste expida o no determinadas leyes”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 477.

³⁴ Al respecto, ALDUNATE, op. cit. en nota 28, p. 14, ha señalado que “el efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales es aceptado sin discusión –y, habría que agregar, sin mayor reflexión– en nuestro país”. Sin embargo, lo cierto es que además de las propias críticas que Aldunate ha expresado respecto del efecto horizontal, es posible encontrar algunas otras opiniones que, al menos desde un punto de vista de teoría constitucional, sí realizan objeciones frente al efecto horizontal de los derechos fundamentales. En este sentido, ver JANA, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. En: ALEGRE, Marcelo y otros. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, p. 320; también CORREA, Rodrigo. *En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales*. En: Congreso Mundial de Derecho Constitucional (VI, Santiago de Chile, 13 de enero de 2004), inédito. Citado con autorización del autor.

³⁵ En este sentido, según Gómez, “[a] mediados de la década del noventa, se afianzó la práctica de impugnar indiscriminadamente todo tipo de situaciones o actos entre particulares por medio de esta acción constitucional” que constituye el recurso de protección. Al respecto, ver GÓMEZ, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 61.

³⁶ A partir de un análisis de la práctica judicial en materia de recurso de protección, Gómez ha señalado que este recurso ha devenido más bien en una acción de urgencia destinada a mantener el statu quo y no en un mecanismo especial de garantía de derechos fundamentales. GÓMEZ, id.

particulares se encuentran revestidos de un poder fáctico tal, que materialmente resultan difíciles de distinguir de los órganos que desarrollan funciones públicas³⁷.

Sin embargo, bajo una lectura más cuidadosa, el denominado efecto horizontal ha sido objeto de innumerables críticas. Por ejemplo, se ha señalado que, materialmente, a la Constitución solo le corresponde establecer los principios básicos que regulan los órganos del Estado y las relaciones entre éstos y los individuos; que producto del efecto horizontal se introduce una limitación indebida en la autonomía privada por cuanto la Constitución, en vez de limitarse a proteger los derechos fundamentales frente al Estado, impone a los ciudadanos la obligación de respetar los derechos de los demás; etc.³⁸

No obstante, más importantes que las anteriores son aquellas críticas que, por una parte, ven en el efecto horizontal de los derechos fundamentales una potencial disolución de las tradiciones argumentativas y construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos infra-constitucionales y, por la otra, un aumento desorbitado de las potestades de los jueces al poder prescindir de dichas construcciones en los casos concretos y poder aplicar directamente aquellos estándares normativos ambiguos e indeterminados que suponen los derechos fundamentales. La relación entre ambas críticas resulta evidente, pues como ha sostenido CORREA, “la destrucción de esas tradiciones libera así al juez, haciendo más incierto el mérito de los razonamientos judiciales y el texto de la leyes”³⁹.

Al respecto, es preciso notar que estas dos críticas adicionales a las que se ha hecho alusión dejan entrever algo que hasta el momento no se ha expresado respecto de la teoría del efecto horizontal. Y ello es que, por regla general, quienes defienden la horizontalidad no sólo entienden que los derechos fundamentales pueden hacerse valer en la dimensión ciudadano/ciudadano, sino que además, pueden ejercerse con prescindencia de las disposiciones de carácter legal. En este sentido, tras la teoría del efecto horizontal existe la pretensión de que “un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental, sin necesidad de un acto del legislador o alguna otra mediación o cualificación”⁴⁰ o de que “los derechos fundamentales habrían de tener un efecto absoluto”⁴¹. Es esto, sin duda, lo verdaderamente problemático

³⁷ Como ha sostenido Andrés Jana, algunos defensores del efecto inmediato sostienen que “[l]a analogía que se encuentra entre las relaciones de poder público con algunas de las relaciones que se encuentran en la sociedad actual entre ciudadanos y grandes corporaciones o grupos de poder, social o económico, haría necesaria la extensión de los derechos fundamentales a estas relaciones”. Ver JANA, op. cit. en nota 35, p. 59.

³⁸ Sobre éstas y otras críticas que se realizan al denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales, y sobre una respuesta a las mismas, ver FERRERES, Víctor. La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 41-52.

³⁹ CORREA, op. cit. en nota 35.

⁴⁰ JANA, op. cit. en nota 35, p. 59.

⁴¹ ALEXI, op. cit. en nota 34, p. 470. Adicionalmente, y en el mismo sentido, ALEXI señala que Nipperdey, uno de los principales representantes de la teoría del efecto directo, concibe a este último como un “efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes—sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas—o crea otras nuevas, sean

tras la tesis de la horizontalidad y es esto lo que, en definitiva, produce un aumento considerable de inseguridad jurídica.

Así, este aumento de incertidumbre que trae aparejado el efecto horizontal no solo tiene como causa, como ha sostenido FERRERES⁴², el hecho de que en la aplicación de los derechos fundamentales las colisiones que puedan presentarse entre ellos se resuelvan por medio del método de la ponderación, sino que por el hecho más grave consistente en que las regulaciones del legislador sean inaplicadas por parte de los jueces. De este modo, aún cuando se estimase –tal como lo hace FERRERES⁴³– que el mecanismo de ponderación entre derechos fundamentales puede ser controlable mediante técnicas jurídicas adecuadas y por una teoría de la argumentación jurídica racional, la inseguridad jurídica seguirá latente en la medida que la ley pueda ser contingentemente aplicada o no, según la deferencia del juez, en aquellos casos en que se encuentren involucradas normas sobre derechos fundamentales.

Teniendo presente lo anterior, estas últimas críticas frente a la tesis del efecto horizontal, en verdad replican aquellas que se formulan ante la inaplicación de las normas legales en los casos en que existe involucrada una norma sobre derecho fundamental.

Así, en último término, es más bien producto de esta inaplicabilidad de la norma legal, que los verticalistas –esto es, quienes defienden que los derechos fundamentales solo deben obligar al Estado– ven en el efecto horizontal, una potencial disolución de las tradiciones argumentativas infra-constitucionales y un consiguiente aumento en las potestades de los jueces. Es producto de ello también que “los civilistas más reflexivos temen que el derecho privado pierda su forma, adquirida por la acumulación de experiencia y de razón, a consecuencia de la aplicación judicial directa de normas constitucionales cuyas condiciones concretas de aplicación permanecen indeterminadas”⁴⁴.

Por cierto, estos temores resultan fundados. Y ello por cuanto si se acoge una tesis en que los derechos fundamentales pueden invocarse también entre particulares, prescindiendo de las normas legales, el ordenamiento sub-constitucional se vuelve superfluo o, como ha sostenido Alexy en una primera aproximación, “[n]o podría explicarse por qué sería necesario conservar todavía a las normas de derecho civil”⁴⁵.

éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación” (ibíd., énfasis agregado).

⁴² FERRERES, op. cit. en nota 39, pp. 49-50.

⁴³ Según FERRERES, ibíd., si bien por la constitucionalización y la ponderación el derecho privado tradicional se ve “desestabilizado” en una primera etapa, “una vez que se empiezan a acumular precedentes y la doctrina empieza a adaptar las antiguas categorías a los nuevos principios constitucionales, la seguridad jurídica queda debidamente protegida”.

⁴⁴ BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 249. En un sentido similar, JANA, op. cit. en nota 35, p. 67, ha señalado que “una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevantes las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio”.

⁴⁵ ALEXY, Robert, op. cit. en nota 34, p. 480.

En términos prácticos y bajo esta caracterización del efecto horizontal, piénsese por ejemplo lo que significaría un caso de responsabilidad civil en que el demandante solicitara una indemnización de perjuicios por que un medio de prensa, al difundir aspectos de su personalidad, lesionó su derecho a la honra en los términos que lo consagra el artículo 19 N° 4 CPR. En virtud de un efecto horizontal que prescinde de las normas legales para resolver el conflicto, el demandado no podría invocar la denominada excepción de verdad consagrada en el artículo 30 de la Ley N° 19.733 (la denominada Ley de Prensa) y, a falta de un reconocimiento constitucional expreso, no tendría relevancia aquella excepción que se basara en el hecho de que la difusión tenía como presupuesto la existencia de un interés público real o que lo dado a conocer decía relación con hechos relativos al ejercicio de una función pública⁴⁶; asimismo, todas las categorías de la responsabilidad civil extracontractual correrían el riesgo de no ser consideradas en su integridad en base a una posible contradicción con las normas sobre derechos fundamentales.

Si bien el ejemplo resulta extremo y, por regla general, en casos de aplicación de derechos fundamentales los jueces consideran al menos *algunas* normas legales para resolver el conflicto sometido a su decisión, lo cierto es que la no aplicación de *todas* las normas legales por aparentes motivos constitucionales, resulta suficiente para entender que el problema es grave para la racionalidad del sistema infra-constitucional.

Haciéndose cargo de estas críticas al efecto horizontal, ALEXY ha señalado que los jueces no pueden apartarse, sin más, de lo dispuesto por el legislador. Según sus términos,

es necesario que el juez civil, en aras de una praxis de decisión coherente, que sirva los postulados de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato (...) [esté] sujeto prima facie al derecho civil válido, que se presenta en forma de leyes, precedentes y de dogmática sobre la cual existe consenso. Si, sobre la base de los principios de derecho fundamental, el juez civil quiere apartarse de esto, tiene que asumir la carga de la argumentación⁴⁷.

Si bien es cierto que una solución como la propuesta tiene la virtud de restringir la prescindencia absoluta de las normas legales que se puede sostener bajo una tesis radical del efecto horizontal, deja un margen importante para que todos los jueces puedan preterir las normas legales aplicables al caso. Para ello, según Alexy, basta que los jueces asuman y satisfagan la carga de la argumentación. Por lo mismo, tal solución no resulta adecuada desde el punto de vista de una teoría constitucional que pretende ser deferente con los postulados de una república democrática. Menos aún

⁴⁶ El artículo 30 de la Ley N° 19.733 dispone que “[a]l inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;
- b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere”.

⁴⁷ ALEXY, op. cit. en nota 34, p. 480.

cuando según el propio Alexy las condiciones de racionalidad de la argumentación son sólo realizables “aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan solo relativa”⁴⁸.

Dado que esa corrección definitiva resulta valiosa en un Estado de Derecho, creando expectativas y produciendo niveles adecuados de certidumbre, en virtud del efecto horizontal los jueces sencillamente no deben prescindir de las normas legales al resolver los conflictos sometidos a su decisión, ni aun a pretexto de la aplicación directa de normas sobre derechos fundamentales. Por lo demás, y como se ha sostenido antes, en Chile los jueces de instancia no se encuentran facultados para actuar en tales términos en razón de las competencias establecidas en la propia Constitución (art. 93 CPR).

En conclusión, una interpretación compatible del efecto horizontal con un sistema respetuoso de las competencias del legislador, es aquella que entiende que efectivamente los particulares pueden invocar los derechos fundamentales no solo frente al Estado, sino que también frente a otros particulares; pero ello, sin la implicancia adicional de que los jueces puedan obviar, en los conflictos entre ciudadanos, las reglamentaciones establecidas por la ley, los precedentes y las construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos sub-constitucionales que cumplen la función de otorgar certidumbre a la argumentación jurídica. En otras palabras, si bien los tribunales pueden resolver conflictos entre particulares teniendo en consideración los derechos fundamentales, no deben resolver dicho conflicto teniendo a la vista únicamente la extensión de sus derechos fundamentales como criterio de solución.

Lo anterior no significa en modo alguno limitar del todo el efecto horizontal. Solo como ejemplo, los derechos fundamentales podrán seguir siendo invocados como derechos subjetivos en casos de responsabilidad civil y podrán seguir sirviendo de fundamento de una indemnización en casos de violación o infracción a los mismos por parte de los particulares. No obstante, en el caso concreto, aun cuando el interés lesionado tenga su fuente en la Constitución, el conflicto deberá ser resuelto no solo en bases a las normas constitucionales que resulten procedentes y aplicables, sino que también en consideración a todas las reglas, argumentos y construcciones dogmáticas que conforman el complejo estatuto de la responsabilidad civil extracontractual. De este modo, se logra compatibilizar la posibilidad de invocar los derechos fundamentales como derechos subjetivos frente a otros ciudadanos, con la exigencia democrática y de certidumbre que supone aplicar las normas legales que resultan pertinentes para la adecuada solución de un caso concreto.

⁴⁸ ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004b, p. 176.

4. Neoconstitucionalismo y vulgarización

Dentro de la tradición del constitucionalismo y desde las declaraciones de derechos propias del periodo revolucionario, las constituciones, además de las normas sobre competencias y procedimientos, han consagrado una serie de normas sustantivas o de principios morales y políticos que denotarían el acto fundacional que pretende el constituyente. Así, la existencia de principios y valores en los textos constitucionales no es una novedad propia del Estado Constitucional de Derecho ni tampoco una realidad ajena al Estado legalista decimonónico.

Sin embargo, como ya se señaló en el apartado anterior, lo que sí resulta original bajo los presupuestos del Estado Constitucional, es que estas normas sustantivas dejan de considerarse como mandatos dirigidos única y exclusivamente al legislador y pasan a ser consideradas como normas jurídicas vinculantes, capaces de producir efectos jurídicos propiamente tales. Así, bajo los presupuestos del Estado Constitucional, los principios y valores constitucionales no solo se encuentran dotados de relevancia política, sino que además adquieren importancia tanto en el control de la legislación como en el contexto de aplicación, abriéndose un nuevo horizonte normativo a ser considerado por el adjudicador en la resolución de casos concretos.

Como se verá en lo que sigue, la aplicación de este tipo de normas por parte del juez, implica necesariamente la apertura del sistema constitucional a consideraciones argumentativas típicas del discurso moral o político. Ello, por cierto, parece inevitable a nivel constitucional. Sin embargo, y como se ha visto, el hecho es que producto de un modelo de constitucionalismo extremo o radical, según el cual los jueces pueden prescindir sin más de las normas infra-constitucionales que estimen contrarias a la Constitución, el modo de argumentación propiamente constitucional pretende expandirse a la totalidad del ordenamiento jurídico, con el consiguiente riesgo de deformalización y pérdida de racionalidad del sistema jurídico en general. Para evitar tales consecuencias y en consonancia con lo sostenido hasta el momento, en este trabajo se termina sugiriendo un modelo de constitucionalismo moderado o, lo que es igual, deferente con las potestades normativas del legislador democrático.

4.1. La “apertura” del sistema constitucional

Como se ha señalado con anterioridad, las normas que, en general, componen la denominada parte dogmática de la Constitución, difieren bastante en cuanto a su estructura de las restantes normas del ordenamiento sub-constitucional. Y ello por cuanto a diferencia de la determinación que generalmente caracteriza a las normas legales, las normas sustantivas y sobre derechos fundamentales establecidas en las Constituciones se estructuran, por lo general, como principios.

Estos principios, dado su carácter de normas vagas, ambiguas, imprecisas e indeterminadas, requieren ser dotados de contenido en los casos concretos que son sometidos al conocimiento de los jueces. En dicho proceso, por cierto, intervienen inevitablemente consideraciones extrajurídicas que dependen, en gran medida, de una toma de posición moral por parte del juez. Es por ello que, en definitiva y como ha sostenido HABERMAS, la «materialización» del derecho trae consigo una «remoralización»⁴⁹ del mismo.

Por una parte, lo anterior resulta inevitable por cuanto el carácter axiológico de los derechos fundamentales y su estructuración como normas de contenido indeterminado produce que en los casos concretos existan una serie de teorías morales rivales que compitan por dotar de contenido a cada derecho fundamental en particular. La consecuencia que esto trae aparejada, es que en el contexto de aplicación, la discusión respecto de cuál es el modo correcto de entender qué es lo que dispone un derecho fundamental en concreto, pasa a ser una discusión esencialmente abierta y permeable a pretensiones propias del discurso moral o político⁵⁰. En efecto, como ha señalado POZZOLO, en la actividad de individualización de contenido del derecho que realiza el juez, se presentan necesariamente aspectos valorativos, en la medida en que, sobre la base de un juicio moral, el juez termina prefiriendo alguna de las diversas concepciones que compiten por dotar de contenido a una norma constitucional⁵¹.

Por otra parte, la apertura a consideraciones extrajurídicas dentro del discurso constitucional es aún mayor si se toma en consideración que dada la estructuración de los derechos fundamentales como principios o valores, los conflictos que puedan presentarse entre ellos en los casos concretos no solo resultan de una más difícil resolución ante la inexistencia de reglas que establezcan las condiciones de precedencia entre los derechos involucrados, sino que además por el hecho de que, por regla general, dichos conflictos terminan siendo resueltos a favor de uno de los derechos en juego según las concepciones morales que tengan los jueces en particular⁵². Así, una colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, a falta de aplicación de reglas legales o de precedentes, probablemente será resuelta en uno u otro sentido, según si el juez que debe adjudicar el conflicto es más bien conservador o, por el contrario, resueltamente liberal.

Por cierto, en algunos casos, la elección moral que realizan los jueces, pretende esconderse mediante consideraciones ad-hoc que supuestamente dotarían la elección de cierto

⁴⁹ HABERMAS, op. cit. en nota 14, p. 319.

⁵⁰ Según Susana Pozzolo, dado que la constitucionalización ha consagrado los valores “a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, y ya que con ellas no ha sido positivizado también su concepción y su peso recíproco, estos mismos derechos o valores para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción”. Ver POZZOLO, op. cit. en nota 2, p. 190.

⁵¹ Al respecto, ver POZZOLO, *id.* p. 204.

⁵² Para una teoría neoconstitucionalista, esto no resulta del todo problemático, por cuanto según su concepción del sistema jurídico, debe existir una vinculación necesaria entre Derecho y moral, a la usanza de los postulados iusnaturalistas. En este sentido, ver, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 123-158.

respaldo institucional. Un ejemplo de lo anterior, parece ser la “tesis numerológica” seguida por la Corte Suprema en el famoso “caso Martorell”, en el cual la Corte, frente a una colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, termina fallando a favor del primero de los derechos en juego, en base a que la Constitución establecería un “orden de prelación” entre los derechos fundamentales, según el número en que cada uno de ellos se encuentra consagrado en el art. 19 CPR⁵³.

En suma, ya sea que se trate de la concreción de contenido respecto de un derecho fundamental en particular o de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, cuando se trata de principios aparece como inevitable un ulterior procedimiento de determinación⁵⁴ que requiere una toma de posición moral por parte del juez⁵⁵. Evidentemente, en dicho procedimiento de *lectura moral de la Constitución*, las concepciones personales que el juez tenga acerca de lo que es moralmente correcto inevitablemente adquieren un rol trascendente a efectos de la resolución del caso concreto y, por ende, el juez deja de tener un rol de mero aplicador o intérprete de las normas jurídicas válidas.

En efecto, siguiendo a COMANDUCCI, cuando un juez invoca una norma moral a efectos de fundar una resolución judicial, tiene cuatro alternativas posibles, a saber: (i) acudir a una norma moral objetiva verdadera; (ii) acudir a una norma moral objetiva racional; (iii) acudir a una norma moral intersubjetivamente aceptada; y (iv) acudir a una norma moral subjetivamente escogida⁵⁶.

Según COMANDUCCI, las dos primeras alternativas presentan serios problemas epistemológicos. La primera por cuanto no existe forma de determinar cuál es aquella norma moral objetiva, de modo tal que el juez terminaría eligiendo una norma que él cree que es moral, reconduciendo el problema a la última alternativa. La segunda, porque aun cuando el juez acudiera a las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral en particular, aún se encuentra el problema que significa optar por una de las varias teorías morales rivales existentes, de modo tal que la segunda alternativa termina siendo también re-conducible a la cuarta⁵⁷.

⁵³ Al respecto, ver la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 15 de junio de 1993, en los autos caratulados “Luksic con Martorell”, rol N° 983-93.

⁵⁴ En el mismo sentido, ver BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 229.

⁵⁵ Es por ello que, como sostiene Gargarella, “[a]quí no cabe sostener, como sostuviera célebremente Hamilton en “El Federalista”, n° 78, que al invalidar una ley los jueces solo procuran reestablecer la voluntad democrática de la sociedad incorporada en la Constitución. Ello, no solo porque dicha “voluntad democrática” no reside “solo” en la Constitución, sino porque aun si ése fuera el caso, la Constitución, antes de ser aplicada, debe sujetarse a un inevitable proceso de interpretación. Dada la especial dificultad que existe para interpretar los textos constitucionales (en razón de la generalidad y vaguedad de muchos de los principios que típicamente encierran), y nuestra carencia de una teoría interpretativa más o menos indisputable, luego, es difícil afirmar, como lo hacía Hamilton, que los jueces sólo aplican la Constitución”. GARGARELLA, Roberto. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, p. 15.

⁵⁶ Al respecto, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 94.

⁵⁷ Ver COMANDUCCI, *id.* p. 95.

Respecto de la tercera alternativa, COMANDUCCI señala que también implica problemas epistemológicos relevantes, aunque quizás no de la gravedad de las dos primeras. Ello por cuanto los jueces sencillamente no se encuentran dotados de los instrumentos necesarios para precisar cuáles son aquellas normas morales aceptadas por la comunidad en general. Y aun cuando los tuvieran, se presenta el problema adicional de que en las modernas sociedades contemporáneas, existe una serie de normas morales que no resultan compartidas por todos los miembros de las mismas, de modo tal que el juez también tendrá que realizar una elección entre las diversas alternativas que se le ofrecen⁵⁸.

En último término, se quiera o no y ya sea en mayor o menor grado, al acudir a normas morales a efectos de fundar una resolución judicial, el juez siempre basará su determinación en una norma moral subjetivamente escogida, es decir, en los términos de la cuarta alternativa enunciada⁵⁹. Y ello, como señala COMANDUCCI, equivale a “dejar completamente en las manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones”⁶⁰. Asimismo, y lo que es más grave desde el punto de vista de una sociedad democrática, ello implica que sean los jueces los que vayan configurando cuáles son los modos “correctos” de comportamiento que deben ser seguidos por parte de los ciudadanos, transformándose en una especie de “legislador concurrente [que] empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución”⁶¹.

Como se ha señalado con anterioridad, frente al subjetivismo y la discrecionalidad que trae aparejada la adjudicación constitucional, existen una serie de recursos que pretenden establecer ciertos niveles de control sobre las decisiones de los jueces en el contexto de aplicación. Más allá del precedente, que dentro de la tradición de derecho continental carece de la obligatoriedad propia de la tradición del Common Law, dentro del neoconstitucionalismo se acude de manera recurrente a la teoría de la ponderación judicial, mediante la cual se pretende asegurar algún grado de racionalidad procedimental en el contexto de aplicación del Derecho.

En último término, la teoría de la ponderación se reduce a la denominada *máxima de proporcionalidad*, según la cual cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción

⁵⁸ Al respecto, ver COMANDUCCI, *id.* pp. 96-97. En un sentido similar, Alexy ha señalado que un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente y que en cada caso condujera exactamente a un resultado, no resulta realizable. Según Alexy, “fracasa ante los problemas de una medición de los pesos y de las intensidades de realización de los valores o principios”. ALEXY, *op. cit.* en nota 49, p. 170.

⁵⁹ En un sentido similar, BALDASARRE, *op. cit.* en nota 12, p. 68, ha sostenido que la aplicación de valores universales a un caso concreto requiere necesariamente “de una relativización de los valores con base en reglas o consideraciones empíricas, y por ello probabilistas y subjetivas, como son precisamente aquellas que se pueden asociar a la razonabilidad”.

⁶⁰ COMANDUCCI, *op. cit.* en nota 57, p. 95.

⁶¹ POZZOLO, *op. cit.* en nota 2, p. 193. En un sentido similar, HABERMAS, *op. cit.* en nota 14, p. 326, se pregunta si “el inevitable recurso a tales normas de fondo no abre al Tribunal Constitucional la puerta para una creación de derecho de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”.

del otro⁶². Sin embargo, como ha señalado Alexy, esta máxima, en el mejor de los casos, establece ciertas exigencias de argumentación racional en el contexto de aplicación, las cuales, por lo demás y como ya se ha señalado, sólo resultan realizables aproximativamente. Así, y aun bajo el supuesto hipotético de que los jueces fallaran “a lo Alexy” y siguieran las condiciones procedimentales de la teoría de la ponderación (cuestión que la práctica judicial demuestra que, por regla general, está lejos de ocurrir) continuaría presentándose un margen importante de indeterminación en los casos en que resultan aplicables los principios y valores que existen tras los derechos fundamentales. El propio Alexy reconoce aquello al sostener que

el procedimiento de la ponderación es un procedimiento racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cuál sea la solución que, después de una ponderación, se considere como correcta, depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables por medio del propio procedimiento de la ponderación. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto⁶³.

En otros términos, un sistema constitucional dotado no solo de normas de competencia, organización y procedimiento, sino que además de normas sustantivas que pretenden garantizar un mínimo ético dentro del ordenamiento, presentará inequívocamente un grado relevante de indeterminación que, en definitiva, se traduce en una apertura a consideraciones argumentativas propias del discurso moral o político que no resultan ser objetivamente controlables.

Lo anterior, a su vez, significa un aumento considerable del poder con que cuentan los jueces en términos de *ingeniería social*, al ser precisamente éstos los que se encuentran llamados a dotar de contenido y a determinar en un caso concreto qué concepción de un derecho fundamental es la que debe prevalecer, así como qué derecho tiene precedencia por sobre otro en caso de conflicto.

Evidentemente, en términos de control constitucional, esta concepción de los derechos fundamentales supone también un aumento considerable de las potestades de control de los jueces con competencias constitucionales, en la medida que la indeterminación de las normas constitucionales que sirven de parámetros de control, conlleva necesariamente que pueda ampliarse el catálogo de razones que permiten argumentar por qué los actos del legislador resultan contrarios a la Constitución.

Finalmente, este aumento en el poder de los jueces resulta aún más potenciado en la medida que el control sobre la actividad judicial se hace cada vez más difuso. En efecto,

⁶² Según Alexy, “entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más próxima: el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquél”. ALEXY, op. cit. en nota 34, p. 91.

⁶³ ALEXY, op. cit. en nota 34, p. 482. En un sentido similar, Prieto Sanchís ha señalado que “[n]o creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación (...) sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación coste/beneficio resulta casi inevitable”. Ver PRIETO SANCHÍS, op. cit. en nota 53, p. 151.

como lo ha sostenido Baldasarre la adjudicación conforme a valores, en último término, implica que la “mensurabilidad de la actividad jurisdiccional se transforma inevitablemente en la menos tajante exigencia de no-arbitrariedad de la misma, es decir, en la necesidad de utilizar los amplios parámetros de juicio de manera no irrazonable”⁶⁴.

En virtud de todo lo anterior, no debe extrañar que el ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, GUSTAVO ZAGREBELSKY, no solo reconozca la importancia excepcional de la jurisdicción dentro del Estado Constitucional, sino que además sostenga que producto de las consecuencias que se siguen de la adopción de este paradigma del Estado de Derecho, el nuevo “señor del Derecho” es el juez, en desmedro del legislador⁶⁵.

4.2. De-formalización por constitucionalización

Como se ha visto en el apartado anterior, con una Constitución dotada de principios y operativa en términos jurídicos según el principio de fuerza vinculante, una moralización del Derecho parece innegable al interior del sistema constitucional⁶⁶. Si bien ella no es absoluta y no puede prescindir sin más de las normas positivas que integran el Derecho vigente, en el proceso de determinación de contenido de dichas normas, la valoración moral o política aparece como incontrarrestable dentro del contexto de aplicación en materia constitucional.

Sin embargo, lo que resulta preocupante desde el punto de vista de la formalidad del sistema jurídico en general, es que existe una pretensión, cada vez más general, de que sean los principios constitucionales –esto es, estas normas ambiguas, vagas y flexibles– los que determinen el contenido del resto del ordenamiento y de que los jueces de instancia tengan facultades para evaluar el contenido material de la ley e incluso para dejarla de aplicar en caso que se determinara que contraría lo dispuesto por estos principios superiores del ordenamiento⁶⁷. En este sentido, como ha señalado Pozzolo, “la constitucionalización del ordenamiento, de hecho, no representaría la mera introducción de una instancia más elevada de soberanía dentro del esquema piramidal del ordenamiento, no representaría la mera sustitución de la soberanía legislativa con la

⁶⁴ BALDASARRE, op. cit. en nota 12, p. 68.

⁶⁵ Al respecto, ZAGREBELSKY, op. cit. en nota 7, p. 150.

⁶⁶ En este sentido, Pozzolo ha sostenido que “se habría equivocado un iuspositivismo que afirmara que el jurista-juez puede conocer el Derecho, o bien «individualizar el contenido del Derecho», sin recurrir a argumentos extra-jurídicos (es decir, sobre la única base de la interpretación textual). Ver POZZOLO, op. cit. en nota 2, p. 205. Por su parte, Bayón ha señalado que “dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente inevitable una «lectura moral» de los mismos”. Ver BAYÓN, op. cit. en nota 55, p. 215.

⁶⁷ Al respecto, Prieto Sanchís, por ejemplo, ha expresado que “si la Constitución es una norma de las que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización”. Ver PRIETO SANCHÍS, op. cit. en nota 53, pp. 128-129.

soberanía abstracta de la Constitución, sino que determinaría una mutación cualitativa del Derecho por entero⁶⁸.

En otras palabras, producto de una pretensión *radical* del constitucionalismo, la moralización que se aprecia al interior del sistema constitucional, alcanzaría también al resto del sistema jurídico, pudiendo los jueces de instancia prescindir de los dictados del legislador invocando valores y principios superiores del ordenamiento a efectos de resolver todo tipo de conflictos jurídicos.

Como ya se ha repetido en diversas oportunidades, estas pretensiones del constitucionalismo deben ser rechazadas enérgicamente por una teoría constitucional que pretenda ser respetuosa de las competencias del legislador democrático. Sin embargo, existe una razón adicional que llama a tomar los recaudos necesarios frente a este tipo de constitucionalización. Y dicha razón es que un sistema en que las reglas establecidas por parte del legislador son inaplicadas por los jueces en base a cláusulas vagas e indeterminadas y a consideraciones eminentemente morales es, en definitiva, un sistema de Derecho premoderno⁶⁹ o vulgar⁷⁰.

Y ello por cuanto un sistema en que los jueces tienen facultades para controlar la adecuación de la legislación conforme a los valores y principios establecidos en la Constitución, necesariamente introduce elementos que causan el deterioro de la forma y de la racionalidad interna del sistema jurídico, con el consiguiente aumento de incertidumbre e indeterminación en la totalidad del ordenamiento.

Este fenómeno resulta particularmente peligroso si se tiene presente que la forma tiene un valor ulterior, que va más allá de la mera regulación de las relaciones sociales. Dicho valor dice relación con el compromiso que existe entre forma y libertad⁷¹. En efecto, el carácter formal de la ley no solo fue adoptado en el diseño del Estado de Derecho como un mecanismo institucional para otorgar legitimidad al poder político, sino que además vino a significar una garantía frente a la opresión y a la arbitrariedad

⁶⁸ POZZOLO, op. cit. en nota 2, p. 199.

⁶⁹ A este respecto, Gustavo Zagrebelsky, uno de los teóricos paradigmáticos de lo que se va venido llamando como neoconstitucionalismo ha sostenido que un Derecho gobernado por principios conlleva a “admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno. Aun cuando lo hayan hecho inadvertidamente, los autores de las Constituciones vigentes han puesto las condiciones para una renovación del derecho con la impronta de la tradición antigua”. ZAGREBELSKY, op. cit. en nota 7, pp. 123-124.

⁷⁰ En este sentido, Fernando Atria ha señalado que la vulgarización no es sino un proceso de de-formalización, análogo al proceso sufrido por el derecho romano a partir de los siglos III o IV d.C. (período que en la Historia del Derecho es denominado precisamente como Derecho Romano Vulgar), caracterizado por el hecho “de que las interpretaciones que dan prioridad al texto de una regla jurídica son cada vez menos resistentes a las que se basan en apelaciones directas a bienes sustantivos”. Ver ATRIA, Fernando. La hora del derecho: Los “derechos humanos” entre la política y el derecho. Estudios Públicos, N° 91, invierno, 2003a, p. 61. Siguiendo a Alejandro Guzmán Brito, Atria ha caracterizado al vulgarismo por: “(a) La confusión de conceptos [...] (b) El recurso a criterios morales y afectivos, tanto para la construcción dogmática cuanto para la fundamentación de los regímenes jurídicos [...] (c) La supeditación y aun el sacrificio de la disciplina jurídica a fines de política pública o prácticos [...], y (d) la caída de las formas constructivas de las figuras jurídicas, para dejar lugar a las funciones naturales que ellas portan” (íd. p. 62).

En un sentido similar al de Atria, ver CORREA, Rodrigo. Vulgarización por constitucionalización. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, p. 162.

⁷¹ En el mismo sentido, CORREA, íd. p. 173.

en los términos del principio de distribución: mientras los individuos gozan de una esfera de libertad –ilimitada en principio– que solo puede ser restringida por ley, la Administración tiene una facultad de intervención –limitada en principio– que solo puede ejercerse en la medida que una ley así lo disponga.

Sin embargo, las garantías formales y los procedimientos no agotan su valor político frente a las arbitrariedades que pueda cometer la Administración, sino que además tienen un significado material en tanto amparan y protegen la libertad individual y social, “frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto”⁷². En este sentido, la forma tiene también un valor de garantía frente a la arbitrariedad que supone un discurso moral con pretensiones de dominación y sirve como mecanismo de protección frente a quienes ejercen el monopolio interpretativo de los valores en una comunidad política, tal como resultan ser hoy, en los sistemas que adoptan los presupuestos del Estado Constitucional, los tribunales de justicia.

En este sentido, lo realmente relevante tras la crítica al denominado fenómeno de la vulgarización no es el simple hecho de que los jueces actúen de manera arbitraria –esto es, en forma contraria a la ley o a la justicia– al resolver los conflictos sometidos a su decisión, sino que los jueces puedan arrogarse la facultad de determinar cuáles son los modos correctos de comportamiento y de terminar actuando, por ende, de manera tiránica –esto es, resolviendo los conflictos sometidos a su decisión conforme a sus concepciones personales del bien⁷³–.

En otras palabras, lo que está por detrás de la crítica a un sistema de-formalizado y, por ende, vulgarizado, no es solo la resolución azarosa de casos por parte de los órganos judiciales, sino además que dicha resolución venga condicionada por las concepciones morales del juez, volviendo indistinguible, por lo demás, el razonamiento moral del razonamiento jurídico.

Ahora bien, como se puede apreciar a partir de lo sostenido hasta el momento, la pretensión de aseguramiento de la libertad que subyace al Estado Constitucional, bajo un modelo de constitucionalización radical, en definitiva, resulta insatisfecha. Y ello por cuanto si en el Estado legislativo existía el riesgo de que la libertad de los ciudadanos quedara a disposición de un sistema político capaz de imponerse sin limitaciones de contenido, en un Estado Constitucional en el que se pretenda que todos los jueces

⁷² BÖCKENFÖRDE, op. cit. en nota 4, p. 42.

⁷³ Por lo mismo, no es correcto señalar, tal como lo hacen Marcelo Alegre o Pablo Ruiz Tagle, que la vulgarización no es sino una forma de denotar un fenómeno conocido, como es la arbitrariedad judicial. Al respecto ver ALEGRE, Marcelo. *Vulgarización y deterioro del derecho democrático*. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 177-189; y RUIZ TAGLE, Pablo. *La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales*. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 151-159.

Por lo demás, ya Alexis de Tocqueville había sostenido que “[e]s necesario distinguir bien lo arbitrario de la tiranía. La tiranía puede ejercerse en nombre de la ley misma, y entonces no es arbitraria [...]”. Ver TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. 2ª ed. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 259.

puedan invocar los principios y valores a efectos de resolver los conflictos de relevancia jurídica con prescindencia de los dictados del legislador, la libertad de los ciudadanos queda a disposición de aquello que los jueces consideren moral o políticamente correcto. En definitiva, como ha sostenido SUSANA POZZOLO,

[e]l imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no (...) parece que haga nada más que elevar un nuevo «rey» por encima del Derecho, y quien tuviera la «sapiencia» para acceder al «conocimiento moral» podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política⁷⁴.

Si esto es así, se presenta la paradoja que el presupuesto político bajo el cual se produjo la configuración del Estado Constitucional—esto es, el aseguramiento de la libertad del ciudadano frente a las eventuales imposiciones del poder político— resulta frustrado precisamente por la institucionalidad desarrollada con el fin de asegurar la libertad frente a la arbitrariedad de la política. La sutil diferencia es que bajo el diseño institucional defendido por los neoconstitucionalistas, ahora la ciudadanía no queda sujeta a las eventuales arbitrariedades que puedan cometer los órganos legislativos, sino que a aquéllas que una minoría judicial pueda imponer en su calidad de intérprete final de la moralidad política.

4.3. Hacia un constitucionalismo moderado o deferente

Como se ha señalado anteriormente, producto de las críticas al carácter formal del Estado de Derecho y al vaciado de contenido de sus normas, el constitucionalismo adoptó una tesis según la cual “la Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil (...), sino que se convierte en la positivación jurídica de los «valores fundamentales» del orden de la vida en común”⁷⁵.

Ahora bien, a partir de una tesis radical, el constitucionalismo ha pretendido que este sistema de valores tenga validez para todos los ámbitos del Derecho, y que, por ende, todos los jueces, sin distinción, se encuentren facultados no solo para aplicar directamente los derechos fundamentales a los conflictos sometidos a su decisión, sino que incluso para dejar de aplicar las normas legales que estimen contrarias al sistema de valores establecido en la Constitución. Al respecto, un defensor de esta concepción, LUIS PRIETO SANCHÍS, ha sostenido que:

[s]in duda, la idea de los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisolublemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de mayoría que es fundamento de la democracia. Pero, por lo que alcanzo a entender es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión tan fuerte del constitucionalismo (...)⁷⁶.

⁷⁴ POZZOLO, op. cit. en nota 2, p. 210.

⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, op. cit. en nota 4, p. 40.

⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, op. cit. en nota 53, p. 157.

Pues bien, a diferencia de lo sostenido por PRIETO SANCHÍS, en este trabajo se ha sugerido que el riesgo que adopta una versión tan fuerte del constitucionalismo es sencillamente demasiado alto y que, por ende, resulta razonable adoptar una tesis más moderada. Y ello no solo por el hecho que desde el punto de vista político ya resulta dudoso arriesgar el fundamento mismo de la democracia, sino que además por el hecho que la versión radical del constitucionalismo significa aceptar una de-formalización general del sistema jurídico.

En efecto, en este trabajo se han mostrado diversos ejemplos acerca de cómo los tribunales que carecen de las competencias que tiene el TC, dejan igualmente de aplicar la ley en virtud de consideraciones propias de la argumentación constitucional. Como se ha visto, así está ocurriendo, en forma cotidiana, en todo tipo de juicios ante los tribunales de instancia. Esto resulta particularmente grave. Más aún cuando a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia del TC o la jurisprudencia de protección, los fallos de los tribunales de instancia carecen de la misma publicidad y aun no han sido objeto de un análisis que permita conocer los verdaderos alcances de la de-formalización que ha producido una incorrecta comprensión del principio de aplicación directa de la Constitución en el sistema infra-constitucional.

Ante la radicalidad de lo que supone un fenómeno como el anterior, en este trabajo se ha adoptado un modelo de constitucionalismo moderado y se han analizado con precaución algunos de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho, sugiriendo algunos límites a los alcances —a veces extremos— que se pretende otorgar a cada uno de ellos. Así, se ha sugerido que la fuerza vinculante de la Constitución y la aplicación directa de las normas sobre derechos fundamentales por parte de los jueces, no excluye el hecho de que las regulaciones establecidas por parte del legislador deben ser debidamente consideradas por los jueces en el contexto de aplicación.

Como ha señalado JANA, en definitiva, de lo que se trata es que exista una comunicación recíproca entre la Constitución y las leyes, pero respetando la racionalidad propia de los ordenamientos infra-constitucionales⁷⁷. Esa comunicación, en todo caso, no puede quedar limitada al hecho que las normas legales sean interpretadas conforme a la Constitución, sino que exige una aplicación irrestricta de las normas legales y de las construcciones dogmáticas que gobiernan el caso concreto.

En suma, un modelo de constitucionalismo moderado reivindica el rol del legislador no solo por cuanto la ley es manifestación de la voluntad soberana y por cuanto introduce los niveles de diferenciación y determinación necesarios para generar certidumbre dentro del sistema jurídico, sino que además porque constituye una garantía frente a la eventual imposición de las concepciones morales de una minoría, resultando, por ende, servicial a los objetivos originarios con que se estructuró el Estado de Derecho: el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos.

⁷⁷ JANA, op. cit. en nota 35, p. 67.

Bibliografía

- ALDUNATE, Eduardo. Derechos fundamentales. Santiago, LegalPublishing, 2008.
- El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13-38.
- ALEGRE, Marcelo. Vulgarización y deterioro del derecho democrático. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 177-189.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- El concepto y la validez del derecho. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004a, pp. 13-157.
- Sistema jurídico y razón práctica. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004b, pp. 159-177.
- ATRIA, Fernando. La hora del derecho: Los “derechos humanos” entre la política y el derecho. Estudios Públicos, N° 91, invierno, 2003a, pp. 45-90.
- BALDASARRE, Antonio. Los derechos sociales. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, 2001.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 259-278.
- BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 211-238.
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. En su: Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2000, pp. 17-45.
- Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental. En su: Escritos sobre Derechos Fundamentales. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 95-138.
- BORDALÍ, Andrés. Tribunal Constitucional Chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional? Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 47-73.
- BRAVO, Bernardino. El Estado de Derecho en la historia de Chile: por la razón o la fuerza. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- BULNES, Luz. La fuerza normativa de la Constitución. Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pp. 137-142.

- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 75-98.
- CORREA, Rodrigo. “En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales”. En: Congreso Mundial de Derecho Constitucional (VI, Santiago de Chile, 13 de enero de 2004), inédito.
- Vulgarización por constitucionalización. *Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, pp. 161-175.
- CORREA, Rodrigo y SANDROCK, Jorge. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Adolfo Ibáñez*, número 1, 2004, pp. 589-597.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, N° 63, 2001, pp. 77-102.
- FERRADA, Juan Carlos. Los derechos fundamentales y el control constitucional. *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 113-137.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004.
- Pasado y futuro del Estado de derecho. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 13-29.
- FERRERES, Víctor. La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En: ALEGRE, Marcelo y otros. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 41-52.
- GARGARELLA, Roberto. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En: ALEGRE, Marcelo y otros. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 3-18.
- GÓMEZ, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 49-73.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Barcelona, Editorial Trotta, S.A., 2005.
- JANA, Andrés. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: ALEGRE, Marcelo y otros. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 53-70.

- POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 187-210.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 123-158.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales. *Derecho y Humanidades*, Nº 11, 2005, pp. 151-159.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1982.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. 2ª ed. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2005.
- ZAPATA, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.