

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2007

### PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 25  
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©  
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

## PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,  
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

PONENCIAS EN COMISIONES

DE LOS CRITERIOS DE ARGUMENTACIÓN  
QUE DEBEN GUIAR LAS DECISIONES  
(CONTRA-MAYORITARIAS)  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ JULIO LEÓN

Aunque la tensión entre democracia y justicia constitucional es un tema que ha sido largamente estudiado por la doctrina, no es, para nada, un tema pacífico<sup>1</sup>. En Chile, coyunturalmente, el reciente fallo del Tribunal Constitucional sobre un artículo del proyecto de ley de subcontratación ha puesto sobre el tapete el rol que este organismo está llamado a ejercer en el nuevo orden constitucional, en relación con la labor del parlamento y, en general, de los órganos democráticamente elegidos; esto es, los que representan la voluntad popular<sup>2</sup>.

---

1. Cfr. Elster, Jon & Slagstad: "Constitucionalismo y Democracia", México, Fondo de Cultura Económica, 1999; Habermas, Jürgen: "Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", Madrid, Trotta, 2005; Waldrom, Jeremy: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13 N° 1 (Spring 1993), pp. 18-51; Laporta, Francisco: "El ámbito de la Constitución", en *Doxa* N° 24 (2001), pp. 459-483; y —en Chile— Atria, Fernando: "El Tribunal Constitucional y la objeción democrática", en *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 20 (1993), pp. 367-378, entre otros.

2. Lo mismo podría ocurrir, próximamente, con el que se pronunciará respecto del recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio de Salud que instruye la entrega de la "píldora del día después", a menores de entre 14 y 18 años, que ya ha sido declarado admisible por el Tribunal Constitucional.

En su fallo de fecha 21 de agosto de 2006 (Rol 534) —que declaró la inconstitucionalidad del artículo 183 ter, que el artículo tercero del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación pretendía incorporar al Código del Trabajo— el Tribunal Constitucional ha dicho, en síntesis, lo siguiente: i) Que el proyecto de ley de subcontratación determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores como, asimismo, la clase de responsabilidad civil de la persona denominada mandante o empresa principal en la subcontratación; ii) Que las disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; iii) que dicha norma surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República, a pesar de que se trata de una materia reservada por la Constitución Política a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado; por lo que (en conclusión): “se ha vulnerado el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Carta Fundamental, lo que configura un vicio de inconstitucionalidad de forma del precepto legal sometido a control de esta Magistratura”<sup>3</sup>.

El razonamiento, desde un punto de vista lógico formal, parece impecable. Sin embargo, ha merecido duras críticas de un sector político, representado por un senador (Camilo Escalona), quien señaló que —al fallar de este modo— el Tribunal Constitucional interfería con la labor propia del Congreso y se comportaba, así, como un “poder fáctico”. Muchos —erróneamente, a mi juicio— se apresuraron a salir “en defensa de la institucionalidad”, calificando estas críticas como desatendidas o inoportunas. Muy por el contrario, estimo que las críticas del referido Senador apuntaron al centro de un problema —una tensión pendiente— de nuestro ordenamiento constitucional, con mayor clarividencia, incluso, de la que han tenido la mayoría de nuestros constitucionalistas. Es el problema de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional y de la justificación de sus decisiones.

No pretendo aquí, por cierto, discutir acerca de si conviene o no —al sistema democrático— tener un órgano denominado Tribunal Constitucional con las características y facultades de que goza el que

3. Vid. Considerandos octavos a decimoprimeros del fallo en comento.

hoy tenemos. Ese es un tema político y dogmáticamente resuelto, al menos por ahora<sup>4</sup>. Lo que trato de sostener, más bien, es que la respuesta a la pregunta acerca de ¿por qué se justifica limitar y controlar racionalmente la labor del Poder Legislativo, sustrayendo a su deliberación y decisión determinadas materias e, incluso, anulando algunas de sus decisiones por estimarlas incompatibles con el texto constitucional?, se encuentra íntimamente conectada con la labor que, en la práctica, está llamado a desempeñar dicho órgano y con el tipo de razones que debe invocar para fundamentar sus decisiones.

El presente trabajo se desarrollará en la siguiente forma: En la primera parte, analizaré la necesidad y posibilidad de interpretar armónicamente el principio de supremacía constitucional con el principio democrático, ambos contenidos en el texto constitucional (I). Luego, haré un breve recuento de las razones que se han dado para justificar y delimitar racionalmente la jurisdicción constitucional, procurando sortear, en la medida de lo posible, la objeción democrática (también llamada “contra-mayoritaria”) a la existencia y funcionamiento de un Tribunal Constitucional (II). Finalmente, me referiré a los límites de la acción del Tribunal Constitucional —en particular los requisitos de justificación y criterios de argumentación que deben orientar sus decisiones— que se desprenden del análisis anterior (III).

## I

Un primer punto a resolver es si es real, o sólo aparente, el dilema que plantea Stephen Holmes, cuando dice que la noción de «democracia constitucional» es considerada por muchos como un oxímoron,

4. La ley N° 20.050, de Reforma Constitucional, publicada en el diario oficial el 26 de agosto de 2005, introdujo 58 enmiendas en 12 Capítulos de la Carta Fundamental; entre otros, al que regula la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional (actual Capítulo VIII, arts. 92 y ss., según el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política que fija el Decreto 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el diario oficial con fecha 22 de septiembre de 2005). Sobre esta Reforma Constitucional, en lo que toca al Tribunal Constitucional, Cfr. Pfeffer, Emilio: “Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes —Debates— Informes”, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 334-426, y “Reforma Constitucional”, Francisco Zúñiga (Coordinador), LexisNexis, 2005, pp. 551-696.

un matrimonio de opuestos o una contradicción en los términos<sup>5</sup>. Así, un sistema político, o es *democrático*, y entonces no admite ninguna limitación previa —constitucional— a las decisiones de la mayoría, o bien es *constitucional*, en cuyo caso no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes. A mí me parece que esa contradicción sólo es real cuando entendemos democracia —en un sentido restringido— como el gobierno de las mayorías, y Constitución como un estatuto de derechos pre-existentes al Estado que necesariamente se sustraen del debate político. Ambos conceptos, no obstante, son entendidos hoy de un modo más amplio en la doctrina y, consecuentemente, me parece que es posible compatibilizar el principio de supremacía constitucional con el principio democrático.

Rawls, como sabemos, elabora un procedimiento de “justicia procesal casi pura”, donde lo justo viene determinado por el procedimiento mismo. Partiendo de la idealización de las condiciones en que se desarrolla el discurso moral y político (“la posición original” más “el velo de la ignorancia”) intenta derivar los principios de justicia aplicables a la organización y distribución del poder político —la “estructura básica de la sociedad”— con el objetivo de que tal concepción pública de la justicia pueda ser aceptable para todas las doctrinas comprensivas razonables vigentes en la sociedad (“consenso superpuesto”). Señala Rawls: “Idealmente, una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo. El procedimiento sería el proceso político regido por la constitución, el resultado la legislación promulgada, mientras que los principios de justicia definirían un criterio independiente, tanto para el procedimiento como para el resultado”<sup>6</sup>. Para diseñar un procedimiento justo “las libertades de una ciudadanía igual tienen que ser incorporadas y protegidas por la constitución. Estas libertades incluyen la libertad de conciencia y de

5. Cfr. Holmes, Stephen: “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”, en Elster, J. & Slagstad, “Constitucionalismo y Democracia”, op. cit., pp. 219-220.

6. Rawls, John: “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 229.

pensamiento, la libertad personal y la igualdad en los derechos políticos”<sup>7</sup>. Así, las leyes serán justas en la medida en que estén dentro del ámbito consentido y que el legislativo haya seguido las formas autorizadas por la constitución. De consecuencia, Rawls admite que el principio de participación puede ser restringido por la constitución, esto es, “limitar el alcance de la regla de mayorías”: “Para justificar estas restricciones debemos mantener que desde la perspectiva del ciudadano representativo, en el tratado constitucional, la libertad de participación menos extensa está suficientemente justificada por la mayor seguridad y extensión de las otras libertades”<sup>8</sup>.

En la Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy<sup>9</sup>, por su parte, ambos principios —el constitucional y el democrático— no sólo pueden coexistir en el Estado de Derecho, sino que se presuponen mutuamente, son interdependientes. Alexy parte del Principio del discurso de Habermas: “Válidas son exactamente las normas de acción que pueden aceptar todos los posibles interesados como participantes en discursos racionales”<sup>10</sup>, del cual deriva el principio del Consentimiento Universal: “una norma sólo puede encontrar consentimiento universal en un discurso, cuando las consecuencias de su observancia general para la satisfacción de los intereses de cada uno puedan ser aceptadas por todos”<sup>11</sup>. Así —para Alexy— existe un derecho de libertad general

7. Ibid., p. 230.

8. Ibid., pp. 263-264. Rawls se vale también de un argumento analógico: “Los pasajeros de un barco permiten al capitán decidir el rumbo, ya que piensan que tiene más conocimientos e iguales deseos de llegar sano y salvo que ellos. Hay, en ambos, una identidad de intereses y una evidente diferencia de preparación para lograrlo. Ahora bien, el barco del estado es, de algún modo, análogo al barco en el mar, hasta tal punto, que las libertades políticas están subordinadas a otras libertades que definen el bien intrínseco de los pasajeros” (Ibid., p. 268).

9. Cfr. Alexy, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

10. Habermas, Jürgen: op. cit., p. 172.

11. Alexy, Robert: “Teoría del discurso y derechos humanos”. Universidad Externado de Colombia: 1995, pp. 68-69.



cuya consecuencia es el derecho de todas las personas a la más alta autonomía posible y del cual se pueden derivar otros derechos, ya sea que estén conceptualmente contenidos en él (como los derechos de libertad de opinión, reunión y prensa, y el derecho de participar en elecciones libres, iguales y secretas), o bien sean medios para un obrar autónomo, como los derechos sociales<sup>12</sup>.

El Argumento de la Democracia, a su turno, se formula del siguiente modo: 1°) El Principio del Discurso puede realizarse aproximadamente a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio<sup>13</sup>; 2°) Una democracia en la que las exigencias de racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente sólo es posible si los derechos humanos y políticos fundamentales rigen y pueden ejercitarse con igualdad de oportunidades, y 3°) El ejercicio de tales derechos con igualdad de oportunidades presuponen el cumplimiento de algunos derechos fundamentales no políticos: derecho a la vida, al mínimo existencial y a la enseñanza<sup>14</sup>.

Así, en un Estado constitucional y democrático de Derecho, como es el nuestro, el ejercicio del poder político —incluido el del Tribunal Constitucional— se fundamenta en la protección de los derechos personales y, al mismo tiempo (tendríamos que decir que por esa misma razón), se encuentra limitado —*prima facie*— por tales derechos. Por ello, la Constitución puede decir —sin incurrir en contradicción— en el artículo 4° que “Chile es una república democrática” (principio democrático) y, seguidamente, en el Artículo 5°, inciso segundo, que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...”; lo que se traduce en el principio de supremacía constitucional estampado en el artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución ...”.

12. Cfr. Alexy, Robert: “Teoría del discurso y derechos humanos”, op. cit., pp. 110-113.

13. Cfr. Habermas, Jürgen: op. cit., pp. 184 y ss.

14. Cfr. Alexy, Robert: “Teoría del discurso y derechos humanos”, op. cit., pp. 129 y ss.

## II

De la conciliación del principio democrático con el principio de supremacía constitucional (que necesariamente sustrae del debate político ciertos derechos fundamentales y ciertas reglas básicas necesarias para el funcionamiento del propio sistema democrático) no se sigue, sin embargo, una justificación —sería una razón necesaria pero no suficiente— para la existencia de un Tribunal Constitucional, ni tampoco sirve para determinar la extensión de sus facultades. Por ello, me parece pertinente que nos detengamos brevemente a revisar las razones que se aducen a nivel la teoría política a favor de la justicia constitucional; esto es, a explorar la concepción subyacente a la reconstrucción que es posible hacer de los textos constitucionales y la práctica judicial en vigor. Dichas razones servirán para orientar los criterios correspondientes al segundo nivel de análisis, esto es, para determinar el tipo de razones que puede (en un sentido normativo) esgrimir el Tribunal Constitucional en el ejercicio de la tarea contralora, para excluir del sistema jurídico ciertas disposiciones del poder legislativo (y, eventualmente, del Ejecutivo).

Como sabemos, la existencia del Tribunal Constitucional —así como la rigidez de la Constitución<sup>15</sup>— es pasible de la “objeción contra-mayoritaria”, en el sentido que limita las decisiones que, en democracia, el parlamento puede adoptar por mayoría de votos. ¿Cuáles son, pues, las razones que pueden sustentar que un sistema de gobierno basado en la participación y el consentimiento de los gobernados —la democracia constitucional— considere la existencia de un órgano de tipo jurisdiccional, que parece concebido deliberadamente para dificultar el cambio político que, generalmente, se logra a través de la labor legislativa y de la administración?

Carlos Nino plantea el problema del siguiente modo: “La democracia significa, como mínimo, la regla de la mayoría, mientras que

15. Me ocuparé de este tema en otro lugar. Vid. León, José: “La reforma constitucional y el principio democrático”, ponencia presentada en las XXXVI Jornadas de Derecho Público: “Reformas Constitucionales 2005, un año después” (Santiago, 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006), organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

los derechos individuales suponen aceptación unánime o decisiones tomadas por funcionarios no electos democráticamente, tales como los jueces y otras instituciones “minoritarias”. ¿Cómo es posible justificar simultáneamente la regla de la mayoría y la de la minoría, y trazar los límites apropiados entre ambas?<sup>16</sup>

Ya el viejo Aristóteles nos advertía (en la Retórica) que se debe confiar más en los juicios de las Asambleas que en el de los jueces, porque uno pone más atención en los intereses propios que en los ajenos. Aristóteles estima que la oratoria política es menos engañosa que la judicial, ya que quien resuelve sobre una materia de interés común —y, por ende, propia— pone mayor atención que quien resuelve sobre cosas ajenas<sup>17</sup>. No olvidemos que Aristóteles formula su argumento para aquel tipo de cosas que pueden ser o no ser, o que pueden ser de más de una manera, es decir, justamente, para las cuestiones políticas. Y en este campo, el sabio estagirita pensaba —de un modo similar al razonamiento que hoy desarrolla Habermas— que uno de los principales criterios de validez —en el sentido de racionalidad— de que disponemos, es el criterio (la convicción) de muchos, alcanzado luego de un debate que considere los argumentos y sus refutaciones. Los individuos aislados —Aristóteles *dixit*— quizás no están en condiciones de juzgar con tanto acierto como los sabios o expertos; pero, reunidos todos en comunidad, o serán mejores jueces o al menos no peores. “Por ejemplo, apreciar una casa no es sólo propio del que la ha construido, sino que la juzga incluso mejor el que la usa (y la usa el dueño); y un piloto juzga mejor el timón que el carpintero, y un banquete el invitado y no el cocinero”<sup>18</sup>. Para el estagirita, el bien en política es la justicia (que, en este caso, se identifica con lo conveniente para la comunidad) y, por ello, el ciudadano —en la república perfecta— es el individuo que puede y quiere libremente obedecer y gobernar sucesivamente. De

16. Nino, Carlos: “La constitución de la democracia deliberativa”. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 25.

17. Aristóteles: “Retórica”, Gredos, Madrid (2000), p. 32.

18. Aristóteles: “Política”, Gredos, Madrid (2000), p. 141.

esta manera, según Aristóteles, “se contribuye a la libertad fundada en la igualdad”<sup>19</sup>.

¿Por qué vías de razonamiento hemos llegado a invertir estos argumentos del sabio estagirita, hasta el punto que hoy se estima necesaria la existencia de un órgano —el Tribunal Constitucional— que controle, a la luz de los principios constitucionales, la tarea legislativa? Resulta curioso que en la actualidad, sean tantos y tan influyentes los autores que, incluso, se alegran de poder “juridificar” la política<sup>20</sup>. Me parece que esto tiene que ver con una creencia un tanto ciega —un resabio del positivismo— en que el “método jurídico”, sometido al juicio de los especialistas (la Doctrina), puede ser más certero —a la hora de definir las reglas que configuran, desarrollan y delimitan los derechos fundamentales— que el debate político sometido al escrutinio de la opinión pública.

Comencemos aceptando que el que analizamos es un problema interno del Constitucionalismo: la democracia es —en efecto— una forma de gobierno y, precisamente, la Constitución lo establece, junto con diseñar los mecanismos para limitar y controlar el poder (tales como el estatuto de garantías y derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional). Dicho de otro modo, en palabras de Josep Aguiló: “los pares dicotómicos del constitucionalismo son susceptibles de ser interpretados en términos de manifestaciones diferentes de dos contradicciones propias de toda relación política: la primera, formulada en términos verticales, es la oposición entre la obligación política (la sujeción) y los límites de la misma (la inmunidad); y la segunda, formulada en términos horizontales o dinámicos, es la oposición entre la estabilización de las conductas políticas y jurídicas (de las expectativas) y el cambio de las mismas”<sup>21</sup>. Entonces, la tensión entre democracia y supremacía constitucional —que siempre estará presente en un ordena-

20. Cfr. García de Enterría, Eduardo: “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas, 1991; y, en Chile, Cea, José Luis: “La Justicia Constitucional y El Tribunal de la Constitución”, en *Rev. Derecho* (Valdivia), Ago. 2001, Vol. 12, N° 1, pp. 107-118.

21. Aguiló, Josep: “Sobre el Constitucionalismo y la resistencia constitucional” en *Doxa* N° 26 (2003), p. 292.

miento jurídico que reconoce diversos principios y valores sin establecer *a priori* una jerarquía entre ellos— se manifiesta con mayor claridad y urgencia cuando la expansión de uno de los principios (el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional) conduce a un debilitamiento del otro (en este caso, se convierte en un freno para el proceso democrático).

El constitucionalismo, entendido como “gobierno limitado”, puede darse —como advierte Nino— en una amplia gama de “densidad o robustez conceptual”: desde el *rule of law* británico; pasando por la constitución escrita que establece la separación de poderes y la protección de los derechos; siguiendo con la supremacía constitucional y los procedimientos agravados de reforma; agregando el control judicial de constitucionalidad y concluyendo con la instauración de un determinado modelo político y económico en el texto constitucional<sup>22</sup>. En nuestro caso, con la reforma del 2005 hemos pasado claramente a un “constitucionalismo robusto”, considerando el fortalecimiento del Tribunal Constitucional y el incremento de sus atribuciones<sup>23</sup>.

Las razones para introducir tal diseño institucional son, forzoso es admitirlo, de tipo conservador, basadas tanto en la creencia en ciertos valores relativamente inmutables (nuestra constitución acoge una suerte de “iusnaturalismo” cuando proclama que los derechos esenciales están inscritos en la naturaleza humana), como en una desconfianza a la “racionalidad” del legislador, en particular, como una defensa

22. Cfr. Nino, Carlos: “La constitución de la democracia deliberativa”, op. cit. pp. 15-17.

23. Entre las nuevas atribuciones del TC chileno, destacan las establecidas en el Artículo 93, números 6 y 7: “6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. Sobre el nuevo Tribunal Constitucional, Cfr. “Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva”, Humberto Nogueira (Coordinador), LexisNexis, 2005, especialmente la segunda parte, pp. 441-505; además de las obras citadas en la nota 3 (supra).

de las minorías frente al eventual desenfreno de las mayorías. O se piensa (como Hobbes) que la irracionalidad es una tendencia del comportamiento humano que requiere de frenos institucionales, o se cree (como Hayek) que las mayorías tienden a sacrificar principios en aras de beneficios inmediatos. Un ejemplo de este tipo de argumentación es la utilizada por Kay, cuando afirma que la función social central de una constitución es la de prevenir “peligros probados” del ejercicio indebido del poder estatal<sup>24</sup>. En la misma línea se ubica Favoreu, cuando dice que una de las razones históricas para el surgimiento de los Tribunales Constitucionales está dada por las terribles lecciones de las experiencias nazi y fascista —que explica la creación de los Tribunales Constitucionales en Alemania e Italia, y el restablecimiento del austríaco— y por los procesos democráticos post dictadura, en los casos español y portugués. Se adopta el modelo europeo, según este autor, porque “ya no se confía en los jueces ordinarios” y porque “el legislador ha mostrado que podía ser opresor, suscitando con ello la necesidad de defenderse de él”<sup>25</sup>.

El argumento es una analogía con el relato de “Ulises y las sirenas”: los ciudadanos necesitan una constitución (y el legislador un Tribunal Constitucional), así como Ulises necesitó tapar con cera los oídos de su tripulación y que lo ataran al palo mayor de la nave para no naufragar. Las sociedades —como dice Elster— han encontrado útil atarse por medio de constituciones, como un modo de resolver el problema de la flaqueza de voluntad, ya que se asume que una democracia directa “será incontinente, vacilante e ineficaz”<sup>26</sup>. Dice Elster: “Una democracia sumamente desarrollada, para no decir una democracia directa, se basan en el derecho de intervención en todos los dominios, mientras que la democracia constitucional está fundada sobre un con-

24. Cfr. Kay, Richard: “Constitutional Chrononomy” en *Ratio Juris* Vol. 13, N° 1 mayo 2000, pp. 31-48.

25. Cfr. Favoreu, Louis: “Los Tribunales Constitucionales”. Barcelona, Ariel, 1994, p. 22.

26. Elster, Jon: “Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad”. México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 150.

junto de instituciones estables que no pueden ser anuladas, una vez establecidas... La paradoja de la democracia puede expresarse así: cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras”<sup>27</sup>.

Esta analogía, como advierte Laporta, no funciona correctamente: Ulises es el mismo en ambos momentos; la sociedad, por el contrario, cambia (y entonces surge el problema constitucional de que el padre vincula a los hijos, una generación a la siguiente y los muertos a los vivos). Ulises adopta la decisión en un momento de racionalidad para precaverse de tentaciones futuras (anticipa un momento de irracionalidad, actitud similar a la que uno adopta al “pasar las llaves del auto” cuando va a ingerir alcohol); en el caso de la sociedad no hay motivos para sostener que una generación es racional y la siguiente no lo será, o que una es más racional que la otra. Del mismo modo, no hay motivos para pensar que se es racional (o más racional) al momento de dictar o aprobar una Constitución y se es irracional —o menos racional— al legislar; por el contrario, el “momento constituyente” suele ser un periodo en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes (los “poderes fácticos”) forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía de sus respectivos intereses y prejuicios<sup>28</sup>.

Una versión mejorada del argumento es el tendente al aseguramiento del mecanismo institucional, es decir, del propio sistema democrático: Así, el principio democrático se basa en el reconocimiento de ciertos derechos, como el derecho a participación, del mismo modo que el derecho a la justicia o el derecho a participar en los asuntos públicos, están en la base y son precondiciones del diseño de la estructura de poderes del Estado, como el poder judicial y el poder legislativo. Como dice el propio Laporta: “El atrincheramiento constitucional de esos derechos obedece seguramente a su condición de puntos de apoyo del edificio institucional, en el sentido de que cabe pensar que los seres humanos optan por construir la comunidad política con sus poderes coactivos a condición, por ejemplo, de que sus conflictos sean resueltos

27. Ibid., p. 159.

28. Laporta, Francisco: op. cit., p. 464.

eficaz e imparcialmente y que puedan participar en la elaboración de las leyes que se les van a aplicar. Y puede entonces suponerse que sería contrario al propósito mismo de tales mecanismos institucionales el que fuera posible alterar los mismos puntos de apoyo en que se basan mediante, por ejemplo, una decisión mayoritaria”<sup>29</sup>.

Volvemos, así, a los derechos fundamentales como fuente y límite de la autoridad legítima y al argumento según el cual constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente. Este argumento es clave en el origen del control constitucional de las leyes en el caso americano<sup>30</sup>. Se parte de la premisa de Madison: en un gobierno representativo o democrático es mayor peligro la violación de derechos individuales por la mayoría que lo contrario. Entonces, se concibe la Constitución como un sistema que favorece la opinión y participación pública inteligente; y la democracia como un gobierno mediante la discusión pública y no sólo como la imposición de la voluntad mayoritaria. Como dice Holmes, “la soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público”<sup>31</sup>. Se piensa, consecuentemente, que la garantía de igual protección no puede quedar entregada en su aplicación y cumplimiento a la voluntad de la mayoría.

Un poder absoluto e ilimitado, se sostiene, sería contradictorio con la democracia y su fundamento: la igual dignidad de las personas. En palabras de García de Enterría, nadie puede someterse íntegramente a otro sin renegar de su esencia humana, su dignidad básica, “sin

29. Ibid., p. 476.

30. En *the Federalist*, Hamilton propondrá considerar la Constitución como *fundamental law*, que impone a los jueces una “vinculación más fuerte” que la debida a las leyes, de lo que se sigue reconocer a los Tribunales la facultad de inaplicar leyes contrarias a ella. En 1789, se aprobó la primera enmienda de la constitución norteamericana, para señalar: “El Congreso no hará ley alguna que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y de pedir al Gobierno la reparación de agravios”. En 1803, en el famoso fallo *Marbury vs. Madison* la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció: “*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”, sentando allí la doctrina del *judicial review*.

31. Holmes, Stephen: op. cit., 255.

cosificarse". La legitimidad de la Constitución está dada por los principios de autodeterminación e igual libertad; la democracia es una construcción social en la cual el pueblo soberano se reserva instrumentos de participación y control efectivos, y zonas de libertad exentas —inmunidades— reservadas a la autonomía (derechos y garantías que limitan al poder)<sup>32</sup>. La Constitución —dice el profesor español— por una parte configura y ordena los poderes del Estado y por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad: "La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico"<sup>33</sup>.

En consecuencia, se estima que no basta consagrar derechos iguales en el texto constitucional, sino que se requiere crear un órgano para asegurar la integridad y el adecuado entendimiento de los mismos. La Constitución, por ser la norma fundamental (de la cual dimanarían las demás), debe tener garantizada la mayor estabilidad posible, dificultando su revisión. Pero, además —como sostiene Kelsen—, la garantía de la Constitución (que no es ya sólo una regla de procedimiento, sino ahora también una regla de fondo) reposa en la posibilidad de anular los actos contrarios a ella, tarea que no puede confiarse al mismo órgano que los ha aprobado. De aquí deriva la idea que la primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse mediante órganos y procedimientos judiciales, es decir, situándola en el terreno del procedimiento de adjudicación. Los partidarios del constitucionalismo robusto afirman —con cierto optimismo no verificado aún en la práctica— que, de este modo, hemos pasado de la supremacía de la ley a la fuerza normativa de la Constitución (y, de paso, al control constitucional), y de la reserva de ley a la garantía del contenido esencial de los derechos (como límite al poder mayoritario). Los miembros del Tribunal Constitucional se erigen, así, en los "sumos sacerdotes de la Constitución" —por demás infalibles— encargados de determinar los sentidos y alcances posibles de la ley en la modulación o desarrollo del texto constitucional.

32. Cfr. García de Enterría, E: op. cit., pp. 45-46.

33. Ibid., p. 49.

Aunque este desarrollo puede servir para conciliar el principio democrático con la existencia del Tribunal constitucional, cabe hacer notar que todavía nos sigue demandando razones adicionales que justifiquen que sea un grupo de jueces no elegido democráticamente el que imponga sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación (el problema de la generación de los integrantes del Tribunal Constitucional). Del mismo modo, se requieren razones adicionales que expliquen, entre otras, la opción del control concentrado sobre el control difuso (modelo norteamericano, en el que participan todos los jueces, bajo la regla del *stare decisis* o precedente y la dirección de un Tribunal Supremo)<sup>34</sup>; así como la ampliación de competencias del Tribunal Constitucional más allá del rol de "legislador negativo" propuesto inicialmente por Kelsen. Recordemos que Kelsen —quien reconoce que las decisiones de este Tribunal no son jurisdiccionales, sino políticas— elabora la "teoría del legislador negativo", precisamente, para sortear la objeción de que tal órgano altera la separación de poderes; y aduce que la "libre creación" que caracteriza la actividad del legislador falta por completo en la labor del Tribunal, la que está (supuestamente) determinada por la Constitución y tiene por objeto, nada más, mantener la coherencia del sistema<sup>35</sup>. Sin embargo, de la vocación normativa de la

34. Conviene recordar que en Chile no se dan dos de las condiciones de existencia del Tribunal Constitucional que señala Favoreu, en relación al contexto institucional y jurídico. Chile no posee un régimen parlamentario ni un sistema de dualidad o pluralidad de jurisdicciones y ordenes jurídicos. Cfr. Favoreu, Louis: op.cit. pp. 27 y ss. Más bien, con la reforma, se sustrae el contencioso constitucional de la labor de los Tribunales ordinarios y surge el problema de la Inaplicabilidad (que asume una norma como vigente) vs. Derogación (que asume esa norma como no vigente, por la misma fuerza normativa de la Constitución). Sobre este problema, Vid. García de Enterría, E: op.cit., pp. 71 y ss. En España, según García de Enterría, dado el valor normativo de la Constitución no se puede evitar que los jueces apliquen sus disposiciones en la resolución de casos concretos (Ibid., pp. 59-61). Además, al Tribunal Constitucional deberían dirigirse los tribunales ordinarios para plantear un problema abstracto de compatibilidad lógica y, sin embargo, la inaplicabilidad supone la aplicación de la ley al caso concreto.

35. Kelsen, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" en "*Escritos sobre la democracia y el socialismo*", edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 131.

Constitución (sus preceptos son vinculantes para el legislador, no meras declaraciones programáticas; sin perjuicio de que, a veces, se requieren leyes que desarrollen los principios abstractos) surgen paralelamente las posibilidades "creadoras" de la actuación del Tribunal Constitucional, tanto en el afinamiento de las técnicas de libertad como en la interpretación de conceptos constitucionales abiertos<sup>36</sup>. Por otro lado, los tribunales no han demostrado, en la práctica, ser más racionales que el legislador<sup>37</sup>. Finalmente, dado el carácter conservador, profesional y no electivo de los jueces, subsiste también el problema de cómo evitar un eventual gobierno de los jueces: El Tribunal Constitucional —si es verdaderamente un órgano jurisdiccional— no debe poseer atribuciones para sustituir el juicio político que sólo pertenece al Congreso.

Sin embargo, no dispongo aquí de suficiente tiempo para desarrollar —y criticar— la argumentación completa a favor de la existencia del Tribunal Constitucional, con el cúmulo de atribuciones que hoy le entrega la Constitución chilena; pero quiero dejar establecido lo siguiente: Teniendo todavía una justificación "débil" de la jurisdicción

36. Según el argumento de los constitucionalistas, el principio de "Supremacía Constitucional" significa, por un lado, que determinadas normas dictadas por el Parlamento pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional y, por otro, que de la Constitución se desprenden no sólo límites a la tarea legislativa, sino también ciertas obligaciones o deberes positivos del Parlamento, es decir, que debe dictar normas para que los principios constitucionales sean operativos. Cabe preguntarse: ¿Podría el Tribunal Constitucional entender que puede ordenar al legislador dictar determinadas normas o, peor aún, junto al juicio de inconstitucionalidad, dictar "sentencias de reemplazo" (reelaborar la ley y sustituir con sus propias decisiones las disposiciones legislativas)? El Tribunal Constitucional portugués, por ejemplo, tiene una competencia para controlar las omisiones del legislador; esto es, el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad cuando hace falta alguna norma jurídica para tornar efectivo un precepto de la Constitución. Cfr. Moreira Cardoso Da Costa, José Manuel: "Tópicos sobre competencias e integración del Tribunal Constitucional de Portugal", en *Rev. Ius et Praxis*, 2002, Vol. 8, N° 1, p. 327-332.

37. Cfr. Atria, Fernando: "Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional", Santiago, Universidad Diego Portales (Cuadernos de análisis jurídico N° 36), 1997.

constitucional —frente a la legitimidad democrática del órgano legislativo— cobra entonces mayor importancia el análisis y propuesta de los criterios que sirven para orientar y delimitar el rol del Tribunal Constitucional frente a las decisiones del Congreso. Lo que afirmo, en síntesis, es que no resulta del todo pacífico el lugar del Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. Su labor conservadora sólo puede justificarse por la protección —en general— de los derechos fundamentales y de los mecanismos institucionales y procedimientos democráticos que legitiman las normas. De modo que el Tribunal Constitucional no puede transformarse en segunda instancia de los argumentos de la minoría derrotada en el parlamento. No puede esgrimir argumentos que no puedan subsumirse en aquellos principios que, interpretados sistemáticamente, justifican su existencia y deben orientar su labor. Cuando el Tribunal Constitucional rebasa esa competencia, se inmiscuye —a mi juicio ilegítimamente— en el proceso político<sup>38</sup>.

En nuestro ordenamiento (y en cualquier otro), se puede producir una colisión de intereses protegidos por la Constitución y, muy probablemente, puede darse que haya diversos medios alternativos para alcanzar un fin socialmente deseable. Quien debe ponderar, en ambos casos (es decir, tanto si se ha de decidir la prioridad que debe darse, atendidas las circunstancias, a uno de los intereses en juego como si la cuestión consiste en la elección de los medios idóneos para alcanzar un fin), es el Congreso. No sería adecuado, desde un punto de vista democrático, que el Tribunal Constitucional diga al legislador cómo —o cuándo— debe cumplir su tarea.

### III

Argumentar significa dar razones para tomar una decisión. (Por ello su contexto es siempre el de un debate, cuando las razones son

38. Según Habermas, "una concepción procedimental del derecho obligaría (al Tribunal Constitucional) a un papel más bien restrictivo" (Cfr. Habermas, J.: *op. cit.*, p.525). El control abstracto de leyes supone una inaceptable colisión entre el Tribunal y las prerrogativas del legislador: "lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador" (*Ibid.*, p. 315).

discutibles o las decisiones requieren de una justificación). Interpretar significa determinar el sentido (significado) de una expresión<sup>39</sup>. Un enunciado interpretativo puede ser parte (un argumento) en una cadena de razones (esto es, una argumentación) y un argumento puede ser parte del proceso de interpretar un texto. Podría entenderse que, en el Derecho, ambos procesos tienden a superponerse o asimilarse; pero considero útil mantener la distinción<sup>40</sup>. Por ejemplo, para formular un juicio de inconstitucionalidad, dado que hay pluralidad de sentidos posibles, se argumenta para escoger un significado. Luego, se deben entregar razones para justificar que un texto (la ley) con ese significado, contradice la Constitución y es, por tanto, nulo.

La argumentación se ocupa de los tipos de argumentos —o técnicas argumentativas— que se usan, son útiles o deberían usarse en un campo (el Derecho) y la interpretación se ocupa de los métodos y criterios para determinar el significado de una expresión. Ambos operan, a mi juicio, al modo de la “tópica”<sup>41</sup>.

¿Cuáles son los criterios y procedimientos que se utilizan para esclarecer el sentido y alcance de las normas constitucionales? El método tradicional de interpretación recurre, en primer lugar, al elemento lógico-sistemático (argumento de coherencia): El “contexto” es, por cierto, la Constitución, como *lex superior* del ordenamiento, fuente del

39. Cfr. Raz, Joseph: “¿Por qué interpretar?”, en *Isonomía* N° 5, Octubre de 1996, pp. 25-40; y Lifante Vidal, Isabel: “La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea”, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

40. Sirve, por ejemplo, para plantear nuevos problemas relativos al rol del Tribunal Constitucional: ¿Qué pasa cuando el Tribunal —ejerciendo el control previo— no declara inconstitucional la ley, escogiendo una de sus interpretaciones posibles como compatible con la Constitución? ¿Esa interpretación es obligatoria, pasa a ser parte del Derecho; o bien, no tendría valor *erga omnes* como el juicio de inconstitucionalidad? A su vez, ¿Qué ocurre cuando las razones que da el Tribunal para rechazar una ley por inconstitucional se aplican enteramente a otras disposiciones? ¿Queda el Tribunal Constitucional obligado por su “doctrina”? y ¿Pasan, entonces, estos argumentos a formar parte del sistema jurídico?

41. Cfr. Viehweg, Theodor: “Tópica y Jurisprudencia”, Madrid, Taurus, 1986.

resto de las normas. El problema surge, sin embargo, cuando una disposición legal se fundamenta en una disposición constitucional y choca, al mismo tiempo con otra de igual “pedigree”; en tal caso, los criterios tradicionales para resolver antinomias —el de jerarquía, el cronológico e, incluso, el de especialidad— no son operativos. En segundo término, se echa mano al criterio sintáctico-semántico; pero, el “tenor literal” —el sentido natural y obvio de las palabras— depende del contexto en que son empleadas y, por tanto, en materia constitucional no es clara la aplicación de las reglas de los artículos 20 y 21 del Código Civil. En tercer orden, el método recurre al elemento histórico-genético y “psicológico”: Con todo, la única intención relevante es la voluntad de legislar<sup>42</sup>, todo lo demás es discutible. El carácter lingüístico de cualquier interpretación implica superar la distinción entre interpretación del texto o letra de la ley, y de la voluntad o intención del legislador. Como nos advierte Norberto Bobbio, el jurista no puede saltar más allá del lenguaje<sup>43</sup>; la supuesta intención del legislador, o está plasmada en enunciados normativos o es, solamente, el producto de elucubraciones más o menos arbitrarias —de la imaginación— del intérprete<sup>44</sup>. Por todas estas razones, la Constitución de principios reclama nuevas técnicas interpretativas<sup>45</sup>.

Toda norma constituye —como decía Hart— una estructura abierta, susceptible de asumir diversos significados posibles y, como se-

42. Cfr. Raz, Joseph: “La intención en la interpretación”, en *Doxa* N° 20 (1997), pp. 199-233.

43. Cfr. Bobbio, Norberto: “Ciencia del derecho y Análisis del Lenguaje”, en “Contribución a la Teoría del Derecho”, 1980, pp. 187 y ss. y especialmente, p. 191.

44. Siguiendo a Atria, en la interpretación constitucional no se puede otorgar valor a las Actas Constitucionales, tanto por una razón dogmática como por una razón política. Cfr. Atria, Fernando: “Los peligros de la Constitución”, op. cit., pp. 18-19. No obstante, el Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos —jueces y abogados— y los tratadistas siguen apelando recurrentemente a este recurso.

45. Cfr. Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico” en *Doxa* N° 23 (2000), pp. 161-195, especialmente, p. 177.

ñala Perelman, siempre se pueden presentar problemas con el uso del lenguaje. Por ello, decimos que el proceso de interpretación es una actividad necesaria para atribuir significado a las normas, para hacerlas eficaces: Toda norma jurídica abstracta, para ser aplicada al caso concreto, precisa ser interpretada. Incluso si la ley es clara, puede resultar adecuado reducir la amplitud de su alcance, mediante una interpretación restrictiva, o bien, ampliarse mediante una interpretación extensiva<sup>46</sup>. También puede ocurrir que algunas partes de las leyes, si bien no son oscuras en sí mismas, aparecen como contradictorias y será necesario interpretarlas, conciliando los textos. Pero, por estas razones, también creemos —junto con Ross— que la interpretación de la ley (realizada por el juez) es un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento; y el uso de la voz “interpretación” responde al deseo de ocultar la función creadora del juez, preservando la apariencia de que no es más que un portavoz de la ley<sup>47</sup>. El método jurídico opera, más bien, por ajustes interpretativos diversos e intuitivos, reconduciendo los problemas a lugares comunes (tópicos), invocando autoridades y la tradición —el principio de inercia al que alude Perelman— tanto como raciocinios<sup>48</sup>.

La interpretación es, en todo caso, una actividad contextualizada. Pérez Luño, recordando a Wittgenstein —la significación de las palabras consiste en su uso en el lenguaje, y hablar un lenguaje es parte de una actividad o forma de vida— señala que la actividad del jurista tiene un carácter limitado y controlado<sup>49</sup>: La actividad del jurista —y la del juez— se hallaría sometida a límites internos, en cuanto existen reglas del lenguaje normativo que prescriben la utilización de determinadas herramientas y excluyen otras; y se somete a límites externos,

46. Cfr. Ross, Alf: “Sobre el derecho y la justicia”. Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 143-146.

47. Ibid., pp. 133-135.

48. García de Enterría, E: op.cit., Prólogo, p. 30.

49. Pérez Luño, Antonio; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 257-258.

que son derivados por la propia experiencia jurídica del contexto en el que se realiza la interpretación y que impone el respeto de los usos lingüísticos consolidados. Estaría, además, sujeta a control jurídico, en relación con la necesidad de atenerse a los criterios interpretativos utilizados en las decisiones previas de casos similares y por la función orientadora y crítica que ejerce la dogmática constitucional<sup>50</sup>.

La interpretación de las normas constitucionales debe ser un proceso unitario, en el doble sentido de que persigue una “unidad de comprensión” (donde el contexto viene dado por el conjunto de los preceptos constitucionales) y que hace necesaria la integración de los elementos hermenéuticos para dotar a las normas de sentido. Linares Quintana sostiene que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, lo cual implica que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la misma<sup>51</sup>. La interpretación teleológica o finalista plantea que sólo teniendo en vistas y conexionando los fines —motivos políticos directivos o decisiones políticas fundamentales— propuestos por el constituyente se puede alcanzar el sentido pleno de la Constitución y de cada uno de sus preceptos<sup>52</sup>.

Entre los principios que juegan un papel importante en la interpretación constitucional, en especial de los derechos fundamentales, se

50. Dworkin, como sabemos, propone una interpretación “constructivista” del texto constitucional, sobre la base de que los jueces se encuentran regidos por un imperativo de integridad y coherencia. De esos principios se seguiría que los jueces constitucionales deben esforzarse por alcanzar una interpretación que maximice los principios constitucionales y, a la vez, sea coherente con el conjunto de la práctica constitucional pasada, lo que importa defender una interpretación “sistemática” en un doble sentido, sincrónico y diacrónico. Cfr., Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”; Barcelona, Ariel, 1984.

51. Linares Quintana, Segundo: “Reglas para la interpretación constitucional”, Buenos Aires: Plus Ultra, 1987, pp. 84 y ss.

52. García Pelayo, “Derecho Constitucional Comparado”, Madrid: Alianza Editorial, 1987, p. 110. La Constitución se concibe como un sistema de normas, aunque esto no implica necesariamente suscribir un concepto racional normativo de la Constitución. (Para las implicancias de este concepto, Cfr. Ibid., p. 34).



cuentan: el ya mencionado de unidad; el de concordancia práctica (los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de modo que cada uno conserve su entidad); el de efectividad; el de funcionalidad; el de fuerza integradora y fuerza normativa de la Constitución, y el principio *in dubio pro libertate*. Este último establece una presunción a favor de la libertad: La ley que interfiere con la libertad debe justificarse y, en caso de requerir interpretación, debe preferirse "la alternativa menos restrictiva"<sup>53</sup>.

Cobra relevancia, también, la interpretación que se hace "desde" la Constitución: En virtud del mismo principio de supremacía de la Constitución, el Tribunal Constitucional Alemán ha acuñado el principio de interpretación de las leyes conforme a la constitución, que postula que una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Existe, conforme a esta doctrina, una presunción de validez de la legislación, de constitucionalidad de las leyes; es el principio de confianza o deferencia hacia el legislador (como ente racional y razonable). Sólo se declarará la inconstitucionalidad de una ley, ergo, cuando no haya "duda razonable" sobre su contradicción con la Constitución; y si la ley admite más de una interpretación debe sobreentenderse que el legislador ha querido aprobarla según la interpretación que se ajusta a la Carta Fundamental<sup>54</sup>. Esta interpretación ha sido también acogida por el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, en las STC de fecha 26 de enero de 1981, 2 de febrero de 1981 y 13 de febrero de 1981: en ellas se establece la necesidad de agotar las posibilidades de una interpretación acorde con la Constitución antes de acudir a la declaración de inconstitucionalidad. Pérez Luño deriva de esta jurisprudencia las presunciones *favor legislatoris* (subjctiva) y *favor legis* (objetiva) y reconoce en la legislación, interpretada de ese modo, coherentemente con los principios constitucionales, como un medio auxiliar o complementario para interpretar, a su vez, la constitución<sup>55</sup>.

53. Cfr. Pérez Luño, Antonio: op. cit., p. 262 y pp. 276-278.

54. Vid. García de Enterría, E. op. cit., pp. 95 y ss.

55. Cfr. Pérez Luño, Antonio: op. cit., pp. 279-283.

Estas mismas opiniones pueden encontrarse en la doctrina nacional<sup>56</sup> y reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Este ha señalado, a modo de ejemplo, que: i) Las normas constitucionales deben entenderse siempre de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía (fallo de fecha 9. 9. 81); ii) El sentido de una norma no deriva de la consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto total de prescripciones que se refieren a una misma institución (fallo de 24.02.87); iii) Debe rechazarse cualquier interpretación que signifique la aplicación del estricto tenor literal de la norma con prescindencia del resto de las disposiciones de la carta fundamental (fallo del 07.06.85); y iv) Debe excluirse cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de la constitución (fallo de fecha 24.09.85).

A pesar de lo anterior, sigue pendiente la cuestión de los criterios que sirvan para regular el proceso aplicativo de la Constitución, ahora que tiene una jurisdicción especial y un control concentrado. Sin un criterio normativo (reglas) que los ayuden a discriminar, los jueces aplicarán sus propias concepciones y, entonces, la puerta a la arbitrariedad queda abierta<sup>57</sup>. Se deben aplicar —a mi juicio— criterios como los que sugiere MacCormick: Universalidad, Coherencia, Consistencia y Consecuencialidad. La universalidad implica que, para justificar una decisión (en este caso, la declaración de inconstitucionalidad de una ley aprobada por el parlamento) se debe contar, al menos, con una premisa que sea la expresión de un principio fundamental (según lo que he venido sosteniendo, la decisión del Tribunal Constitucional debe ser pasible de justificarse a partir del principio democrático o el de defensa de los derechos fundamentales). De otra parte, la decisión será coherente, si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que confi-

56. Cfr. Cea Egaña, José Luis: "Tratado de la Constitución de 1980", Santiago, Ed. Jurídica, 1988; Cea Egaña, José Luis: "Bases para la interpretación auténtica de la Constitución", en Revista Chilena de Derecho, Santiago: Universidad Católica de Chile, N° 1-4, 1979, pp. 285-305; y Zapata, Patricio: "La interpretación de la Constitución", Revista Chilena de Derecho, Vol 17 (1990) pp. 161 y ss.

57. Atria, F. "Los peligros de la Constitución", op. cit., p. 42.

guren —cuando se toman conjuntamente— una forma de vida satisfactoria. El requisito de consistencia, a su turno, se satisface cuando el Tribunal se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. Los jueces, finalmente, al tomar una decisión, deben mirar no solamente hacia el pasado (esto es, que la misma resulte consistente y coherente a la luz de las normas vigentes), sino también hacia el futuro (hacia las consecuencias)<sup>58</sup>.

El fallo que comentamos al comienzo no cumple con ninguno de estos criterios básicos: En efecto, no se subsume en uno de los principios fundamentales, ni el constitucional ni el democrático; en el fallo no se argumenta a partir de derechos ni se favorece el funcionamiento del órgano representativo (muy por el contrario, lo restringe sensiblemente, al limitar facultades que componen el núcleo esencial del estatus parlamentario, como es la de presentar enmiendas o indicaciones a los proyectos presentados por el Ejecutivo). No es coherente con el principio de deferencia al legislador, que es una técnica generalmente aceptada de hermenéutica constitucional, que permite —a la vez— conciliar la labor del Tribunal Constitucional con el principio democrático y la subsistencia del principio de separación de poderes. Al tratar la invalidez provocada por motivos de forma con los mismos criterios con los que se enfocan las causas materiales de invalidez, el Tribunal Constitucional no tiene en cuenta que, en el caso de la ley, el procedimiento desempeña una función instrumental y que, únicamente cuando esa función resulta alterada, la infracción (clara) de normas esenciales al procedimiento —por constituir concreciones del principio democrático— puede provocar la invalidez de la ley<sup>59</sup>. El fallo tampoco es consistente con las reglas vigentes (nada menos que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional... que el propio Tribunal Constitucional declaró iajustada a la Constitución!) que facultan al Presidente de Comisión o de la Cámara respectiva para declarar admisibles o inadmi-

58. Cfr. McCormick, Neil: "Legal Reasoning and Legal Theory", Oxford University Press, 1978.

59. Cfr. Biglino Campos, Paloma: "Parlamento, Principio Democrático y Justicia Constitucional", en *Rev. Derecho (Valdivia)*, Ago. 2001, Vol. 12, N° 1, pp. 179-190.

sibles las indicaciones a un proyecto de ley<sup>60</sup>. Por último, el fallo no tiene en cuenta las consecuencias de su argumentación, esto es, los cambios que introduce en el ordenamiento con su interpretación: v.gr., el fallo restringe notoriamente las facultades de los parlamentarios en un régimen marcadamente presidencial. El resultado es una restricción severa al proceso de deliberación, perfeccionamiento y decisión legislativa.

En esta tesitura, conviene recordar al viejo Aristóteles y seguir la sugerencia de Shapiro: Cuando examinemos un estatuto promulgado democráticamente, no deberíamos preguntar, como los abogados que se apegan al texto: ¿es constitucional?; más bien, deberíamos preguntar, como ciudadanos democráticos: ¿queremos que sea constitucional? y, luego (a la hora de responder esa pregunta), "debemos dejarnos guiar tan sólo por nuestra decisión colectiva acerca del tipo de comunidad en que queremos convertirnos"<sup>61</sup>.

60. Vid. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, N° 18.918, en especial, los artículos 24 y 25. Entre las causales de inadmisibilidad del artículo 24 se establece que la indicación no debe ser contraria a la Constitución; y que no debe afectar materias reservadas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Cfr. Precht, Jorge: "Facultades del Presidente del Senado y de Comisión en la declaración de admisibilidad de Indicaciones"; en *Rev. Derecho (Valdivia)*, Dic. 1998, Vol. 9, N° 1, pp. 201-212.

61. Shapiro, Martin (Ed.): "The constitution of United States and related documents", Crofts Classics, Harlan Davidson, Illinois, 1966 (Cfr. Introduction, pp. xxi-xxii).