

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho-Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

Éste es el cambio que, en el último cuarto de siglo, puede ser calificado como el de mayor relevancia en nuestra Teoría Democrática y Estado de Derecho. Y pienso que esa importancia del tópico existe no sólo en Chile sino que, en la medida que el tema se refiere a una Carta Fundamental legítima, en el mundo del constitucionalismo democrático entero¹.

Aún sin cabal conciencia de lo que tal cambio implica, o dificultado por concepciones legalistas anacrónicas, u obstaculizado por reminiscencias de la soberanía infalible del legislador o, en fin, obstruido por deformaciones profesionales centradas en la hegemonía de las disciplinas iusprivadas, la renovación que singulariza a la Constitucionalización del Derecho ha comenzado, sin embargo, a manifestarse con una impronta honda y vasta que replantea, desde las fuentes hasta el *ethos* que explica el ejercicio razonado de la soberanía, dentro de nuestras fronteras y en ligamen con otros pueblos.

La Constitucionalización que me ocupa fue primeramente desarrollada por la Jurisprudencia, pero en los países cuya cultura jurídica otorga preponderancia a los principios, cláusulas generales, costumbres y valores supremos, finales y cohesionantes del proyecto nacional, plasmados en el preámbulo, o articulados en el texto de la Carta Fundamental respectiva. Después, ese ejemplo de Magistratura se ha difundido a otras culturas. En

¹Escribo estas reflexiones incentivado por la monografía de Louis Favoreu, del mismo título que el de mi ponencia, aún no publicada en nuestro país y parte de la cual ese catedrático francés expuso en Santiago, el 27 de marzo de 1995, al inaugurar el Año Académico de los Programas de Magister y Postítulo en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile. Algunas de las proposiciones que siguen fueron más brevemente planteadas en mi artículo *Obedecer a la Constitución y después a la ley*, en Revista Universitaria (1995), 48-52.

éstas, el despliegue del constitucionalismo ha sido hecho hallando la riqueza de antiguos principios y normas; a veces redescubriendo esa potencialidad, apagada por el positivismo literalista que se consolidó a fines del siglo XIX o, por último, a raíz de la dolorosa experiencia padecida tras violentas interrupciones institucionales.

En algunos países, la Constitucionalización del Derecho ha sido asociada a la incorporación, en los Códigos Políticos respectivos, de un catálogo más exhaustivo de derechos humanos, paralelo a reformas orgánicas como la creación de Tribunales Constitucionales, el restablecimiento de ellos, la introducción de acciones y recursos cautelares de aquellos derechos, el énfasis en jurisdicción preventiva más que en la punitiva, etc.².

Creo que ésas y otras razones sirven para explicar el fenómeno en estudio, pero las considero insuficientes. Pues, y en efecto, más que vinculada a un nuevo Código Político, la Constitucionalización del Derecho supone la concurrencia de causas más sutiles y profundas, como la perdurabilidad de una sólida conciencia constitucional, la buena fe y honestidad³ en la hermenéutica de la Carta Fundamental; la redefinición de la naturaleza y funciones de esta última, con sujeción a la dignidad y los derechos inalienables de la persona, valores a cuyo servicio deben hallarse el Estado y el Orden Internacional.

De manera que el tópico de esta ponencia debe ser incluido entre los principales de una Teoría Constitucional, coherente con los cambios que configuran al humanismo de nuestro tiempo. Y ese tópico tiene que ser, además, incorporado entre los determinantes de la modernización en el Estado de Derecho.

I. CARACTERÍSTICAS

La Constitucionalización del Derecho es un proceso de larga duración, cuyo epígono o resultado culminante consiste en la comprensión, aplicación y control de todos los principios y normas jurídicas a partir del Derecho

²Léanse los artículos que Aharon Barak, Dominique Rousseau y Carlos Santiago Nino, incluidos en Michel Rosenfeld (Editor), *Constitutionalism, Identity, Difference*. Duke U. Press, Durham (1994), 253 ss.

³Nuestro *La interpretación axiológica de la Constitución*, en Interpretación e integración y razonamiento jurídicos. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, 89 ss.

Constitucional y retornando a él. En tal sentido, la Constitucionalización del Derecho es el reconocimiento práctico de la supremacía de la Carta Fundamental, formulado a través del Derecho Constitucional y realizado, en todas las disciplinas jurídicas, cualquiera sea quien las estudie u opere con ellas.

Tal Constitucionalización se expresa en la difusión de los principios y normas de la Carta Fundamental a todo el sistema jurídico, impregnándolo de los valores de ésta, como son la vida e integridad de la persona, la libertad e igualdad, la paz y justicia, el bien común, la participación, el desarrollo y la solidaridad que, entre otros, son modeladores de aquel proceso jurídico, teleológica y no lógico-positivamente entendido.

La Constitucionalización del Derecho implica reconocer que ha ocurrido un cambio en la naturaleza y prelación de las fuentes de preceptos jurídicos, en el contenido y las finalidades de las asignaturas del sistema legal entero, tanto positivo como no positivizado. Implica, además, admitir que dicho cambio se ha producido por la influencia en esas fuentes de los principios, normas y técnicas del Derecho Constitucional, es decir, de la disciplina más categórica y elevadamente humanista del ordenamiento preceptivo, sea el de cada Estado Democrático o del Orden Internacional.

Estimo que, en los términos de conciencia diáfana, manifiesta y prácticamente vivida que he descrito, el proceso aludido tiene un cuarto de siglo de desenvolvimiento en Francia⁴, algo más en Alemania⁵, pero centenares de años en Inglaterra y 192 años en Estados Unidos, puesto que allí el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 marcó el comienzo de la supremacía del Código Político escrito. Con las prevenciones expuestas en la Introducción de esta ponencia, estimo que el recurso de protección de ciertos derechos humanos, incorporado a la Carta fundamental de 1980 y vigente a cabalidad desde el 11 de marzo de 1990, como asimismo, el rol que ha cumplido el Tribunal Constitucional desde mayo de 1981, pueden ser reputados como los hitos que dieron comienzo a la Constitucionalización del Derecho en nuestra Patria.

⁴A partir de la decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971, reproducida y comentada en Louis Favoreu y Loic Philip en *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (7^e éd.). Sirey, Paris, 1993, 242; sobre la misma decisión, además, Th. S. Renoux y M. de Villiers, *Code Constitutionnel*. LITEC, Paris, 1994, 120.

⁵Consultar en general, Donald Kommer, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Duke University Press. Durham, 1989.

II. CONSECUENCIAS

Tal proceso está vinculado al rol de la Constitución en los sistemas jurídico, político y socioeconómico, no sólo en el primero de ellos. Él asume, como premisa esencial, que la Carta Fundamental es un sistema o ensamblaje coherente de principios y normas, directamente aplicable y vinculante, de manera que no queda, en su concreción práctica subordinado a la ley u otros preceptos de rango inferior, cuya dictación suele ser diferida por tiempo indefinido⁶.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador es una consecuencia de lo escrito⁷. Y advierto que tal vicio es genérico, o sea, comprensivo de grados o niveles de gravedad en el incumplimiento del imperativo constitucional como, asimismo, de tipos o clases de infracción por inacción. Fluye de ello que la inconstitucionalidad por omisión no se refiere sólo a un transcurso prolongado de tiempo sin que el legislador dicte las normas que vuelven operativa a la Constitución, sino que, además y tal vez con mayor frecuencia y prácticamente entendido el asunto, tal inconstitucionalidad versa sobre la dictación de normas legales insuficientes, incompletas y defectuosas, como también, acerca de la aprobación de disposiciones legales inobjetables, pero sin financiamiento ni recursos humanos idóneos para llevarlas –como escribió Roscoe Pound– de los libros a la acción real⁸.

Desde que la Carta Fundamental es inmediatamente vinculante para todos los órganos estatales, sin excepción, ninguno de aquéllos queda exonerado de cumplir, en primer lugar, cuanto ordena el Código Supremo. Por eso y en Chile son órganos de control de la supremacía constitucional, v.gr., los Presidentes de las Comisiones y de la Sala de cada rama del Congreso, la Contraloría General de la República, las Superintendencias y, por cierto, los tribunales en general, en cuya cima está la Corte Suprema, paralela a la cual se halla el Tribunal Constitucional.

⁶Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en su sentencia del 27 de octubre de 1983 (rol N° 19) y en su sentencia de 5 de abril de 1988 (rol N° 53). Consúltese sobre el particular a Eugenio Valenzuela Somarriva, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1989, como asimismo, Patricio Zapata Larraín, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, 1994).

⁷Germán J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. EDIAR. Buenos Aires, 1995, 218-231, 348-353 y 402-404; Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994, 328 ss.

⁸*An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). Yale U. Press, New Haven, 1971, 43-45.

En la Constitucionalización del Derecho se constata el caso de la soberanía infalible de la ley, correlativo al auge de los Derechos Humanos⁹. Herbert Krügger¹⁰ lo dijo con elocuencia, cuando sostuvo que, por siglos, los derechos humanos quedaron condicionados al reconocimiento y protección que les dispensara el legislador, mientras que hoy la ley vale sólo en la medida que protege y fomenta el ejercicio de tales derechos: “Antes, los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley; hoy, las leyes valen sólo en el ámbito de los derechos fundamentales”.

En dicho cambio la jurisprudencia teleológica ha tenido un rol decisivo, especialmente por el control preventivo o a priori de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos que ha ejercido. Y todo experto sabe que, cuanto más resueltamente desempeñada sea esa jurisdicción cautelar, mayor será la resistencia presentada por los órganos controlados, sobremanera el legislador¹¹.

Pertinente es aquí hacer hincapié en la necesidad de proseguir la revisión de las leyes, en parangón con la sustancia de los derechos fundamentales propugnados en la Constitución y los Tratados Internacionales atinentes. Esta labor, apenas comenzada en Chile, debe producir nuevos e importantes efectos. Con ánimo ilustrativo, consigno aquí la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales contemplados en nuestra codificación clásica, como ya ha sucedido¹² y, correlativo al efecto recién descrito, el fortalecimiento mismo de la Constitucionalización del Derecho.

Aquel proceso refleja la superación de las distinciones adjetivas entre el Derecho Público y el Privado¹³. Hoy, efectivamente, no se discute

⁹Jean Rivero. *A modo de Síntesis* en Louis Favoreu *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984, 665 ff.

¹⁰Citado por Otto Bachoff. *Jueces y Constitución*. Ed. Civitas, Madrid, 1985, 41.

¹¹Gustavo Rivera Sibaja, *Control de Constitucionalidad ¿Tribunales Ordinarios o Magistratura Constitucional Especializada?* (Tesis de Magister) (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile), 1995, 11 ss.

¹²Revítese la Sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada el 18 de junio de 1991 (rol Nº 124), publicada en Gaceta Jurídica Nº 132 (1991), 121 ss; en parangón con el fallo de la Corte Suprema fechado el 16 de septiembre de 1992 (inaplicabilidad rol Nº 16.868), publicado en Gaceta Jurídica Nº 147 (1992), 29 ss.

¹³Consúltense las comunicaciones presentadas en el Primer Encuentro Nacional sobre la Enseñanza del Derecho Público, publicadas en la Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso) Nº 39 (1994).

que son tópicos y principios medulares, pero escasos, los que separan aquellos hemisferios jurídicos, porque existe difuminación de límites entre ellos, a raíz de ser concebidos como partes de un sistema integrado o coherente por la supremacía de la Carta Fundamental, en la terminología de Manuel García Pelayo¹⁴.

En las aulas, la Constitucionalización del Derecho despuntó con los estudios de Derecho Comparado y siguió en el Derecho Administrativo, para después irradiarse a todas las disciplinas del ordenamiento preceptivo. Hoy son ostensibles las incisiones de la constitucionalización del derecho de familia, el dominio público y privado, las bases y finalidades del derecho penal, el derecho laboral y de la Seguridad Social, el proceso justo y tanto la organización como el funcionamiento de la economía, abarcando el régimen tributario, de recursos naturales, así como todas las demás disciplinas, sin ninguna exclusión.

III. VÍAS

Puede distinguirse una avenida abierta o masiva, por acceso público o popular de todos los accionantes, franqueado en forma directa e inmediata, a la Justicia Constitucional, sea difusa o la ejercida por diversos órganos estatales; y otra senda restringida, por el acceso limitado a dicha Justicia, efectuado sólo por ciertos órganos a través del requerimiento hecho a una Magistratura que concentra el control de la supremacía constitucional¹⁵.

Naturalmente, es posible que ambas vías sean conjugadas, aumentando en igual medida el control jurisdiccional respectivo. Y puede reputarse acertado que así suceda pronto y en la práctica¹⁶.

Empero, entre nosotros la Justicia Constitucional no tiene todavía la homogeneidad de objetivos, de órganos, procedimientos y momentos de intervención adecuados para elevar la eficacia del control de suprema-

¹⁴*Las Transformaciones del Estado Contemporáneo* (Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 1977), 43.

¹⁵Rivera, *supra* nota 11, 20 ss.

¹⁶Francisco Rubio Llorense, "Once Tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa", en José Luis Soberane (compilador). *Tendencias Actuales del Derecho* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994), pp. 338 ff.

cía y precaver incoherencias en los fallos o dictámenes correspondientes¹⁷. Por eso, hay casos de asimetría en los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema¹⁸. Despréndese de lo escrito que ésta es ya una cuestión madura, en punto a la necesidad de reformar la Constitución, razón que justifica lo planteado por el Presidente de la República en su más reciente mensaje sobre la materia¹⁹.

IV. DIFICULTADES

Está ya escrito en la Introducción de esta ponencia que la Constitucionalización del Derecho no ha sido un proceso simple y rápido, cuyo curso futuro esté claramente despejado, porque son numerosos y fuertes los obstáculos que impiden un avance resuelto y más sencillo. Aquí se topa con el problema de mentalidades jurídicamente estructuradas sobre la base de parámetros distintos y opuestos a los que propugna la Constitucionalización. Este proceso resulta aún más complicado por el tabú de los derechos humanos, agitado con las cuestiones pendientes por la violación de ellos en los regímenes autoritarios.

¹⁷Ello ocurre así pese a lo previsto en el artículo 83º inciso 3º de la Constitución, norma cuya concreción práctica es difícil por la imprecisión de sus presupuestos de aplicabilidad, superlativamente el mismo vicio allí aludido. Esto deja de manifiesto que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional deben tener composición diferente e integración independiente entre sí, sin la presencia de tres ministros de aquélla en este último.

¹⁸Consúltense, con ánimo ilustrativo, las sentencias citadas en *supra* nota 12.

¹⁹Mensaje N° 90-332, fechado el 26 de octubre de 1995, en cuya p. 18 se lee lo siguiente:

“(…) se estima que correspondiendo a la Corte Suprema el control de constitucionalidad *a posteriori* de las leyes, en los términos dispuestos en el artículo 80º de la Carta Fundamental, la presencia de sus miembros en la instancia a la que corresponde ejercer preventivamente el mismo control, incluso en forma obligatoria, cuando se trata de leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución, es inconveniente. Con el preciso objeto de subsanar la deficiencia anterior y de separar claramente las funciones que corresponden a los Tribunales de Justicia y al Órgano de Control de Constitucionalidad preventivo de las leyes, se establece la incompatibilidad entre los cargos de Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y Ministros del Tribunal Constitucional”.

A los escollos descritos agregó que, en Chile y el mundo, se advierte –aunque en desigual medida– la ausencia de mecanismos suficientes, expeditos e idóneos, para asegurar el acceso y el respeto a las decisiones que hacen valer la supremacía. Ya se ha dicho que, como idea o principio jurídico-político, la Constitucionalización que me ocupa no puede reputarse sorprendente para ningún entendido, porque en la realización concreta de lo que implica el control efectivo de la supremacía yace lo novedoso de aquel proceso. En pocas palabras, la Constitucionalización del Derecho equivale a que la teoría corresponda a la práctica.

Subsisten, por otra parte, planteamientos opuestos a la Constitucionalización, v.gr., la teoría de la *ley pantalla*²⁰ o que halla el fundamento de los actos administrativos sólo en la ley. De esta manera, no se eleva en un grado el examen de juridicidad, omitiendo ejercer el control directo de constitucionalidad de dichos actos, como sucede en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

Pero un obstáculo más difícil de superar estriba en la ignorancia o impericia de abogados, funcionarios y jueces respecto de la Constitución y del Derecho Constitucional, teórica y prácticamente entendido. Esto pone de relieve una formación académica, forense y profesional débil en el área respectiva. Al hilo de lo ya expuesto, es claro que ese obstáculo es mayor en los Estados de cultura jurídica predominantemente positivo-formal, como el nuestro, y en que sigue siendo reverenciada la decimonónica visión de la ley como expresión de una voluntad general, infalible y absoluta, manifestada por los representantes de la Nación. Es ya tiempo de admitir resueltamente que la ciudadanía en Chile tiene suficiente experiencia, sensatez y criterio cívicos como para que, también en el ámbito de la legislación, se haga realidad el principio de una soberanía limitada en cuanto al mandato representativo. La iniciativa popular, el referendo y el plebiscito, en los marcos geográficos de la Nación, la región y la comuna, tienen que ser, entonces, regulados pronto y con la decidida voluntad que se lleven a la práctica.

En resumen, en Chile y otros países falta aquella sutil sagacidad –fruto de la formación y el adiestramiento– que, citando una vez más a Favoreu, ha denominado el *reflejo constitucional*, pues en su lugar se padece el síndrome del reflejo legal, positivista y estatalmente concebido.

²⁰Favoreu, Conferencia citada en *supra* nota 1.

V. EVALUACIÓN

De la Constitucionalización del Derecho percibo, hasta aquí, sólo buenos frutos. Semejantemente favorable es mi proyección de dicho proceso a corto y mediano plazo. Pero no puedo silenciar que deben sobrevenir algunas consecuencias negativas, respecto de las cuales aquí no me pronuncio porque las reputo inherentes a la futurología constitucional, disciplina que no practico y en la cual tampoco creo.

Entre las secuelas directas cabe señalar que el Derecho Constitucional Orgánico ha desplazado a la Ciencia Política, u obligado a que ésta vuelva a ocuparse del elemento jurídico. La ostensible propensión a realizar investigaciones institucionales²¹ es una evidencia de lo dicho. Adviértese como plausible, consiguientemente, el interés por los sistemas electorales, los regímenes de partidos y los tipos de gobierno²². Crece así la extensión de la ampulosamente denominada Ingeniería Constitucional, con incursiones en las reformas judiciales, la descentralización política, el régimen de formulación y ejecución del presupuesto nacional, etc.

Se ha producido, asimismo, la elevación de las fuentes técnico-jurídicas del Derecho Positivo, desde la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución, con el dominio máximo legal y el ocaso del Parlamento, emergiendo el Poder Constituyente como soberano limitado y la participación del pueblo a través de la democracia semidirecta.

Se asiste a la constitucionalización de los derechos esenciales, pasando desde la primera y segunda generación de ellos, vale decir, de los derechos individuales y sociales, a la tercera y cuarta generación de tales derechos, incluyendo los de índole ecológica y el derecho de la injerencia activa para restablecer la paz donde la violencia vulnera aquellos atributos inalienables del ser humano.

El proceso se despliega simultáneamente en el interior de las fronteras estatales y hacia el exterior de ellas. Efectivamente, hoy existe el Derecho Constitucional Internacional, a raíz de los tratados que se equiparan a los Códigos Políticos en su jerarquía normativa, tanto en los derechos y

²¹Juan Linz *et al.*: *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1990. En análogo sentido revítese Genaro Arriagada *et al.*: *Cambio de régimen político*. Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1992.

²²Giovani Sartori: *Constitutional Engineering*. Basic Books. New York, 1994.

garantías que propugnan, como en los órganos de protección y promoción de los derechos humanos que se aseguran a todas las personas, sin discriminación. Agotada la vía reparadora de la jurisdicción interna, queda preparado el acceso a esa finalidad de justicia por medio de la jurisdicción, sea regional o mundialmente concebida²³.

En punto a los efectos indirectos de la Constitucionalización del Derecho, puede mencionarse la modernización de las ramas más tradicionales del sistema jurídico, por la primacía de los Derechos Fundamentales. Destácase en este rubro el rol de la igualdad en sus diversas modalidades, v.gr., de oportunidades respecto de los sectores y actividades infraprotectidos de la población, como sucede con la familia, la mujer, la juventud y la tercera edad, el consumidor o el patrimonio ambiental.

Ha contribuido, además, a la unificación del sistema legal en torno de la Constitución, entendida como matriz de todo el orden jurídico, integrado por el plexo de valores que ella condensa. Trátase, por ende, de un retorno al antiguo ideal del sistema jurídico, pero al cual se intenta llegar ahora por sendas diferentes, más nobles en su fondo y seguras en la forma, que la concepción axiomática de una juridicidad positiva, completa, autosuficiente y con referencia a sí misma²⁴.

El Derecho Constitucional ha pasado, enseguida, a servir de base y finalidad a todas las demás ramas jurídicas, ninguna de las cuales puede ser concebida, aplicada ni practicada sin nexos con la Carta Fundamental. Quiérase o no, lo indiscutible es que hoy un procurador, licenciado o abogado simplemente no puede desenvolverse sin el manejo adecuado de los principios y reglas del Derecho Constitucional, largo más que la memorización de los artículos de un Código Político. Evidentemente, esta realidad tiene que ir paralela al aumento del Derecho Público en el currículum de los alumnos de pregrado, en el despliegue de los programas de postgrado y en la formación iuspublicista de los funcionarios estatales, sin excepción²⁵. Y al Derecho

²³Una exposición actualizada del asunto se halla en Cecilia Medina Quiroga, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994), pp. 3-54. Útil es también consultar las ponencias presentadas en las XXIV Jornadas de Derecho Público, publicadas en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 (1993) N^{os} 2-3.

²⁴José Luis Cea Egaña, *Sistema y problema en la investigación jurídica. Para una dogmática flexible del Derecho*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. x, N^o 2 (1983), 341 ss.

²⁵Consúltense las monografías incluidas en la *Revista de Ciencias Sociales* citada en *supra* nota 13.

Constitucional debe serle reconocida una impronta formativa especial en tales estudios, porque es la disciplina más básica, finalista y sistematizadora de todas las asignaturas jurídicas.

VI. ¿PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO?

John Rawls²⁶ puso énfasis en el contrato –y no en la ley o el acto administrativo– como instrumento de Gobierno. Hizo con ello recordar a William Graham Sumner y especialmente a Maine, en cuyos escritos se postula el tránsito, con sentido de avance hacia el progreso, desde el status al contrato²⁷. Queda así la ley, podría decirse, en la fase intermedia de esos dos extremos iusprivados. Ello lleva a pensar en la “Civilización” del Derecho, o sea, en la privatización del ordenamiento jurídico por el empleo generalizado, en los ámbitos gubernativos, de instituciones y procedimientos típicos del Derecho Privado, debido a su mayor eficiencia, menores costos y métodos de fiscalización más eficaces.

Más aún, se asiste a la Privatización de lo Público, como sucede con las desregulaciones, el repliegue del Estado empresario, el aumento de los servicios públicos concedidos, o el auge que ha tenido el respeto a la intimidad de la vida personal y familiar.

¿Es ello contrario a la Constitucionalización del Derecho?, ¿será este último proceso detenido y después revertido por la privatización mencionada?, ¿queda así en situación de ser mejor cumplido el objetivo que se impone al Estado, en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución, en punto a servir a la persona humana?

Desde luego, es razonable y plausible que sean empleados métodos típicos del Derecho Privado para alcanzar mejor las finalidades del bien común, cuidando que la transparencia sea completa, la corrupción se reduzca, el control no se relaje ni las sanciones queden en letra muerta. Por lo mismo, nada tiene de criticable el uso, en el Derecho Público, de esas técnicas asociadas con el iusprivado, menos todavía si el disfrute real de los derechos humanos resulta así vigorizado en la sociedad democrática.

²⁶A *Theory of Justice*, Harvard U. Press, Cambridge, 1971, 86 ss. (Hay traducción española del Fondo de Cultura Económica, 1977). Véase, en el mismo sentido, aunque escrito con intención de comentario a Rawls, el libro de N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Janés. Barcelona, 1985.

²⁷Sir Henry Maine (1819-1876), *Ancient Law* (1861).

De allí que mi respuesta –aunque todavía hipotética– a las preguntas planteadas sea negativa. Pero, además de lo escrito pienso así porque la privatización de lo gubernativo –que es encomiable en muchos aspectos– se refiere nada más que a una de las tres subfunciones del Gobierno, esto es, a la actividad administrativa, sin abarcar a las subfunciones ejecutiva ni política de aquél, mientras que la Constitucionalización abarca todas las ramas del Derecho, en sus objetivos, sustancia y métodos. Más categóricamente expresado todavía, tal proceso es denotativo de una nueva y más sustantiva legitimidad, consistente en someter el ejercicio del Poder al respeto de los derechos humanos, articulados en el Código Político y realmente protegido por la Justicia Constitucional regulada en él.

Y la consecución de esa finalidad, propia de la modernización del Estado, aunque raramente mencionada a este respecto, pone de relieve que lo importante es la persona, individualmente o asociada, a cuyo servicio debe siempre encontrarse aquél.