

Jaime Bassa Mercado*

Los caracteres del Estado constitucional de Derecho y la flexibilidad de su interpretación*.

La mayor y creciente complejidad del ordenamiento jurídico genera consecuencias sobre el conjunto del sistema; la evolución experimentada por el concepto de Estado de Derecho ha transformado tanto el contenido del ordenamiento jurídico como su aplicación. La nueva realidad social sobre la cual se estructura el Derecho requiere de una actualización del ordenamiento, superior a la experimentada en épocas pasadas; la diversidad de la comunidad y su creciente democratización dificultan cada vez más el proceso de toma de decisiones públicas, por lo que la interpretación y aplicación del ordenamiento requiere nuevos métodos para lograr nuevos objetivos.

En este contexto, la Constitución asume una función primordial en la articulación de las diversas posiciones presentes en la comunidad; los principios que positiva la Carta han de ser ponderados en orden a permitir la convivencia de los diferentes sectores de la sociedad en el marco del pluralismo garantizado constitucionalmente. Así, la nueva función de la Constitución significa un cambio en la propia concepción del Derecho, que creo debe ser comentada con detención.

La posición de Gustavo Zagrebelsky¹ frente a los cambios experimentados por el ordenamiento jurídico explica el surgimiento de una nueva forma de Estado, como consecuencia de la superación del Estado de Derecho liberal y el surgimiento del actual

* *Doctor (c)*
en Derecho,
Universidad de
Barcelona.
Profesor de
Derecho
Constitucional
Universidad de
Viña del Mar.

* Ponencia presentada a las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006.

¹ Principalmente expuesta en ZAGREBELSKY, Gustavo (2003), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* –5ª edición–, Trotta, Madrid, 156 pp.

Estado constitucional. Bajo el término italiano *mite*, el autor incorpora los elementos comentados previamente para señalar que la aplicación e interpretación del Derecho debe estar abierta tanto a los cambios de la realidad constitucional como a la coexistencia de diferentes visiones y proyectos que conviven en la comunidad, que han de ejercerse dentro del marco que fija la Constitución.

- a. *El pluralismo en la Constitución.* El pluralismo actual de las sociedades no requiere de una constitución que desarrolle determinado proyecto, sino que asegure las condiciones para la realización de los diversos proyectos que conviven en la sociedad. La Constitución es la plataforma de entrada que garantiza la legitimidad de cada uno de los grupos sociales que participan de la marcha política del Estado, así como en el proceso de toma de decisiones. La Constitución es una propuesta de soluciones posibles que permite la concretización de diferentes proyectos políticos, en concordancia con el pluralismo de la sociedad; ésta no constituye, en definitiva, un proyecto rígidamente ordenador.

De esta manera, al constitucionalismo actual se le exige la coexistencia de valores y principios dentro de un marco de compatibilidad, sin que uno de ellos pueda ser asumido en forma absoluta en desmedro de otros; el único metavalor absoluto que debe recoger el ordenamiento es el respeto por esta coexistencia de los principios, la que se encuentra construida sobre el pluralismo propio de las sociedades modernas. “*Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos, sería imposible admitir otros junto a ellos*”²; actualmente es imposible hablar de la soberanía de un solo principio, con lo que los diferentes principios que conforman el Estado de Derecho deben tener una aplicación equilibrada: su legitimidad actual radica en el pluralismo político y social, por lo que no es concebible una extrema rigidez en la enunciación de sus principios fundantes. Por ello, los elementos fundantes del constitucionalismo, así como los principios objetivados en la Constitución, se relativizan entre sí.

La reforma constitucional de agosto de 2005 viene a demostrar, nuevamente, que el marco principal contenido en la Constitución no es absoluto ni inmutable. Ya la lógica del Código Político había cambiado con la manifestación del Constituyente de 1989, hecho que impidió la plena aplicación de la Carta otorgada por el régimen militar. Lo propio sucede luego de la reforma de 2005, ya que el contenido material de la Constitución vigente es reinterpretado, modificando algunas de las instituciones más relevantes de la institucionalidad (el Senado y el Tribunal Constitucional entre otros).

Esta reinterpretación del contenido material de las normas constitucionales tiene su máxima manifestación en el artículo 4° de la Constitución, cuyo tenor literal declara, desde 1980!, el carácter democrático de la República de Chile.

² ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 16.

Ciertamente, no es posible sostener que el principio democrático se ha mantenido inalterable desde 1980 hasta la fecha; huelga detallar las transformaciones estructurales experimentadas por el ordenamiento constitucional: basta destacar que éstas se han producido bajo la mirada inmutable del tenor literal del art. 4° CPCh. De lo anterior concluyo, como he señalado previamente³, que el contenido material y normativo del principio democrático ha evolucionado considerablemente desde su positivación en 1980; ello refleja el permanente cambio en los consensos políticos de la sociedad, los que se materializan en diversas manifestaciones del poder constituyente, principalmente en 1989 y 2005.

- b. *La evolución del principio de legalidad.* La ley fue la máxima fuente del Derecho durante el siglo XIX. Su principal orientación fue la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de la Administración, como consecuencia de la concepción de la sociedad como organización natural, que el Estado sólo debía proteger y promover. De esta manera, la ley, considerada como acto deliberado de un Parlamento representativo, significó no sólo el establecimiento de la supremacía de la legalidad frente a la Administración, sino también la identidad legal de los derechos (afirmando la subordinación de los derechos a la ley) y la reducción de los jueces como meros aplicadores de la ley⁴. En este marco, el Derecho se reduce a la ley, a la que se someten las demás fuentes del Derecho⁵.

En el sistema continental, el absolutismo del rey fue reemplazado por el absolutismo del parlamento, con lo que la cúspide del sistema normativo fue ocupado por la ley, a diferencia del modelo anglosajón, donde la ley formaba parte de un complejo sistema jurídico. Mientras en un caso las revoluciones liberales significaron la derrota del poder absoluto, en el sistema continental el poder del monarca fue reemplazado por el del parlamento; así, *“la historia inglesa, cien años antes que la continental, había hecho del Parlamento el órgano tutelar de los derechos contra el absolutismo regio, mientras que los parlamentos continentales postrevolucionarios seguían más bien la idea de concentrar en sí mismos la suma potestad política bajo forma legislativa”*⁶. Por ello, su sistema de

³ Véase mi trabajo *La metamorfosis del ordenamiento constitucional chileno y su influencia en el sistema de derechos*, Tesis para optar al Diploma de Estudios Avanzados del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, junio de 2006, pp. 105-111.

⁴ Es el modelo que, lamentablemente, ha seguido la mayor parte de la jurisprudencia de protección, que ha reducido la protección de los derechos fundamentales a un control de legalidad, evitando considerar el contenido material de los derechos positivados por la Constitución, concepto que no ha sido abordado suficientemente. A este respecto, véase JORDÁN DÍAZ, Tomás, *La protección directa e indirecta de los derechos sociales. Modelos jurisprudenciales comparados en España y Chile*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, septiembre de 2006, 251 pp.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo (2004), “La ley, el Derecho y la Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24 N° 72, p. 17: luego de la Revolución Francesa, “el derecho se ha convertido sólo en la ley y la ley sólo en poder”.

⁶ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 25.

generación del Derecho es esencialmente legislativo, mediante la deducción desde los grandes principios a través de la razón.

Aun cuando el principio de legalidad tuvo concepciones distintas, por ejemplo en Francia y Alemania⁷, la reserva de ley en materias de derechos fundamentales fue un elemento común que excluyó la actuación independiente de la Administración y la sujetó a la determinación legislativa: “*la protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen sólo como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley*”⁸, como consecuencia del carácter natural de la sociedad. De esta forma, el Estado liberal de Derecho se define por dos elementos centrales: la limitación del ejercicio del poder del Estado y la garantía de la libertad individual. El carácter general y abstracto de la ley garantiza la imparcialidad del Estado frente a la sociedad y la igualdad ante la ley.

Dentro de este modelo, el principio de legalidad traduce constitucionalmente la hegemonía política de la burguesía, representada en el Parlamento, así como pone de manifiesto el retroceso del Ejecutivo y de los jueces, todos subordinados a la ley como máxima expresión jurídica. De esta forma, la ley ocupa la posición más alta dentro del ordenamiento jurídico, mediante la cual era posible acomodar la Constitución y todo el sistema a las necesidades de la clase hegemónica. De hecho, el carácter de la ley como máxima expresión del Derecho y la propia unidad de la legislación, así como los métodos sistemático y analógico de interpretación, se explican por el monopolio político-legislativo ejercido por una clase social relativamente homogénea, en que la coherencia de la ley “*venía asegurada por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales ad hoc. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como rasgo lógico del ordenamiento, sólidamente construido sobre la base de algunos valores y principios esenciales no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal*”⁹.

- c. *El principio de constitucionalidad.* El término del Estado liberal de Derecho significa el fin de la ley como fuente superior del derecho, que “*por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Cons-*

⁷ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 27: “*Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad [en Francia], el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de leyes de autorización y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción [alemana], por el contrario, atribula al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de leyes limitadoras*”; destacado en el original.

⁸ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 28.

⁹ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 32; destacado en el original.

*titución*¹⁰. Este cambio fundamental lleva a ZAGREBELSKY a afirmar que no existe una continuidad entre el Estado de Derecho del siglo XIX y el Estado constitucional actual, ya que el cambio en la posición de la ley y la presencia de la Constitución afectan a la concepción del derecho, cambio que se refleja en los caracteres concretos de ambos sistemas.

Este cambio en la posición de la ley, que ha dejado de ser un límite protector de la libertad natural, implica una vinculación distinta de la Administración, que asume nuevas tareas de gestión de los intereses públicos. Ya no se trata del establecimiento de límites entre sectores claramente diferenciables entre sí, sino de la adecuada interacción entre ambos (del mismo modo que cambia la relación entre el Estado y la sociedad). El pluralismo político y social explica que la ley haya dejado de ser una norma de aplicación general para transformarse en medidas especiales o leyes sectoriales. El aumento de la participación social en la elaboración de la ley, a través de diversos grupos de poder que presionan en el proceso legislativo, genera un sistema cada vez más contractualizado; en definitiva, el pluralismo de la sociedad genera una heterogeneidad de los intereses y valores expresados en las leyes.

Esta situación es completamente ajena al monismo parlamentario del siglo XIX, sustituido por la concurrencia de fuentes del derecho y de nuevos actores en su generación. Al perder la ley el carácter de norma superior, es necesario sujetar todo el ordenamiento –así como a las autoridades políticas y al legislador– a un derecho superior, que se manifiesta en la Constitución. En ella se recogen un conjunto de valores y principios superiores sobre los cuales existe un fuerte consenso en la sociedad, que se presentan como intangibles a los actores sociales; de esta manera, los principios se objetivan pero no se absolutizan, como lo demuestra la existencia de los derechos fundamentales como instituciones contramayoritarias, pero cuya aplicación obliga a una ponderación previa.

Así, la ley es sustituida por la Constitución, que asume la función de unidad en una sociedad plural a través del principio de constitucionalidad. Sin embargo, a diferencia del cambio que originó el Estado de Derecho liberal, la Constitución no sustituye la soberanía del Parlamento por una nueva, ya que el derecho no se unifica bajo la Constitución, precisamente debido al cambio que significa el fin de la hegemonía de una clase social en la producción del derecho¹¹. El reto actual de la Constitución no es sustituir a la ley como única fuente del Derecho, sino convertirse en Derecho¹².

¹⁰ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 34.

¹¹ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, pp. 36-41.

¹² ZAGREBELSKY (2004), n. 5, pp. 22-23.

- d. *Los derechos fundamentales*. El nuevo Estado constitucional significa el fin de la identificación de los derechos con la ley. En el modelo anterior, los derechos no podían concebirse como una limitación al Estado, ya que estos existían en la medida que el propio legislador los hubiere creado; así, los derechos constituían una autolimitación o concesión, pudiendo el individuo invocar las normas jurídicas en su propio interés. La instauración del nuevo sistema de libertad e igualdad francés requería de una profunda transformación en el ámbito civil, penal y administrativo para su efectivo reconocimiento, en la que las declaraciones de derechos actuaban como legitimadoras de la acción legislativa. El nuevo derecho creado *ex novo* regula las situaciones jurídicas de los individuos y sus derechos, con lo que la fuerza de los derechos se confunde con la fuerza de la ley; de esta manera, la ley no se controló desde los derechos, sino que se controló la legalidad de los derechos, perdiéndose el valor de la *Déclaration* al afanzarse la ley y no los derechos (realidad que se presenta en la jurisprudencia del recurso de protección, ya que los derechos son protegidos desde la legalidad, pero no desde su contenido material).

Esta situación fue completamente distinta en el origen del constitucionalismo de EE. UU., donde el nuevo Estado se fundamenta en los derechos de los ciudadanos y no a la inversa, ya que los derechos son concebidos como una realidad anterior a la legislación. “*La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos*”¹³. Ello explica que en la ley se vea un potencial peligro para los derechos, de la que no siempre se espera un bien, como sucede en el modelo francés.

Las Constituciones contemporáneas distinguen ley de derechos como un principio jurídico operativo: la ley expresa los intereses de los ahora diversos sectores de la sociedad que se manifiestan en condiciones de mayorías, mientras que los derechos inviolables son directamente atribuidos por la Constitución como patrimonio jurídico de sus titulares, independientemente de la ley. Esto las sitúa en una posición intermedia respecto de las concepciones originales, permitiendo un equilibrio entre los derechos y la ley, o dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el poder del legislador; ZAGREBELSKY señala que “*las dos concepciones absolutas opuestas, la de los derechos (en América) y la de la ley (en Francia), deben ceder paso a concepciones que permitan un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley, o dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el del legislador*”¹⁴. Por otro lado, con el término de la Segunda Guerra Mundial se consolidó un fundamento de los derechos más sólido que el proporcionado por la ley estatal, constituyéndose en un punto de encuentro

¹³ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 55.

¹⁴ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 60.

de las transformaciones constitucionales posteriores a la caída de los totalitarismos.

Esta constitucionalización de los derechos aportó un elemento de objetividad en el ejercicio de la democracia competitiva propia del pluralismo político y social, en el que toda mayoría política futura tiene el derecho político de modificar el ordenamiento en la ejecución de su proyecto. El sometimiento a un orden dado que impidiera el libre juego de los sectores sociales y sus proyectos implicaría desconocer el pluralismo que caracteriza la sociedad moderna, atentando contra el principio democrático.

En esta posición de los derechos, es posible apreciar una notable contradicción entre la concepción antigua de los derechos y la moderna. En el actual humanismo laico, en concordancia con el juego democrático, los derechos asumen una función instauradora y renovadora del orden social; su renovación supone una polémica con el orden existente: *“la reivindicación de los derechos constituye una manifestación de vigor y madurez de una sociedad, un signo de su progreso hacia una meta representada por la autonomía humana frente a cualquier otra realidad social que pretenda ser asumida como ‘dato’*¹⁵. En definitiva, es la manifestación del pluralismo en la sociedad, cuyos actores políticos pueden modificar, democráticamente, la ordenación jurídica de su comunidad política; así, los derechos son incompatibles con *“la existencia de límites destinados a imponer a la voluntad individual la adhesión a una determinada verdad social”*¹⁶.

Por el contrario, la concepción antigua de los derechos entiende el mundo como un orden dado que los hombres deben respetar, careciendo de la capacidad de modificarlo. Así, los derechos se presentan como la pretensión de restablecer el orden alterado; el autor ejemplifica con los catálogos de derechos de la iglesia católica, los que *“asumen el valor de un remedio contra las disgregaciones sociales producidas por la voluntad desordenada del hombre”*¹⁷. En estos modelos, los derechos son limitados en orden a dirigir a sus titulares hacia fines que se encuentran más allá de sus propios intereses; son concebidos, en definitiva, como un remedio a la maldad que genera el libre ejercicio de la voluntad individual.

Esta distinción refleja el cambio que significó el fin de la homogeneidad social en la determinación del Derecho —en el que una clase determinaba el orden según su propia opción política—, que dio paso a la participación de una pluralidad de actores sociales en la vida pública con la legítima intención de hacer respetar sus intereses. Este juego, que se resuelve democráticamente mediante la regla

¹⁵ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 84; destacado en el original.

¹⁶ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 88.

¹⁷ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 84.

de la mayoría, es incompatible con la adopción de un orden predeterminado, con lo que los derechos legitiman la renovación del orden social por sus propios actores. Esta afirmación es extensible al momento constituyente, ya que en la aplicación del ordenamiento constitucional es necesario distinguir la realidad constitucional actual del momento histórico propio del constituyente. ZAGREBELSKY afirma que “*ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución. No interesa ya, entonces, cuál es la voluntad constituyente que las fórmulas escritas expresan, porque se ha hecho dudosa la existencia de un deber de fidelidad que nos ligue a esa voluntad; interesa más bien sí, en esas fórmulas, podemos encontrar la respuesta o al menos un inicio de respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo. No es la constitución la que manda, sino que somos nosotros los que la interrogamos y nos reconocemos el poder decisivo, el de formular las preguntas que nos interesan*”¹⁸.

- e. *El contenido material de la Constitución.* La constitucionalización de principios de justicia material destinados tanto a informar todo el ordenamiento como a determinar el ejercicio del poder, es otro elemento propio del constitucionalismo moderno, que ha separado la noción de justicia de la ley, tal como sucedió con los derechos. El Estado se ha constituido en garante de la existencia de condiciones objetivas del orden estructural, previendo (u objetivando) ciertos mínimos materiales comunes a fin de limitar la inestabilidad de las voluntades individuales. Ya no es posible legitimar cualquier régimen político revistiéndolo de legalidad, como sucedió con los regímenes autoritarios y totalitarios del siglo xx que, basados en la identidad del Derecho y la ley, se dotaron a sí mismos de una legalidad mediante el control total de los medios de producción del Derecho¹⁹.

De esta manera, la vida colectiva actual se construye sobre la base de derechos, pero también sobre un orden objetivo positivado por la Constitución, que corresponde a ideas más o menos consensuadas de justicia, las que imponen deberes a los gobernados, pero principalmente, a los gobernantes. La Carta recoge, en forma pluralista, diferentes principios de justicia (que operan de diferente manera), los que deben ser conciliados en el momento histórico concreto. El reconocimiento de una pluralidad de principios que conviven bajo el alero de la Constitución es consecuencia del pluralismo político y social que configura a la sociedad.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo (2005), *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, pp. 87-88.

¹⁹ ZAGREBELSKY (2004), n. 5, p. 19: “*El Estado que actuaba según las leyes era, sólo por ello, legal y legítimo. El fascismo y el nazismo se adornaron incluso con el título ‘científico’ de Estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de la ley, de por sí, no distingue derecho de delito*”; destacado en el original. Lo mismo toca al régimen de Pinochet en Chile, que el mismo día del golpe de Estado buscó la legitimidad mediante decretos leyes dictados por el propio régimen, que concentró, por largos años, las funciones constituyente, legislativa y ejecutiva.

La constitucionalización de la justicia importa una superación de su reducción a la ley propia del siglo XIX, época en la que el Derecho estaba reducido a un solo plano, en el que se identificaban ley, derechos y justicia; ello era propio del orden generado por la hegemonía de una clase social. En cambio, la Constitución pluralista representa un pacto en el que los actores introducen sus propios principios, limitándose a establecer los puntos irrenunciables e intangibles dentro del juego de las mayorías (elementos legítimamente contramayoritarios, como los derechos fundamentales); luego, la ley expresará las posibles combinaciones entre los principios constitucionalizados, en concordancia con el principio democrático.

Esta constitucionalización es vista como una reacción al efecto excesivamente disgregador de los derechos de libertad, originado por el desequilibrio del Estado liberal de Derecho –de la misma forma que los derechos fueron la reacción a un exceso de estructuración social–. De esta manera, el Estado recupera competencias económicas, ya que los principios de justicia incorporados en el ordenamiento deben ser realizados mediante políticas públicas destinadas a los particulares. Si durante el siglo XIX la economía era la estructura de apoyo de la sociedad, basada en la libre iniciativa, en el siglo XX la política intenta reinsertarse como elemento central de la sociedad, ejerciendo un contrapeso sobre la voluntad. En este contexto, el Estado social de Derecho “*expresa esta doble caracterización de la regulación constitucional de lo ‘económico’: constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa (derechos-voluntad) y valoración por el Estado de exigencias de justicia, sea como protección de derechos de justicia, sea como afirmación inmediata de necesidades objetivas de alcance general*”²⁰: en definitiva, la propia convivencia en una sociedad plural impone límites al ejercicio de los derechos. La constitucionalización de principios objetivos modera la voluntad deseosa de actuar –individual o colectiva–, ya que ha dejado de ser la única fuerza constitutiva de derecho, pudiendo ser ella misma objeto de un posible juicio de validez.

- f. *El Estado constitucional: el derecho por principios.* La constitucionalización tanto de los derechos como de los principios significa la completa superación del Estado de Derecho legislativo, constatándose la diferencia entre reglas y principios²¹. Mientras que las normas legales son, preferentemente, reglas, los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, en tanto normas constitutivas y estructuradoras del orden jurídico. El derecho constitucional se configura, de este modo, como un derecho por principios, concretando el

²⁰ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 102.

²¹ Véase ALEXY, Robert (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 81-138.

cambio en la concepción del derecho que significa el paso del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional.

Algunos aspectos de la clásica concepción del derecho se ven modificados: por una parte, las reglas se agotan en sí mismas, ya que no tienen una fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan; son interpretadas mediante los métodos clásicos de SAVIGNY, reflejo del sistema jurídico homogéneo propio de la clase social que lo constituyó; no consideran aplicaciones parciales, ya que una vez verificado el presupuesto de hecho que la norma establece, sólo cabe cumplirla.

Por el contrario, los principios carecen de supuesto de hecho, por lo que no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica y su significado sólo puede determinarse en casos concretos y no en abstracto; su interpretación es diferente, ya que el recurso a la ponderación es obligado dada la imposibilidad de determinar su significado en abstracto (en efecto, la interpretación de una Constitución de principios pluralistas es diferente a la interpretación de una ley que se presenta como acabada). La Constitución se limita a recoger los principios que reflejan la realidad de la sociedad, pero no determina la forma en que estos deben concretarse o cómo se han de solucionar los eventuales conflictos que generen. En ese sentido, la interpretación adquiere un carácter creador de Derecho, ya que debe concretar los principios recogidos por la Constitución; *“lo esencial es justamente esto: que en las constituciones pluralistas, como regla, se insertan principios universales, uno junto al otro según las pretensiones avanzadas por las ‘partes’, pero faltan la regulación de la compatibilidad, la solución de las ‘colisiones’ y la fijación de los puntos de equilibrio”*²², tarea propia de la ciencia constitucional.

Ante esta nueva concepción del Derecho, ZAGREBELSKY señala que *“es preciso darse cuenta de que el ‘derecho por reglas’ del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al ‘derecho por principios’ del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción”*²³, oponiendo al concepto de *scientia iuris* (racionalidad formal, oposición cualitativa, todo-nada) el de *iuris prudentia* (racionalidad material, oposición cuantitativa, menos-más). La realidad del Derecho ha cambiado y no es posible negar sin más la relevancia interpretativa de las normas constitucionales de principio; ellas representan una clara tendencia en el constitucionalismo actual, presentes en las constituciones italiana, alemana y española, entre otras. Su plena vigencia normativa, que limita la actividad de todos los organismos del Estado, da cuenta del término del Estado de Derecho legislativo, particularmente después de la

²² ZAGREBELSKY (2005), n. 18, p. 86.

²³ ZAGREBELSKY (2003), n. I, p. 112; destacado en el original.

Segunda Guerra Mundial, ya que las experiencias de los regímenes totalitarios han hecho más prudente a la comunidad, incluso en el ejercicio democrático de los derechos políticos²⁴.

Sin embargo, aunque la relación de la ley con la Constitución es similar a su relación con el Derecho Natural (principalmente por la constitucionalización de principios superiores a la ley), ésta nunca precede a la experiencia jurídica positiva, ni se fundamenta en un orden objetivo. Por el contrario, *“los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”*²⁵. Ella positiva las diversas opciones políticas y garantiza su libre participación democrática en la formación del consenso político mínimo que, una vez constitucionalizado, es la base de los derechos y de la justicia.

El mismo pluralismo político y social que puso fin al Estado liberal de Derecho obliga al ordenamiento jurídico a ser flexible ante la evolución de las ideas que sustentan a los principios, cuyo contenido no es absoluto, sino que depende del contexto cultural del que forman parte: *“los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio”*²⁶. En este sentido, las declaraciones constitucionales esbozan los principios, que en su conjunto forman una suerte de ‘sentido común’ del Derecho, un ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, en que los contrastes se resuelven por medio de la discusión y no a través de la imposición.

En consecuencia, el carácter pluralista de la sociedad es incompatible con una estructura de principios que responda a una escala jerárquica de valores. Por esta razón, no existe un método exacto o apriorístico para articular los principios, sino que es necesaria la prudencia en la ponderación de cada uno de ellos para su aplicación en el caso concreto. Para asegurar que los diferentes principios y valores convivan en la sociedad y que se reflejen en el ordenamiento jurídico²⁷, deben ser relativizados entre sí en un pie de igualdad –sin la intervención de un valor mediador, como el dinero–; con esto, los principios pierden su carácter absoluto, a fin de conciliarse recíprocamente en la sociedad. Esta dimensión del derecho es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista como la actual²⁸.

²⁴ ZAGREBELSKY (2004), n. 5, p. 21.

²⁵ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 114.

²⁶ ZAGREBELSKY (2005), n. 18, p. 89.

²⁷ ZAGREBELSKY (2004), n. 5, p. 23: es necesario hacer valer la Constitución *“como fuerza constitutiva de un idem sentire político, difundido en todos los estratos sociales”*, antes que aislarla en el mundo exclusivo de las leyes.

²⁸ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, pp. 124-125.

- g. *La interpretación flexible*. Como consecuencia de este cambio sustancial, los jueces dejan de estar al servicio de la ley, ya que pueden invalidar la voluntad legislativa si lo demandan las exigencias de un caso concreto. Aun cuando se mantiene la tensión que vincula derecho y realidad, la *voluntas* de la ley y la *ratio* del caso han relativizado su posición: la *ratio* ha sido secularizada en la constitucionalización de los principios y la *voluntas* ha dejado de ser absoluta, ya que también se encuentra sometida a los principios constitucionales. Ello significa una ampliación de los métodos interpretativos, cuya pluralidad excede a los métodos clásicos²⁹.

Si la conexión presupuesta por el derecho positivo entre una acción y su resultado social ha experimentado un cambio profundo en la sociedad, la presión del caso, categorizado de distinta forma que en el pasado, impone la transformación de las reglas jurídicas mediante un esfuerzo de adecuación que comprende tanto a la jurisprudencia, como a la legislación y la ciencia del Derecho. Ello lleva a ZAGREBELSKY a afirmar que “*el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como un sistema normativo independiente y autosuficiente*”³⁰, porque la norma jurídica no busca una justicia abstracta e inmóvil –como sí lo hace la norma moral–, sino que se encuentra permanentemente sometida a fuerzas de transformación e interpretación.

En consecuencia, la interpretación no se puede presentar en abstracto, desconociendo la influencia del caso; la combinación de la naturaleza práctica de la ciencia del Derecho y la pluralidad social actual, han puesto fin a un derecho por reglas propio de un contexto político y social homogéneo, donde el cuestionamiento de los valores fundamentales no llegaba al punto de provocar un problema jurídico. La pluralidad de la sociedad actual genera la explosión subjetivista de la interpretación del Derecho, ya que se ha agotado un cuadro de principios compartidos por la generalidad. Pero el Derecho debe ser razonable y no cerrarse a esta coexistencia pluralista, sino someterse a la exigencia de composición y apertura. La equidad viene a caracterizar al Derecho actual a través de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia, así como del correctivo final de la omnipotencia de la ley.

En este marco, la posición del juez y la función de la jurisdicción han cambiado respecto del modelo anterior. En una posición de intermediación entre el Estado y la sociedad, el juez ya no es siervo de una ley que coincidía con la voluntad

²⁹ A modo de ejemplo, HÄBERLE se refiere a la comparación jurídica como método de interpretación de las normas de derechos fundamentales. En definitiva, se trata de incorporar en la interpretación de determinado ordenamiento jurídico los elementos positivizados en otras constituciones, permitiendo que éstas puedan ‘comunicarse’; estando o no de acuerdo con su afirmación, demuestra que la doctrina comparada está trabajando en torno a nuevas formas de interpretación constitucional. En HÄBERLE, Peter (2003), *El Estado constitucional*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, pp. 162-165.

³⁰ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 138.

estatal; por el contrario, debe incorporar las exigencias de la equidad en los casos concretos, en el marco de la flexibilidad del Derecho que viene dada por el pluralismo en la constitucionalización de los principios. Es en los jueces donde se verifica la unidad del Derecho, pues en la instancia jurisdiccional se dan cita todas sus dimensiones: ley, derechos, justicia. ZAGREBELSKY atribuye a los jueces la función de “*garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia*”³¹, con lo que asumen una mayor función creadora de Derecho.

En cuanto al legislador, su mayor o menor libertad para determinar el contenido de los derechos o de la justicia dependerá de la concepción abierta o cerrada del marco de principios que contemple la Constitución. En todo caso, la legislación es la expresión de derechos políticos que se encuentran en el mismo plano que los demás derechos, por lo que desconocer la posición del legislador pondría en riesgo el equilibrio constitucional. Aun cuando se enfrenten ‘constitucionalismo’ y ‘legalismo’ (según la mayor o menor autonomía del legislador frente a la Constitución), no se puede perder de vista que la ley tiene un valor en sí misma en cuanto expresión de los derechos políticos y democráticos, por lo que no requiere de ninguna legitimación de contenido o sustantiva, sin perjuicio de que pueda ser invalidada por contradecir a la Constitución (principio de la supremacía constitucional).

Consecuente con el pluralismo de la sociedad actual, la Constitución debe estar abierta en el contexto y no ser un sistema cerrado de principios, debiendo dejar el espacio necesario para que el legislador determine esa apertura en términos histórico-concretos, dentro de los límites que el propio contexto permite.

En este sentido, una interpretación cerrada por parte de un tribunal constitucional, que no permita ninguna alternativa, debilita los derechos del legislador y su carácter político. Esto significaría restringir la capacidad del legislador de contribuir políticamente en la creación del Derecho, como representante directo de la pluralidad de la sociedad actual; por ello, es necesario mantener abiertas la pluralidad de opciones legislativas futuras y no cerrarlas en términos absolutos. Es necesario tener presente que la ley tiene valor en sí misma en tanto manifestación de los derechos políticos de la ciudadanía. Por ello, una merma significativa del espacio del legislador podría derivar en un Estado más constitucional, pero ya no un Estado constitucional democrático, por lo que mantener el equilibrio es fundamental. En definitiva, ni la ley en el siglo XIX ni la jurisprudencia hoy pueden ser considerados como única fuente de Derecho, o al menos, a la que se sujetan las demás.

³¹ ZAGREBELSKY (2003), n. 1, p. 153.

Lo propio cabe señalar respecto del poder constituyente, ya que su manifestación originaria nunca es inmutable o absoluta. Por el contrario, los ideales de Justicia y de Derecho que son objetivados en determinado momento histórico se encuentran sometidos permanentemente a revisión por parte del titular originario del poder político. En efecto, en el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho, es la comunidad política la que se da a sí misma una norma fundamental destinada a regular sus relaciones jurídicas y a regular el ejercicio del poder; en consecuencia, los actos normativos que denominamos constituyentes son conceptos históricos, es decir, obedecen a determinadas circunstancias históricas, y no constituyen una definición absoluta que deba ser interpretada en términos ahistóricos. Ello explica, entre otros factores, los cambios que se introducen mediante reformas comúnmente (pero equivocadamente, a mi juicio) identificadas con el poder constituyente derivado, las que vienen a cambiar el contenido material de una serie de principios objetivados en el texto constitucional (v.gr., el principio democrático positivado en el art. 4º CPCh), actualizando la lógica interna del Código Político³² y reflejando un nuevo consenso en el poder constituyente.

Así, no es lo mismo interpretar la Constitución vigente a la luz de las ideas de Derecho y Justicia sostenidas en 1980 que a la luz de lo sostenido en 1989 o en 2005; no sólo porque tienen una legitimidad democrática diferente, sino también por el consenso político efectivo que cada etapa representa. Ello no implica, a mi juicio, desconocer la existencia histórica de ciertas etapas previas de la Constitución; pero sí nos obliga a determinar la relevancia específica que cada contexto histórico y social tiene en la interpretación actual de la Norma Fundamental. En definitiva, ello nos lleva al debate en torno a los métodos de interpretación constitucional, enmarcado dentro de los extremos del originalismo y del evolucionismo o, si se prefiere, del normologismo y del sociologismo.

Por ahora, baste con señalar que ambos extremos han de ser relativizados entre sí, en la búsqueda de un método de interpretación constitucional que permita integrar las opciones manifestadas en determinados momentos constituyentes, con el contexto (principalmente normativo, pero también político y social) de aplicación de la Constitución. Ello significa reconocer a cada comunidad política la facultad de darse a sí misma una Norma Fundamental, elemento propio de la teoría democrática del poder constituyente.

³² ALONSO GARCÍA, Enrique (1984), *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 198, señala: “todas las normas deben interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales, produciendo, por el contrario, la armonía con todos los restantes preceptos constitucionales”.

