

LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EN LOS TIEMPOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Patricio Zapata Larraín¹

En este dramático año 2020, se cumplen 100 años desde la creación, en Austria y la entonces Checoslovaquia, de los primeros Tribunales Constitucionales.² Se cumplen, también, 50 años desde que se instala el Tribunal Constitucional chileno. Doble efeméride. Doble motivo para reflexionar sobre el presente y el futuro de la justicia constitucional.

Con estas referencias históricas a la vista, y teniendo especialmente presente la realidad chilena, este artículo intenta analizar las relaciones que existen, y las que debieran existir, entre los Tribunales Constitucionales y el legislador democrático.³ Me ha parecido indispensable, en todo caso, situar ese análisis en el contexto del fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

En una primera parte analizaré, precisamente, qué entiendo por Constitucionalización del Derecho e identificaré algunas de sus consecuencias. En la sección segunda, distingo entre Constitucionalización sana y Constitucionalización patológica. En el acápite tercero, analizó la forma en que la Constitucionalización del Derecho aterrizó en Chile, con especial referencia al papel

¹ Profesor de Derecho Constitucional; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master en Derecho (LIM) de la Universidad de Harvard.

² Lo de “dramático” tiene que ver, por supuesto, con la experiencia de la pandemia global Covid 19 y todos sus terribles impactos en la salud y condiciones de vida de nuestras comunidades.

³ Las páginas que siguen recogen y profundizan las ideas que planteé en la tarde del 30 de Julio de 2019 en un seminario internacional organizado por el Tribunal Constitucional chileno. Agradezco, nuevamente, a las autoridades de dicha alta Corte por haberme invitado a exponer en dicho evento.

jugado por el Tribunal Constitucional. La sección cuarta, y final, examina cual debiera ser, en mi opinión, la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático, siempre pensando en una Constitucionalización sana.

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN

Quiero comenzar recordando algo obvio: la legislación, el derecho positivo en general, es cronológicamente, muy anterior a las Constituciones.

El código de Hammurabi, la primera ley escrita de la que conservamos un registro fidedigno, data del año 1750 A.C.⁴ Se discute en que momento fue escriturada la ley mosaica, contenida en la Torá, pero muchos piensan que pudo ser en el siglo VII A.C. Sabemos que ya hacía el 600 A.C. muchas ciudades griegas tenían leyes sobre los que hoy llamamos asuntos penales y civiles.⁵ La famosa Ley romana de las XII Tablas, por su parte, habría sido expuesta públicamente en el Foro allá por el 451 A.C.; primero en tablones de madera y luego en planchas de bronce.⁶ Las leyes de Manu en la India, por su parte, son, probablemente, del siglo tercero A.C.

Las Constituciones, por su parte, son un fenómeno muchísimo más reciente⁷. En efecto, la idea de reunir en un único documento, dotado de cierta rigidez, las principales determinaciones sobre las potestades públicas y los derechos de las personas es hija de la ilustración y la modernidad. Por lo tanto, y sin perjuicio de la especial realidad de la Constitución Británica, cuya gestación arranca de fines del siglo 17; la verdad es que sólo cabe hablar de Constitución, propiamente tal, a partir

⁴ **Lara Peinado, Federico:** *“El Código de Hammurabi”*, Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 2008, 496 pp. Conviene señalar que el Código, con su total de 282 normas escritas en cuneiforme acadio, fue grabado en una piedra de grandes dimensiones (2,25 metros de altura por 50 cm de ancho) y se conserva en el Museo del Louvre, París.

⁵ Consúltense en de **Romilly, Jacqueline:** *“La ley en la Grecia Clásica”*, Deseo de Ley, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2004, 179 pp. Entre los legisladores griegos célebres cabe recordar a Licurgo (Esparta) y a Dracón, Solón y Clístenes (Atenas)

⁶ Sobre la Ley de las XII Tablas véase *“Ley de las XII tablas”*, estudio preliminar, traducción y observaciones de César Rascón García y José María García González, Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 4ª Edición, 2011, 100 pp.

⁷ Aun cuando se habla de las “Constituciones” de la Grecia antigua, la verdad es que, en esos casos, se está empleando la palabra “Constitución” para describir al conjunto de características sociales, económicas, políticas e incluso geográficas que singularizan a una determinada Polis. Ese uso no tiene nada que ver con lo que hoy, y desde hace un par de siglos, entendemos por “Constitución”.

de 1787.⁸

Ahora bien, hubo un tiempo largo en que las recién llegadas Constituciones y los más viejos sistemas legales de los países respectivos vivían en lo que podríamos llamar universos *normativos* paralelos. Y si las Constituciones, según el caso, intentaban limitar la acción del Estado desde criterios liberales o buscaban orientarla desde imperativos sociales; el Derecho seguía, mientras tanto, desarrollando, por su cuenta, las que se consideran las mejores maneras de coordinar las relaciones y resolver los conflictos entre particulares.

Nótese que hemos indicado que Constituciones y sistemas legales (el derecho positivo de cada país) vivían en universos *normativos* paralelos. No se nos ocurriría negar el hecho que tanto las Constituciones como las leyes han coexistido siempre en un universo político común y que, por lo mismo, están influidas por unas mismas corrientes sociales y culturales. Es indudable, por tanto, que siempre podrán observarse afinidades o paralelismos entre lo que ocurre a nivel de las Cartas Fundamentales y lo que pasa en el plano del Derecho en general.

Es evidente, entonces, que existe una relación importante entre, por ejemplo, los valores de las Constituciones francesas de 1792 y 1793 y los principios que inspiran al *Code Civil* galo de 1804. Del mismo modo, y mirando nuestra propia historia, también tendríamos que reconocer la innegable afinidad entre el espíritu de la Constitución chilena de 1925 y la orientación de los Códigos del Trabajo y Sanitario de 1931. Lo mismo ocurre, por supuesto, al comparar la Constitución chilena de 1980, en su versión original, y los principios que informan, por ejemplo, la legislación laboral de 1978 y 1979 (Decretos Leyes Nos 2.200, 2756 y 2758), previsional de 1980 (Decreto Ley N° 3.500) o sobre ISAPRE de 1981 (DFLN° 3).

Ahora bien, una cosa es que las Constituciones y las leyes de un mismo momento histórico, como una cuestión fáctica, van a responder, muy probablemente, a una misma visión y otra, bastante distinta, es que existan fórmulas institucionales, y formas de pensar, que aseguren que las aspiraciones normativas de la Constitución gobiernen, realmente, y más o menos directamente, los contenidos del Derecho en

⁸ Me siento en el deber de recordar, sin embargo, y como autentica precursora, a la Constitución de Corsega de 1755. Este texto legal, fruto del impulso del ilustrado patriota corso Paoli fijó el marco institucional de la fugaz republica corsa (1755-1769).

su conjunto.⁹

El primer fenómeno, la esperable convergencia entre los mandatos de la Constitución y los contenidos de las leyes contemporáneas al ejercicio constituyente, es un dato a ser estudiado, y explicado, por la sociología y la ciencia política. Otra cosa, distinta, es que surja una teoría hegemónica, y una práctica institucionalizada, que le reconozca a las Constituciones la función de permear con sus contenidos, y hasta “gobernar” con ellos, al conjunto del Derecho legislado. En este segundo escenario nos encontramos ante la **Constitucionalización del Derecho**.

La Constitucionalización del Derecho ha sido definida por Guastini, siguiendo a Favoreau, como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente "impregnado" de normas constitucionales.¹⁰ La Constitución baja, así, de las alturas de las declaraciones de Derechos y la organización de las magistraturas, e irradia a todas las áreas de la legislación.

Si durante 150 años aproximadamente las Constituciones y las leyes estuvieron de espaldas unas con las otras, mirando problemas distintos (las primeras concentradas en las leyes de presupuesto, el *impeachment* o las facultades presidenciales de excepción y las segundas abocadas a los contratos, la responsabilidad, las sociedades, la propiedad y los delitos), la Constitucionalización se desata cuando la Constitución se da vuelta y fija su atención, con mirada inquisitiva, en los problemas clásicos del Derecho. No se trata, por supuesto, solamente de querer examinar. Las Constituciones van a querer, y poder, enjuiciar y sancionar.

Si, comparadas con el Derecho, las Constituciones son, en efecto, realidad nueva; la Constitucionalización del Derecho es evolución novísima. En este punto, conviene distinguir Constitucionalización de judicial review. Se trata de cuestiones conectadas, pero distintas. El *judicial review* entendido como el reconocimiento a

⁹ Agreguemos, de paso, que el hecho de existir este aire de familia entre normas constitucionales y legales dictadas en una misma época y por un mismo sujeto político, no autoriza a interpretar el sentido de los preceptos constitucionales sobre una materia desde, o a partir, de la forma en que las leyes desarrollan la regulación de dicha materia. En orden a respetar la razón de ser de las Constituciones, el ejercicio es al revés. Las leyes deben ser leídas desde la Constitución.

¹⁰ **Guastini, Riccardo:** “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (editor), Neoconstitucionalismo(s), 4ª edición (Madrid, Trotta-UNAM), 2009, p. 49.

jueces, u órganos especializados de contextura judicial, del poder de inaplicar, invalidar o preterir las leyes en razón de una contradicción con la Constitución, bien podría ser considerado como una condición o catalizador de la Constitucionalización; pero, hablando con rigor, no se confunde con esta. De hecho, mientras el *judicial review* tiene 215 años en los Estados Unidos y 100 años en Europa, la Constitucionalización del Derecho recién despegó hace 60 años.

La Constitucionalización del Derecho se explica por muchas razones.

En primer lugar, habría que destacar el hecho que muchas de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial hayan desplegado un lenguaje amplio que abre la puerta para que se supere la idea hasta entonces dominante de que la práctica de los derechos fundamentales debía circunscribirse exclusivamente al terreno de las relaciones entre la persona y el Estado (ya sea que hablemos de los reclamos liberales contra la interferencia estatal o de los reclamos socialdemócratas a favor de la prestación estatal).

Armadas con ese lenguaje generoso y garantista, estas Constituciones y sus intérpretes deben hacerse cargo de uno de problemas más decisivos, y polémicos, del constitucionalismo contemporáneo: ¿cuál ha de ser la reacción del orden constitucional frente a aquellas situaciones en que la acción de un particular parece amagar los intereses vitales de otro particular? ¿Debe entenderse que, en esos casos, ha existido violación de un derecho fundamental y, por lo mismo, procede echar mano directamente a la “artillería pesada” de las garantías de la Carta Fundamental?¹¹ ¿O, más bien, habría que reservar las respuestas constitucionales para aquellos casos en que los intereses vitales de la persona son amagados por la acción del Estado; confiando en que los conflictos entre particulares se resuelven siempre mejor con arreglo a las fórmulas especializadas de los derechos privado o penal, según el caso?

Se trata, en suma, de determinar si los derechos fundamentales irradian hacia el conjunto total de las relaciones sociales, incluyendo las relaciones privadas, lo que los alemanes llaman *Drittwirkung* o “efecto horizontal”; o si, más bien, tales derechos fundamentales son espacios de libertad que habilitan al ciudadano para

¹¹ La expresión “artillería pesada” de los derechos fundamentales en **Von Munch, Igo**: “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania” en Coderch, Munch y Ferrer (editores): “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Civitas, Madrid, p. 33.

defenderse específicamente de los abusos del Poder Soberano o para exigir del mismo la satisfacción de lo que Forsthoff llama la “procura existencial”.¹²

La verdad es que, en términos generales, la disyuntiva planteada se resolvió, hace ya bastante tiempo, y para la abrumadora mayoría de los sistemas constitucionales, en favor de la tesis del efecto horizontal de los derechos. Esta definición básica sienta las bases teóricas para que la Constitucionalización no solo irradie hacia la legislación de derecho público (administrativo, penal, laboral, etc.), sino que también impacte en la legislación de derecho privado (civil y comercial).

Si más arriba hablábamos de una Constitucionalización que cumple recién 60 años, es porque estamos considerando como certificado de bautismo de dicho fenómeno una sentencia de 1958 del Tribunal Constitucional Alemán (Caso Luth).¹³ Fue en dicho fallo, en efecto, que, por vez primera, dicha Corte afirma que los valores y derechos reconocidos en la Ley Básica de 1949 tienen un efecto de irradiación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, reivindicando, de paso, su competencia para verificar si, al momento de fallar sobre causas de toda naturaleza, los jueces respectivos han tomado en cuenta suficientemente, o no, los mandatos de dicha Ley Básica.

La referencia al caso “Luth” permite identificar, de paso, un segundo factor decisivo para efectos del desarrollo de la Constitucionalización del Derecho: nos referimos, por supuesto, al papel que vienen jugando en las últimas décadas los Tribunales y Cortes Constitucionales del mundo.

Probablemente el Tribunal Constitucional que más ha contribuido al desarrollo de esta Constitucionalización es, precisamente, el germano. Sus sentencias han ido teniendo un impacto decisivo en la configuración del derecho administrativo, la legislación sobre propiedad, el derecho laboral, el derecho a la honra y el derecho de familia.

Aunque quizás menos conocido que su equivalente germano, el Consejo Constitucional francés, el *Conseil*, también ha venido jugando, en este caso desde principios de los años setenta del siglo pasado un papel importante en la progresiva

¹² Forsthoff, Ernst: “Estado de Derecho en mutación. Trabajos Constitucionales 1954-1973”, Tecnos, Madrid, 2015, especialmente en pp. 387-436.

¹³ BVerfGE 7, 198.

Constitucionalización del derecho galo. En este caso, el fallo precursor es “Libertad de Asociación” del 16 de Julio de 1971. Allí, el Conseil concluyó que un proyecto de ley que establecía un procedimiento de acuerdo al cual la adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones queda subordinada a la intervención previa de la autoridad judicial, vulnera el principio de la libertad de asociación (las asociaciones deben poder crearse libremente y adquieren personería por el sólo hecho de registrar una declaración preliminar ante la autoridad competente). Este fallo inaugura una serie de fallos que enjuiciará leyes de muy distintas áreas. Tal como se analiza más abajo, el efecto neto de esta jurisprudencia será lo que la doctrina llamará, ya hacia 1980, como una “constitucionalización del Derecho”. Importante en esta reflexión fue el profesor y Decano Louis Favoreau.

Como se ha visto, la Constitucionalización se despliega en la República Federal Alemana desde 1958 y en Francia desde 1971. En el caso de España, el hito decisivo está dado por la instalación del primer Tribunal Constitucional hispano en Julio de 1980. En el curso de los años siguientes, dicho Tribunal Constitucional aplicará la Carta Fundamental de 1978 para someter a escrutinio la nutrida herencia legislativa de los 40 años de dictadura franquista. El resultado de esta jurisprudencia no es otro que una fuerte constitucionalización del derecho hispano.

El fenómeno que estamos describiendo alcanza, incluso, a países de la tradición del *common law*. En el caso de Canadá, y hasta principios de la década de los 80 del siglo pasado, y salvo una excepción, su Corte Suprema había evitado enjuiciar la constitucionalidad de las leyes estatales o federales.¹⁴ Se entendía que el Bill of Rights de 1960 no era otra cosa que un estatuto legal más. La aprobación, en 1982, de la “Carta canadiense de los Derechos y Libertades” inaugurará un tiempo nuevo. Desde entonces, Corte Suprema del país del norte ejerce un activo rol constitucionalizador de la legislación canadiense.¹⁵

¹⁴ La excepción anotada la constituye el fallo “*R v Drybones*”, de 1970. En esta sentencia, la Corte Suprema de Canadá, por 6 votos a 3, declara que el *Bill of Rights* de 1960 sí facultaba a las cortes para declarar la invalidez de los actos legislativos contrarios. Sobre la base de esa afirmación, la Corte reprochó la sección 94 (b) de la ley Indígena. Al año siguiente, el Parlamento canadiense procedió a derogar dicha sección 94.

¹⁵ Cabría señalar que la Constitucionalización de que hablamos nunca alcanzó a desplegarse con fuerza en los Estados Unidos de Norteamérica. La verdad es que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha seguido respetando el criterio tradicional según el cual los derechos que reconoce la Constitución de 1787 solo aplican u obligan cuando estamos en presencia de una acción estatal (*state action*) que podría estar lesionándolos. No obstante, desde “*Shelley v. Kraemer*”, 1948, el máximo tribunal norteamericano está dispuesto a extender la cobertura constitucional cuando existe una intervención estatal indirecta.

2.- NO EXISTE UNA ÚNICA CONSTITUCIONALIZACIÓN.

Vivimos, entonces, en efecto, en los tiempos de la constitucionalización del Derecho. Todas las áreas del ordenamiento jurídico, y todos sus operadores, sin excepción alguna, deben alinearse, en la mayor medida posible, con los valores, principios y reglas de la Carta Fundamental. Es, por lo mismo, un tiempo preñado de posibilidades valiosas para derechos y libertades. Es también, sin embargo, un tiempo que arriesga la “vulgarización” que podría resultar de un aluvión constitucionalizador que, sin cauce ni medida, inunde y ahogue los cientos y miles de soluciones especializadas de las distintas ramas del Derecho.

¿Cómo lograr que el Derecho se constitucionalice (objetivo valioso) sin llegar al extremo inconveniente de transformar a la Constitución Política, y al derecho constitucional, en una normatividad todopoderosa y autosuficiente que todo lo abarca y todo lo resuelve? ¿Cómo pensar un influjo o impacto de la Constitución sobre el Derecho que no tenga efectos destructores sobre las reglas distintivas y especializadas de las distintas áreas del ordenamiento jurídico nacional? ¿Cómo propender, en fin, a una Constitucionalización sana y evitar una Constitucionalización patológica?

Hemos recordado que la Constitucionalización del Derecho supone alinear al conjunto del derecho legislado con las definiciones centrales de la Carta Fundamental. Para que ello ocurra es indispensable que existan mecanismos eficaces que permitan la interlocución entre Constitución y leyes.

Tenemos entonces, por un lado, una Constitución que aspira a irradiar sus valores y principios hacia el vasto campo del Derecho en su conjunto. Una Constitución que contiene elementos vitales con los cuales quiere nutrir al universo de las leyes. Más abajo en la pirámide normativa nos encontramos con miles de leyes, de las más distintas épocas, materias y orientaciones. Algunas de esas leyes o muchas de esas leyes pueden estar en falta o contradicción en relación a los valores de la Carta Fundamental. ¿De qué manera “baja” la Constitución hasta la ley? ¿Cómo se hace para que, idealmente, la Constitución pueda “impregnar” a todas las leyes?

En orden a graficar los términos del problema esbozado me voy a permitir el uso de una metáfora. Como tengo claro que el empleo de estas figuras del habla

arriesga incurrir en simplificaciones, dejo establecido que las imágenes a las que recurro no pretenden sustituir la reflexión razonada sino que se ofrecen como complemento.

Hecha la prevención anterior, quisiera analogar el proceso constitucionalizador con el fenómeno del riego...

Sabemos, por supuesto, que las plantas necesitan de agua para crecer sanas y fuertes. Aun cuando en algunos lugares, parte importante de la demanda de ese líquido vital puede satisfacerse con la lluvia, lo más habitual -y me temo que va a ser cada vez más habitual-, es que sea indispensable suplementar la dosis que aportan las precipitaciones, si es que aportan algo, con algún sistema de regadío que, artificialmente, lleve el agua directamente a la planta.

Imaginemos, por un momento, que en la Constitución está el agua que necesitan las leyes. Para ser sanas. Es posible, y muy deseable, que durante la discusión, aprobación y aplicación de las leyes se produzca algún tipo de lluvia, o llovizna, constitucionalizadora como efecto de las opiniones más o menos doctas que emiten los especialistas que asesoran al gobierno y al Congreso. Y también por el influjo de la doctrina constitucional. En algunos casos podrá ser suficiente con esa agua, que viene -principalmente- de las nubes universitarias, para asegurar una ley sana, constitucionalmente hablando.

La verdad, sin embargo, que al igual que ocurre con la mayoría de las tierras sembradas, respecto de las cuales no basta el agua lluvia; para asegurar razonablemente la constitucionalidad de las leyes parece no ser suficiente la contribución que pueden ejercer expertos y profesores.

La Constitucionalización, al igual que la agricultura, necesita de algún método que lleve los valores y derechos (el agua) que están en la Constitución (el río o embalse) hasta donde están las leyes (las plantas).

A ningún buen agricultor se le ocurriría, me parece, que la mejor solución al problema consiste en inundar completamente los predios o dejar caer sobre el campo sembrado una catarata o desviar un río para que, transformado en aluvión, arrase con las plantaciones. El buen agricultor sabe que a veces tener más agua no es necesariamente bueno. Sabe que la clave es que el agua llegue en el volumen y

periodicidad necesaria. Ni más ni menos. Sabe, en fin, que perder agua es una estupidez. Económica y ambiental.

Pues bien, salvando todas las diferencias, me parece que una adecuada Constitucionalización es aquella que se vale de métodos eficientes, económicos en el sentido más amplio de la palabra (en el empleo del tiempo y los recursos judiciales) y respetuosos de las legítimas preferencias legislativas (y así, el agricultor de centro de derecha puede preferir cultivar paltas y el agricultor de centro izquierda puede decidirse por las frutillas, elección que cabe a ellos y no al administrador de los canales).

La Constitucionalización del Derecho Civil no puede significar, entonces, por ejemplo, que luego del paso avasallador de la Constitución, el “paisaje” ius privatista se haya vuelto irreconocible o que deban despreciarse las técnicas, distinciones y criterios de los que llevan siglos “cultivando ese campo”.¹⁶

La mejor Constitucionalización, esto es, la Constitucionalización indirecta y moderada, se vale de canales que, llevando agua a donde tienen que llevarla, tienen, en todo caso, el menor impacto posible sobre los usos alternativos del suelo. Canales con poco impacto ambiental. Canales que llevan agua a todas las plantas y en la medida que necesitan. Idealmente, supongo, la mejor Constitucionalización operaría como un sistema de riego por goteo.

Esta defensa de una Constitucionalización sana, indirecta y moderada, quiere constituirse en respuesta a la argumentación de una parte de aquella tendencia contemporánea que se conoce como “neoconstitucionalismo”. Esto de las etiquetas es siempre complejo y se arriesga caer en simplificaciones, pero creo que puede afirmarse que muchos de estos neoconstitucionalistas han llevado su pasión y fervor por la supremacía de la Constitución hasta el punto de sustentar una visión que concede a los jueces constitucionales un poder sin límites, que ve a legislador democrático como un implacable y peligroso enemigo de los derechos y que asigna a la Carta Fundamental la potencialidad de resolver ella misma, directamente,

¹⁶ Véase, sobre este peligro, el notable texto de Hernán Corral “Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, Revista de Derecho Aplicado, LLM UC, N° 2, (2018).

todos los tipos de contiendas que puedan levantarse en la sociedad.¹⁷

La sección final del texto vuelve sobre los peligros del neoconstitucionalismo y su auspicio de una Constitucionalización a ultranza.

3.- CONSTITUCIONALIZACIÓN EN CHILE

Luego de este análisis del contexto, podemos, ahora, examinar cómo, y cuándo, se produce el aterrizaje de la Constitucionalización en Chile.

Uno debiera comenzar diciendo que Chile vivió, primero, la experiencia de una **Constitucionalización frustrada**. Me refiero a la manera débil y zigzagueante con que la Corte Suprema empleó, o debiera decir desaprovechó, durante 80 años, la acción de inaplicabilidad cuyo conocimiento le concedieron tanto la Constitución de 1925 como la Carta de 1980.

Luego habría que destacar la experiencia de la **Constitucionalización tutelar**, desatada con fuerza a partir de la introducción, en 1977, de la Acción de Protección.¹⁸ Sabemos que sería la propia Corte Suprema la que luego trataría de circunscribir o acotar la operatoria de esta acción cautelar. En todo caso, y más allá de los problemas que presenta, es innegable que, en estos 43 años de vida, el Recurso de Protección ha sido un instrumento constitucionalizador muy importante. La misma naturaleza de la Acción de Protección, de urgencia y tutelar, vuelve muy difícil, sin embargo, que ella pueda propiciar una Constitucionalización general y estable.¹⁹

La **Constitucionalización de tomo y lomo**, me parece, comienza a manifestarse en Chile en los momentos en que termina la dictadura cívico-militar del General

¹⁷ Para una crítica al activismo judicial, véase: **García, José Francisco y Verdugo, Sergio**: "Activismo judicial en Chile", Ediciones L y D, 2013.

¹⁸ La Acción de Protección es creada por el Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1552, de 13 de Septiembre de 1976). La operatoria de esta Acción nace el 29 de Marzo de 1977, con la dictación, por parte de la Corte Suprema, del "Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Fundamentales".

¹⁹ En la misma línea que venimos explicando, me parece que también contribuye a esta Constitucionalización tutelar la Nulidad de Derecho Público. Cabe anotar el relevante papel que jugó la doctrina jurídica nacional en la creación y desarrollo tanto del Recurso de Protección como de la Nulidad de Derecho Público. Sin perjuicio de otros nombres importantes, es indudable que el aporte principal le ha cabido al profesor Eduardo Soto Kloss.

Pinochet y empieza la compleja restauración democrática. Muchos son los catalizadores de ese proceso.

Me parece, por ejemplo, que la reforma constitucional de 1989, al incorporar en el artículo 5 de la Carta Fundamental una referencia vinculante a los tratados internacionales sobre derechos humanos, dotó a nuestra magistratura judicial y a nuestra doctrina de una herramienta constitucionalizadora formidable. Esa nueva disposición constitucional le sirvió, por ejemplo, a la Sala Penal de la Corte Suprema para imponer la primacía de la Convención de Ginebra y, en general del derecho internacional de los derechos humanos, sobre leyes nacionales contrarias a esos principios (p.e. la Ley de Amnistía de 1978).

Sin duda existen muchas otras causas que explican la constitucionalización creciente del Derecho nacional después de 1990. Para efectos de este artículo, sin embargo, me interesa especialmente detenerme en el aporte de dos grandes juristas que sirvieron en nuestro Tribunal Constitucional-

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional de la Constitución de 1980 fue diseñado para defender los pilares básicos de la fórmula política instalada en Chile por la dictadura y plasmada en dicha Carta Fundamental. Ello explica la centralidad tanto del control preventivo y obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales como de la potestad de sancionar a personas y asociaciones que propaguen doctrinas contrarias a dicho ideario. Como era esperable, todos y cada uno de los nombramientos de la que sería su integración para el período 1981 a 1989 recayeron en personas afines a la dictadura. Nada hacía presagiar, por tanto, que un Tribunal nacido bajo esos auspicios pudiera ejercer algún tipo de control crítico del poder dictatorial o que levantara alguno de los valores y principios constitucionales que recogen la historia larga de la república chilena como parámetro para invalidar decisiones legislativas del régimen civil-militar.

Como se sabe, sin embargo, y más allá de toda expectativa, en los años clave que van de 1985 a 1989, el Tribunal Constitucional sí se animó a jugar un papel de auténtica defensa de la parte de la Constitución más fiel al constitucionalismo, aun en contra de acápite de la Constitución que lo traicionaban.

Papel central en este genuino y profundo esfuerzo constitucionalizador tuvo don **Eugenio Valenzuela Somarriva**. En 1981, este distinguido abogado, proveniente

del servicio en el Consejo de Defensa del Estado, fue designado por la dictadura militar para integrar el Tribunal Constitucional. La independencia de juicio con que se desempeñó en dicha Corte, le significó que el general Pinochet decidiera no renovar su nominación en marzo de 1989 (hay que recordar que hasta la reforma de 2005 los magistrados del Tribunal Constitucional podían ser renominados).

En 1997 fue la institucionalidad democrática la que devolvió a don Eugenio al Tribunal Constitucional, donde ejerció hasta el año 2006.

Varios son los fallos históricos del Tribunal Constitucional que llevan la impronta de don Eugenio. Me quiero detener en cuatro que, amén de su trascendencia intrínseca, ponen de manifiesto su compromiso con el derecho y su buen criterio.

En enero de 1985, en el "Caso MDP", Eugenio Valenzuela redactó un voto disidente, señalando que no procedía aplicar el artículo 8° de la Constitución al PC, al PS y al MIR, puesto que tales partidos ya se encontraban disueltos desde 1973 por un decreto ley de rango constitucional. Valenzuela no estaba dispuesto a que se usara la Constitución y al Tribunal Constitucional en una acción que tenía mucho más de propaganda antimarxista que de resguardo del orden constitucional.

Pocos meses después, en el "Caso Tricel", Eugenio Valenzuela logra una mayoría que prioriza los valores y principios de la democracia por sobre un artículo transitorio que, leído textualmente, dejaba al Plebiscito de 1988 sin Tribunal Calificador de Elecciones. Este fallo fue decisivo para que muchos opositores a la dictadura sintieran que el acto plebiscitario en el que se iba a decidir si el general Pinochet seguía gobernando hasta 1997 podía reunir las condiciones mínimas de seriedad y transparencia de las que había carecido el plebiscito de 1980.²⁰

En 1987, Valenzuela se opuso al voto de mayoría que condenó a la pérdida de sus derechos políticos a don Clodomiro Almeyda. En su voto disidente, Valenzuela se negó a condenar a Almeyda por el simple hecho de tener éste "una actitud extremadamente crítica y severa del régimen imperante en Chile". Conviene anotar que en esta ocasión a Valenzuela le faltó un solo voto para conseguir la absolución de Almeyda.

²⁰ Véase **Letelier, Cristián**: "El TC y el plebiscito de 1988", El Mercurio de Santiago, 4 de octubre de 2018, página A2.

En 1989 en el "Caso Ley de Votaciones", un fallo unánime liderado por Valenzuela rechaza la pretensión de un canal de televisión que se oponía a la franja de propaganda televisiva gratuita. Esta decisión abrió, entonces, la oportunidad para que los opositores a Pinochet pudieran, por primera vez en quince años, hacer llegar su mensaje a todo el país.

Existen también, por supuesto, fallos redactados por don Eugenio Valenzuela con los que yo no estoy de acuerdo (por ejemplo, el "Caso del Tribunal Penal Internacional"). Pero aun en las ocasiones en que su razonamiento no me convence, advierto siempre el esfuerzo por buscar soluciones coherentes.

He tomado nota del aporte sustancial que cupo en los gérmenes de la constitucionalización del Derecho en Chile a Eugenio Valenzuela. Corresponde, ahora, reconocer la contribución aún más decisiva que cabe a **José Luis Cea Egaña**. Heredero de don Alejandro Silva Bascuñán en el rol de constitucionalista principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, José Luis Cea va a ser, en efecto, impulsor determinante de la Constitucionalización del Derecho en Chile.

El aporte de Cea a la constitucionalización del Derecho en nuestro país se expresa de varias formas, todas ellas complementarias.

Está, por un lado, José Luis Cea el docente que imparte por décadas una cátedra motivadora que alienta de vocación de muchos estudiantes que, luego, serán ayudantes y más tarde académicos de la disciplina del Derecho Constitucional. Al mismo tiempo, Cea es el autor de cientos de artículos y unos 14 libros que van definiendo muy decisivamente la comprensión de la Constitución de 1980. Si bien no dispongo de un estudio empírico sobre el punto, me atrevo a sostener que junto a Silva Bascuñán y Soto Kloss, Cea es parte del triunvirato de los autores de Derecho Público más citados en los fallos de los tribunales chilenos entre 1985 y el presente.

José Luis Cea va a dirigir la Revista Chilena de Derecho (RCHD) desde 1981 hasta 1993. En una época donde escasean en Chile las publicaciones científicas en el campo del Derecho, Cea va a lograr que la RCHD combine una excelente presentación, contenidos de alta calidad y un interesante acopio de jurisprudencia. Más allá de cual haya sido la intención de Cea Egaña, y sin perjuicio de publicarse también valiosos trabajos de Derecho Privado, la RCHD va a especializarse en el

Derecho Público. Y, desde esa posición, se atreve a abrir las páginas de la Revista a investigadores muy jóvenes, algunos de ellos todavía estudiando, entonces, su pregrado.²¹

Cea aumenta aún más su nivel de influencia en la dogmática iuspublicista chilena al crear en 1991, y dirigir por 14 años, el muy prestigioso Magister en Derecho Público de la PUC (hoy LIM UC). Cea será abogado integrante del Tribunal Constitucional desde 1991 hasta 2002. En 2002 es nombrado Ministro del Tribunal Constitucional, función que desempeñará hasta el 2010. Le corresponderá presidir el Tribunal Constitucional entre 2005 y 2007, los años decisivos en que dicho órgano estrena nueva composición y reforzadas atribuciones.

De las muchas decisiones importantes adoptadas por el Tribunal Constitucional en el período en que integra don José Luis Cea, quisiera destacar una, humilde en su apariencia, pero significativa por lo que revela en términos de doctrina constitucional.

Se recordará que la facultad de conocer de la Inaplicabilidad le fue concedida al Tribunal Constitucional por la ley de reforma constitucional N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de Agosto de 2005. Siempre de acuerdo a dicha reforma, se estableció que las enmiendas alusivas al Tribunal Constitucional (capítulo VIII de la Carta Fundamental) entrarían en vigor seis meses después de la publicación de la reforma.

De esta manera, el 27 de Febrero de 2006 entró a regir el nuevo estatuto constitucional del Tribunal Constitucional. El problema, sin embargo, es que a esa fecha no se habían aprobado los cambios pertinentes a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) del Tribunal Constitucional (de hecho, en ese momento el proyecto respectivo de encontraba recién en su primer trámite).

Enfrentado el TC ante esta situación, desechó la alternativa de dejar en suspenso el ejercicio de las nuevas atribuciones concedidas por la reforma de 2005 (entre otras,

²¹ En 1991, la RCHD publica el texto de una notable conferencia con que Miguel Ángel Fernández saluda el egreso de su generación ("Hombres de Derecho", Volumen 18 N° 2). En lo personal, no puedo dejar de anotar que la Revista que dirigía don José Luis me publicó un artículo crítico sobre una reforma a la ley de seguridad interior del Estado en 1986 (estando yo en tercer año), un artículo sobre la personalidad del embrión humano en 1988 (cursando yo mi quinto año), un artículo sobre la Interpretación constitucional en 1990 (con una síntesis de Memoria de Grado) y un artículo sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en 1991 (recién rendido el Examen de Grado).

p.e., la Inaplicabilidad) hasta que se hubieren aprobado las reformas correspondientes a la LOC del Tribunal Constitucional (con la configuración legal de cada uno de los procedimientos). Entendió el Tribunal Constitucional, por el contrario, que podía, y que debía, empezar a conocer, y a fallar, desde el mismo 27 de Febrero de 2006 los recursos de Inaplicabilidad que se interpusieron. Justificó esta disposición en tres razones: a) el principio de inexcusabilidad, b) el derecho a la defensa y c) la circunstancia de ser la Constitución Política chilena norma jurídica suprema de vinculación directa e inmediata; y que, por ende, ella no requiere de desarrollo legislativo previo para imperar eficazmente.²²

La necesaria actualización de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional recién entraría en vigencia cuatro años después de la reforma constitucional. ¿Qué significa esto? Pues bien, en materia de Inaplicabilidad significó, ni más ni menos, que las primeras 250 inadmisibilidades y las primeras 170 sentencias definitivas se fallaron sin que existiera un procedimiento legal ad hoc. El vacío fue llenado con la invocación de principios y criterios generales del derecho procesal y la aplicación analógica del procedimiento establecido en la LOC del Tribunal Constitucional para la tramitación de los recursos de inconstitucionalidad contra proyectos de ley.

No dispongo de antecedentes para afirmar que en esta reveladora decisión del Tribunal Constitucional que acabo de recordar, don José Luis Cea tuvo algún rol preponderante. El hecho es que, siendo él Presidente del órgano, y dado su ascendiente, parece sensato pensar que esta resolución constitucionalizadora responde a su visión.

Hablando precisamente del tópico que nos ocupa, la Constitucionalización del Derecho, Cea ha escrito “De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la Constitucionalización del Derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia a través de una conferencia inolvidable que pronunció, en abril de 1994, durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreu”. Dos años después de esa visita, el propio Cea publica la que probablemente sea la primera publicación

²²Sobre estas razones del Tribunal Constitucional, véanse la resolución de su Segunda Sala de fecha 31 de Mayo de 2006 en la que se emite pronunciamiento sobre un incidente de previo y especial pronunciamiento (Causa Rol 472) y la “Memoria del Tribunal Constitucional”, 2006, pp. 10-13.

científica nacional sobre el tema.²³ Años más tarde, Cea auspiciará la publicación en Chile de la traducción de un texto emblemático de Favoreau.²⁴

La influencia de Cea se proyecta hacia el futuro a través de la producción científica y ejercicio académico y profesional de sus discípulos.²⁵

4.- LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR DEMOCRATICO

Más arriba ofrecimos una metáfora agrícola para abogar por una constitucionalización que no arrasara y que no vulgarice. Ahora, y un poco más concretamente, quisiera anticipar un par de ideas a efectos que el Tribunal Constitucional sea siempre un canal adecuado para una Constitucionalización sana, buena y conveniente.

4.1. Sobre la Inaplicabilidad

En el afán de postular una Constitucionalización sana, me atrevo a sostener que, más allá de sus problemas (que los tiene), la acción de inaplicabilidad chilena, por medio de la cual nuestro Tribunal Constitucional conoce de un reproche, en concreto, contra un precepto legal, es una buena fórmula. Un buen canal. Y lo es, porque concilia las prerrogativas de los jueces y cuerpos legales que están más cerca del problema, por una parte, con la conveniente intervención garantista de la Carta Fundamental, por la otra.

²³ "La Constitucionalización del Derecho", Revista de Derecho Público, N° 59, 1996, pp. 11-22. Me parece interesante destacar, en todo caso, que el proceso constitucionalizador que se estaba fraguando en Chile a mediados de los 90 del siglo pasado fue oportunamente advertido por un destacado cultor nacional del derecho privado. Me refiero al profesor de Derecho Civil Ramón Domínguez Águila que, en el mismo año 1996, publicó un análisis sobre el impacto de la constitucionalización sobre su disciplina. **Domínguez, Ramón:** "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3, pp. 103-137

²⁴ **Favoreau, Louis:** "La constitucionalización del derecho", Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, 2001, pp. 31-43.

²⁵ Sin perjuicio de otros nombres, me parece que la lista de discípulos directos o indirectos de José Luis Cea incluye a Marisol Peña, Ángela Vivanco, Gonzalo García, Juan José Romero, Miriam Henríquez, Miguel Ángel Fernández, Cecilia Rosales y quien escribe estas líneas.

No es este el lugar para examinar en detalle la naturaleza y función de la acción de inaplicabilidad. Permítaseme, aquí, en todo caso, sintetizar cuales serían esas virtudes de la inaplicabilidad chilena que la vuelven canal idóneo para una buena y conveniente constitucionalización.

La inaplicabilidad es una forma **quirúrgica, precisa, discreta y deferente**, a través de la cuál nuestra Carta Fundamental hace sentir su presencia en los más distintos tipos de contiendas y gestiones. Es una forma quirúrgica porque no busca desbaratar cuerpos completos sino que apunta a evitar la aplicación de preceptos legales determinados. Es precisa porque no pretende resolver todos los casos de una, sino que se pronuncia sobre cada caso concreto en base a sus particularidades. Es discreta porque no se hace presente por voluntad propia, sino que espera que la llamen (ya sea el juez o alguna de las partes). Es deferente, finalmente, porque no le quita la jurisdicción al juez de fondo. Seguirá siendo ese tribunal, competente y especializado, el que deba, en definitiva, conocer y resolver del asunto.

Es través de la Inaplicabilidad, entonces, que el Tribunal Constitucional, un Tribunal especializado en Derecho Constitucional y con facultad para interpretar de manera definitiva e inapelable la Carta Fundamental, crea las condiciones para que cuando los tribunales especializados en asuntos civiles, penales, laborales, de libre competencia, etc., deban resolver los asuntos colocados bajo su jurisdicción no lo vayan a hacer en base a la aplicación decisiva de un precepto que, para ese caso, resulta contrario a la Constitución.

Resulta, entonces, que el propio diseño del Requerimiento de Inaplicabilidad, más allá de otras consideraciones, manifiesta un alto grado de respeto o deferencia por las competencias específicas de los tribunales especializados. Así lo entiende el TC cada vez que se abstiene de intervenir cuando lo que se le pide, más que una precisa definición constitucional, es que corrija, mejore o derechamente sustituya las actuaciones de los jueces de fondo.

En suma, con la Inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se aboca a resolver un aspecto constitucional puntual de una contienda, pero que no se avoca a conocer y resolver dicha contienda desde la Constitución.

4.2. Deferencia Razonada

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido extraordinariamente cuidadoso a efectos de explicitar que la defensa estricta de la supremacía constitucional puede, y debe, ir de la mano con el respeto por la dimensión de mérito u oportunidad de las determinaciones del legislador. En base a esta Deferencia Razonada, el Tribunal Constitucional no solo se abstiene de invadir el terreno de las consideraciones ideológicas, de mérito o de oportunidad, sino que, además, concede cierto valor *prima facie* a las interpretaciones que, sobre el marco constitucional, ha efectuado el legislador democrático.

No toda noción de Constitucionalización admitirá la idea de Deferencia Razonada. Veamos.

Si se piensa que es posible encontrar en los contenidos sustantivos de la Constitución el germen o “huevo originario” de todas las muchas y distintas respuestas legales con que el Estado debe enfrentar los distintos problemas sociales, es bien probable que por Constitucionalización se entienda la tarea de descubrir para cada caso cuál es la solución de la Carta Fundamental y, luego, asegurar que la respuesta legal coincida con ella. En el fondo, este modo de entender la Constitucionalización, como si la Constitución fuera un oráculo para el legislador, asume que todas las decisiones importantes las adopta la Carta Fundamental y que al legislador lo que le cabe es simplemente desenvolver o desentrañar la fórmula escogida por la Constitución. Esta es, me parece, la visión de muchos a quienes me refería más arriba con el rótulo de “neoconstitucionalistas”.

Si, en cambio, se entiende que la Constitución fija deberes generales, exige razonabilidad e identifica el marco, más o menos amplio, que delimita el espacio de autonomía legítima que tiene el legislador para escoger de entre varias alternativas regulatorias posibles, la Constitucionalización se concebirá como un esfuerzo por asegurar que el legislador escoja, en primer lugar, para un fin constitucionalmente legítimo; que, en segundo lugar, escoja en base a razones razonables susceptibles de ser evaluadas y, tercero, que escoja, dentro, y no fuera, de la esfera de discreción política que la Carta Fundamental le reconoce.

Si en el primer modelo la Constitucionalización consiste simplemente en imponer al legislador las instrucciones del oráculo constitucional, bajo la segunda perspectiva la Constitucionalización consiste en verificar que el legislador escoja

dentro del marco de las siempre múltiples alternativas de que dispone.

Una Constitucionalización que buscara, en el fondo, implantar legislativamente unos supuestos dictámenes unívocos encriptados en el lenguaje de la Constitución no es compatible con la Carta Fundamental de una República Democrática (artículo 4°). Una cosa es que, en un Estado de Derecho con Supremacía Constitucional, el gobierno de las mayorías debe sujetarse, siempre, al marco constitucional y otra es que terminen gobernando los jueces que saben interpretar el oráculo.

A la luz de la explicación ofrecida más arriba, desaparece toda contradicción o incompatibilidad entre la teoría de la Deferencia Razonada y una Constitucionalización del Derecho bien entendida. Todo lo contrario. Al adoptar el Tribunal Constitucional chileno la tesis de la Deferencia está jugándose la por una Constitucionalización respetuosa de los órganos de representación democrática, una Constitucionalización no imperialista en su relación con las distintas disciplinas del Derecho, una Constitucionalización, en fin, que desvirtúa la acusación que algunos lanzan en el sentido de ser el Tribunal Constitucional algo parecido a una "Tercera Cámara política".

A través de una Constitucionalización indirecta del Derecho, que entiende la Constitución como un marco y no un oráculo, principalmente vía la Inaplicabilidad, con respeto por la esfera competencial de los jueces de fondo y por los fueros del legislador democrático, el Tribunal Constitucional chileno cumple, y seguirá cumpliendo, su misión esencial: concurrir a la defensa de la supremacía constitucional en un Estado de Derecho Democrático.