

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN

Francisco Zúñiga Urbina *

RESUMEN

El artículo analiza las instituciones del control de constitucionalidad y la casación dentro del ordenamiento jurídico nacional, a propósito del debate iniciado en nuestro anterior número por el profesor Miguel Ángel Fernández, con un enfoque diferente del autor.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad, casación, inaplicabilidad de preceptos legales.

ABSTRACT

This paper analyzes the institutions in charge of the constitutionality control and cassation within the Chilean legal system. With regard to the debate star-

* Francisco Zúñiga Urbina. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central. Chile. Miembro del Consejo Académico Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales. Correo electrónico: zdc@zdcabogados.cl (Presentado con fecha 29 de agosto de 2005. Aprobado con fecha 5 de octubre de 2005).

ted in the previous issue by Professor Miguel Angel Fernandez, but with a different approach.

KEY WORDS

Constitutionality control. Cassation. Inapplicability of articles within the law.

PROLEGÓMENOS

En nuestra doctrina se ha planteado en el último lustro un interesante debate acerca de los institutos de control de constitucionalidad y de casación.

Un sector de la doctrina, defendiendo un control difuso de constitucionalidad de normas, sostiene que la Constitución es derecho material del instituto de la casación, por tratarse de la Ley fundamental del Estado o Ley de leyes. De esta suerte, la matriz: infracción de *lex decisoria litis* o *lex probatoria litis* puede ser reconducida también a la Constitución. En el fondo este sector de la doctrina plantea que en sede de casación el Tribunal pueda inaplicar o “preterir” la ley fundado en la Ley fundamental.

Una defensa de esta posición en la doctrina es recientemente planteada, a partir de la distinción maniquea entre un constitucionalismo humanista y un constitucionalismo estatalista.¹ El constitucionalismo humanista tiene como supuestos esenciales concebir a la Constitución como norma suprema, que contiene un autorreconocimiento de principios de constitucionalidad en su artículo 6º, y da cuenta de una irradiación de la Constitución en el derecho privado del particular y en todo el ordenamiento jurídico. Ello significa que la Constitución está dotada de una fuerza normativa, y, por ende, no requiere de mediación normativa para su aplicación a hechos o situaciones concretas, a menos que el propio Poder Constituyente imponga el deber de mediación legislativa o infraconstitucional, en suma, se trata de una aplicación directa e inmediata de los

¹ He utilizado como excusa para esta crítica el trabajo del profesor Fernández, Miguel Ángel, “Constitución y Casación, ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, del Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, año 3, N° 1, 2005. Del mismo autor: “La Fuerza Normativa de la Constitución”, publicado en *LXVIII Revista de Derecho Público*, U. de Chile, 2001, pp. 77-102. También, Bulnes A., Luz, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, PUC, Número especial, 1998. Idem, Cea E., José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, Edic. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, pp. 237-238 y 244-246. Además, el procesalista Tavolari O., Raúl. *Recurso de Casación y Queja. Pleno Régimen*, Edit. ConoSur, Santiago, 1996, en especial pp. 51 y ss.

preceptos iusfundamentales. Además los tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional contraria a la Constitución. Finalmente, la fuerza normativa de la Constitución y el proceso jurídico, político y cultural contemporáneo han desencadenado una constitucionalización del derecho, que significa que las normas jurídicas deben ser interpretadas y aplicadas conforme a los principios, valores y preceptos de la Carta Fundamental.

A nuestro juicio, esta doctrina incurre en un “fetichismo constitucional”, que se ha apoderado gravitadamente en nuestra doctrina como posición teórico-metodológica. Prescindiendo de distinciones maniqueas de suyo falaces, el constitucionalismo contemporáneo es fruto de la herencia de tres tradiciones históricas, culturales e ideológicas: constitucionalismo liberal, constitucionalismo social y constitucionalismo democrático, que han permitido afianzar después de la segunda gran guerra en Occidente un concepto normativo de la Constitución, que hace de ésta la primera fuente del orden jurídico y al mismo tiempo un subsistema normativo, concepto tributario de la contribución de Kelsen y su escuela. Esto significa que efectivamente la Constitución como *norma normarum* fija el sistema de reparto de poderes normativos que atañen a la organización básica del Estado y, por otra parte, establece valores superiores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales que permiten fijar la separación del Estado de la sociedad civil y el tipo de relaciones que las personas y sus grupos tienen el poder público.

El concepto normativo de Constitución conlleva en primer lugar un autorreconocimiento de sus principios de constitucionalidad, a saber: supremacía formal y material, eficacia normativa y valor normativo, instituyéndose correlativamente un sistema de garantías que cautela la supremacía e integridad de la Ley fundamental que se denomina Jurisdicción Constitucional. Tal Jurisdicción Constitucional se encauza, merced acciones, a través de un proceso de constitucionalidad y de un proceso de amparo de derechos la tutela del derecho de la Constitución. Luego, la tradicional rigidez constitucional y la apelación al principio-dogma de la soberanía nacional, imbricados en un control político de constitucionalidad de normas y actuaciones del poder público, propias del constitucionalismo liberal decimonónico, no resultan suficientes como dispositivos de garantías de la Constitución.

Además, se ha producido un proceso de constitucionalización del derecho privado en particular y de todo el derecho que redundará en el imperativo de una interpretación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento.

Finalmente el concepto normativo de Constitución entraña reconocer en ésta derecho, como reza la fórmula norteamericana de la Constitución de 1787 “derecho supremo de la tierra”, es decir, derecho objetivo y derecho subjetivo (derechos, deberes y garantías constitucionales). De esta suerte, la eficacia nor-

mativa y valor normativo de la Constitución descansa directamente en la estructura normativa de ésta, tipo de eficacia (competencia positiva y negativa) y, por ende, en el tipo de normas (*summa divisio* tradicional de normas de conducta y normas de organización), materia de suyo complejo y que escapa a los objetivos de este trabajo.²

En consecuencia, nuestro planteamiento es muy simple: a la hora de utilizar el concepto normativo de Constitución y sus principios de constitucionalidad debemos establecer la estructura normativa iusfundamental, la modalidad de eficacia que poseen las normas iusfundamentales y el tipo de norma iusfundamental de que se trata, antes de postular mecánicamente su aplicabilidad directa y sin mediación normativa infraconstitucional. De lo contrario, la Constitución se transforma en un demiurgo normativo, en derecho material para todo tipo de hechos y situaciones, lo que es evidentemente un absurdo. Precisamente uno de los problemas que plantea la hipertrofia o “elefantiasis” del recurso de protección como proceso de amparo de derechos fundamentales,

² V. gr., en la doctrina española Torres del Moral, siguiendo a Rubio Llorente, Huber y Scheuner propone para la Constitución española un completo esquema general y taxonómico de normas iusfundamentales, a saber:

1) Normas declarativas y principios fundamentales del régimen político instaurado, como el artículo 1º íntegro.

2) Normas de reconocimiento de derechos.

3) Normas formuladoras de garantías institucionales, las cuales aseguran y protegen la existencia, organización o funcionamiento de determinadas instituciones; por ejemplo, el pluralismo de partidos (artículo 6º), los colegios profesionales (artículo 36) o la autonomía municipal (artículo 140). Pueden referirse también a los derechos, en cuyo caso se difumina su diferencia con la categoría anterior.

4) Habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos. Por ejemplo, el artículo 53.3 manda a los tres poderes clásicos que informen su actividad en los principios de política social y económica (capítulo III del título I); el artículo 117.3 prohíbe a los juzgados y tribunales que ejerzan otras funciones que la constitucional o las legalmente determinadas.

5) Normas sobre producción jurídica, esto es, que regulan el modo de producción de otras normas, incluso la reforma de la propia Constitución. Entre ellas no faltan preceptos que remiten a otras normas para que regulen la Constitución, el denominado bloque de la constitucionalidad.

6) Normas orgánicas:

6.1. Normas sobre composición y organización de las instituciones.

6.2. Normas de procedimiento.

6.3. Normas atributivas de competencias.

Estas normativas no son excluyentes entre sí. Así, por ejemplo, las normas sobre producción jurídica pueden estar formuladas como habilitaciones, mandatos o directrices a los poderes públicos, principalmente al legislador, y ser, además, atributivas de competencias; a su vez, las habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos pueden versar sobre derechos o sobre garantías institucionales, etcétera. Pero la estructura normativa de un mandato al legislador es diferente de la del reconocimiento de un derecho y, en principio, no implica tal reconocimiento.

Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Española*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 4ª edición renovada y abreviada, Madrid, 1998, pp. 105-106.

que lo superpone a vías ordinarias de tutela de derechos, es el amplísimo y desmedido horizonte de hechos y situaciones a los que se ha pretendido utilizar, entroncando tales hechos y situaciones en lesión antijurídica de derechos constitucionalmente garantizados. Tal hipertrofia del recurso de protección y de otras acciones de amparo ordinario constitucional, han contribuido a su lamentable decadencia en la praxis forense y jurisprudencia de tribunales. Sólo un “fetichismo constitucional” puede llevarnos por estos caminos.

En el fondo el quid de nuestra discrepancia teórico-práctica, con el sector de la doctrina singularizado, estriba en precisar en qué consiste la interpretación conforme a la Constitución que deben hacer los tribunales que integran el Poder Judicial y todos los órganos del Estado. Tal interpretación conforme hace de la Constitución en su derecho objetivo y en su derecho subjetivo, un subsistema de normas poseedora de un techo ideológico o “fórmula política” que preside la utilización de reglas hermenéuticas por los operadores del derecho. De esta suerte la interpretación conforme puede utilizarse como una regla imperativa para dar aplicación preferente a fuentes formales del derecho infraconstitucionales que guarden armonía o sean compatibles con la Constitución. Ello no puede importar inaplicar o “preterir” la ley en ningún procedimiento judicial bajo el pretexto de la “fuerza normativa” de la Constitución, menos aun en sede de casación, ya que no sólo se quiebra el principio de legalidad y seguridad jurídica, sino que además se compromete la responsabilidad penal ministerial de los jueces (art. 76 Constitución política de la República). Más aún la inaplicación e inconstitucionalidad de la ley tiene un cauce procesal preciso con la reforma constitucional como es el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”.

En el campo de la interpretación conforme tienen importancia total valores superiores y principios constitucionales incardinados a un techo ideológico abierto. Tal techo ideológico en una democracia pluralista aquilata en decisiones básicas que el Constituyente adopta acerca del Estado, la persona, los grupos intermedios, la sociedad civil y la economía, y que deben servir de patrón de referencia a todos los operadores públicos y privados del derecho.

Particular importancia tiene esta interpretación conforme cuando las reglas de hermenéutica se aplican a derechos, deberes y garantías, que tienen eficacia y valor normativo directo mediante el proceso de amparo ordinario de derechos (acciones constitucionales), en que la regla *pro homine* o *favor libertatis* favorece la irreversibilidad, la progresión, la posición preferente y la expansividad de tales técnicas de tutela de intereses y voluntades.³

³ Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Editorial U. de Talca, 1997, pp. 140-152.

Luego, sólo resta diferenciar los institutos de control de constitucionalidad y de casación, en particular a la luz de la reforma constitucional en estado terminal de trámite.

I. CORTE SUPREMA COMO CORTE DE CASACIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional consolida un sistema de monopolios de jurisdicciones: monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, monopolio del contencioso civil y penal en términos latos en el Poder Judicial y monopolio en el contencioso electoral en la Justicia Electoral.

El instituto de la casación queda reservado como mecanismo recursal de garantía del principio de legalidad, de suerte que corrige las infracciones del sentenciador a la *lex probatoria litis* y a la *lex decisoria litis*. En palabras de Calamandrei, el instituto de la casación es un dispositivo básico del Estado de Derecho, ya que cumple una función de control jurídico concerniente a la sumisión a la ley de los súbditos como de los órganos del Estado, en especial órganos jurisdiccionales, y que hace de los tribunales superiores ser *custodit ipsos custodes* de los tribunales inferiores, una suerte de “centinelas de la ley”, que vigilan la actividad y errores *in procedendo-in iudicando* de los tribunales, de modo que éstos se mantengan en su “esfera de poder”, destruyendo, anulando o casando las sentencias que infrinjan la ley; y también cumple una función de regulador de la interpretación judicial del derecho objetivo o unificación de la jurisprudencia, unidas a la ley como expresión de la voluntad general sometida a la igualdad constitucional. Así, el instituto de la casación satisface el interés público de anular sentencias que infrinjan la ley y el interés privado de tutela legal del recurrente; pero también coadyuva a la centralidad de la ley como fuente del derecho y, consiguientemente, es un mecanismo de defensa del principio democrático, asegurando el imperio de la ley y con ello un más perfecto Estado de Derecho.⁴

El instituto de la casación sumariamente descrito en sus funciones e intereses está estrechamente ligado al quehacer de la Corte Suprema en el Poder Judicial. La Corte Suprema es un órgano constitucional (plenario y salas), letrado y multifuncional que asume como tribunal supremo roles diferenciados: Tribunal de Casación, Tribunal de Jurisdicción Constitucional en el amparo de

⁴ Calamandrei, Piero, *La Casación Civil* (trad. S. Sentís Melendo y prólogo N. Alcalá Zamora y Castillo), 3 vols., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, tomo II, pp. 27-118.

que lo superpone a vías ordinarias de tutela de derechos, es el amplísimo y desmedido horizonte de hechos y situaciones a los que se ha pretendido utilizar, entroncando tales hechos y situaciones en lesión antijurídica de derechos constitucionalmente garantizados. Tal hipertrofia del recurso de protección y de otras acciones de amparo ordinario constitucional, han contribuido a su lamentable decadencia en la praxis forense y jurisprudencia de tribunales. Sólo un “fetichismo constitucional” puede llevarnos por estos caminos.

En el fondo el quid de nuestra discrepancia teórico-práctica, con el sector de la doctrina singularizado, estriba en precisar en qué consiste la interpretación conforme a la Constitución que deben hacer los tribunales que integran el Poder Judicial y todos los órganos del Estado. Tal interpretación conforme hace de la Constitución en su derecho objetivo y en su derecho subjetivo, un subsistema de normas poseedora de un techo ideológico o “fórmula política” que preside la utilización de reglas hermenéuticas por los operadores del derecho. De esta suerte la interpretación conforme puede utilizarse como una regla imperativa para dar aplicación preferente a fuentes formales del derecho infraconstitucionales que guarden armonía o sean compatibles con la Constitución. Ello no puede importar inaplicar o “preterir” la ley en ningún procedimiento judicial bajo el pretexto de la “fuerza normativa” de la Constitución, menos aun en sede de casación, ya que no sólo se quiebra el principio de legalidad y seguridad jurídica, sino que además se compromete la responsabilidad penal ministerial de los jueces (art. 76 Constitución política de la República). Más aún la inaplicación e inconstitucionalidad de la ley tiene un cauce procesal preciso con la reforma constitucional como es el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”.

En el campo de la interpretación conforme tienen importancia total valores superiores y principios constitucionales incardinados a un techo ideológico abierto. Tal techo ideológico en una democracia pluralista aquilata en decisiones básicas que el Constituyente adopta acerca del Estado, la persona, los grupos intermedios, la sociedad civil y la economía, y que deben servir de patrón de referencia a todos los operadores públicos y privados del derecho.

Particular importancia tiene esta interpretación conforme cuando las reglas de hermenéutica se aplican a derechos, deberes y garantías, que tienen eficacia y valor normativo directo mediante el proceso de amparo ordinario de derechos (acciones constitucionales), en que la regla *pro homine* o *favor libertatis* favorece la irreversibilidad, la progresión, la posición preferente y la expansividad de tales técnicas de tutela de intereses y voluntades.³

³ Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Editorial U. de Talca, 1997, pp. 140-152.

Luego, sólo resta diferenciar los institutos de control de constitucionalidad y de casación, en particular a la luz de la reforma constitucional en estado terminal de trámite.

I. CORTE SUPREMA COMO CORTE DE CASACIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional consolida un sistema de monopolios de jurisdicciones: monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, monopolio del contencioso civil y penal en términos latos en el Poder Judicial y monopolio en el contencioso electoral en la Justicia Electoral.

El instituto de la casación queda reservado como mecanismo recursal de garantía del principio de legalidad, de suerte que corrige las infracciones del sentenciador a la *lex probatoria litis* y a la *lex decisoria litis*. En palabras de Calamandrei, el instituto de la casación es un dispositivo básico del Estado de Derecho, ya que cumple una función de control jurídico concerniente a la sumisión a la ley de los súbditos como de los órganos del Estado, en especial órganos jurisdiccionales, y que hace de los tribunales superiores ser *custodit ipsos custodes* de los tribunales inferiores, una suerte de “centinelas de la ley”, que vigilan la actividad y errores *in procedendo-in iudicando* de los tribunales, de modo que éstos se mantengan en su “esfera de poder”, destruyendo, anulando o casando las sentencias que infrinjan la ley; y también cumple una función de regulador de la interpretación judicial del derecho objetivo o unificación de la jurisprudencia, unidas a la ley como expresión de la voluntad general sometida a la igualdad constitucional. Así, el instituto de la casación satisface el interés público de anular sentencias que infrinjan la ley y el interés privado de tutela legal del recurrente; pero también coadyuva a la centralidad de la ley como fuente del derecho y, consiguientemente, es un mecanismo de defensa del principio democrático, asegurando el imperio de la ley y con ello un más perfecto Estado de Derecho.⁴

El instituto de la casación sumariamente descrito en sus funciones e intereses está estrechamente ligado al quehacer de la Corte Suprema en el Poder Judicial. La Corte Suprema es un órgano constitucional (plenario y salas), letrado y multifuncional que asume como tribunal supremo roles diferenciados: Tribunal de Casación, Tribunal de Jurisdicción Constitucional en el amparo de

⁴ Calamandrei, Piero, *La Casación Civil* (trad. S. Sentís Melendo y prólogo N. Alcalá Zamora y Castillo), 3 vols., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, tomo II, pp. 27-118.

derechos fundamentales, Tribunal custodio de la cosa juzgada y órgano directivo correccional y económico de los tribunales de la nación.⁵

La Corte Suprema como órgano constitucional nos refiere a un estatus específico en el orden constitucional del Estado como cabeza jerárquicamente supraordenada a los demás tribunales que integran el “Poder Judicial”. El concepto de órgano constitucional de raíz teórica germana (G. Jellinek) e italiana (Santi Romano), nos diferencia a éstos de los órganos administrativos, para jerarquizar funciones y atribuciones en una organización compleja como el Estado.⁶ En términos sumarios los órganos constitucionales del Estado son los órganos que reciben “directamente de la Constitución su estatus y competencias esenciales, a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico fundamental proyectado por la misma Constitución” (García Pelayo).⁷ En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema tiene su composición y número, órganos internos, método de generación, estatus institucional y sistema de competencias (función jurisdiccional, función de jurisdicción constitucional y función administrativa) fijados en la Constitución estatal; por lo que se erige en un órgano constitucional.

En este contexto examinado el orden constitucional de funciones del poder estatal y siguiendo el tradicional principio estructural del Estado de Derecho de “separación de poderes” e independencia, corresponde al Poder Judicial la función o potestad jurisdiccional, en un contexto de pluralidad de jurisdicciones. No deja de ser una paradoja que nuestra Carta Política denomine “Poder Judicial”, es decir, poder del Estado, a un complejo jerárquico de órganos que tradicionalmente tuvo una jerarquía e independencia disminuida; designando las demás funciones incardinadas en órganos nominados (Gobierno, Congreso Nacional, Contraloría General de la República). En este cuadro la cabeza jerárquica del “Poder Judicial”: la Corte Suprema, emerge como un órgano constitucional multifuncional.

Lo anterior significa que la reforma constitucional tiene para el Poder Judicial en general y para la Corte Suprema en particular un efecto virtuoso: reafirma su rol como Tribunal de Casación y con ello se acopla armónicamente con la forma

⁵ Pereira Anabalón, Hugo, *Curso de Derecho Procesal*, Edit. Conosur, Santiago, 1993, tomo I, pp. 336-369.

⁶ En la teoría del órgano, el concepto de órgano constitucional puede explicarse a partir del tradicional distinción germánico inmediato y órgano mediato del Estado, formulada por Georg Jellinek en *Teoría General del Estado* (trad. F. de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 412-427. También, constituye un aporte a la teoría del órgano la obra de Santi Romano, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico* (trad. S. Sentís M. y M. Ayerra R.), EJE, Buenos Aires, 1964, pp. 255-296.

⁷ García Pelayo, Manuel, “El Status del Tribunal Constitucional” en *Obras Completas*, 3 vols., Edit. CEC, Madrid, 1991, tomo III, p. 2898.

política de República democrática y la forma jurídico-política de Estado de Derecho.

En cuanto al instituto de control de constitucionalidad, la reforma constitucional comentada confiere al Tribunal Constitucional el monopolio del contencioso, tanto del control preventivo como represivo, tanto del control abstracto como del control concreto, sin perjuicio de ampliar considerablemente las competencias de este órgano. El Tribunal Constitucional, que aumenta el número de sus miembros a 10 participando equilibradamente en su generación la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Congreso Nacional, es un órgano colegiado y letrado, autónomo e independiente de “toda otra autoridad o poder”, que ejerce una función de Jurisdicción Constitucional (art. 81 Constitución Política de la República y art. 1° de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). En suma, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional supremo del Estado.⁸

La comentada reforma constitucional cierra el control de constitucionalidad: abstracto y concreto, preventivo y represivo, preceptivo y facultativo, estableciendo una concentración y monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional; poniendo fin a desviaciones jurisprudenciales y doctrinales que pretendían admitir un control difuso de constitucionalidad, que quebraba el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación. El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su estatus para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello afirmamos, prospectivamente, habrá una “idea de Constitución”, del punto de vista hermenéutico, que se impondrá lentamente en la Judicatura y en los operadores del derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad sitúa al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea; sea además por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los “preceptos legales” se opongan a la parte dogmática de la Constitución.

Para concluir el control concreto de constitucionalidad en esta sede de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad permite que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al admitir un control permanente y actual, que comprende también de modo indirecto la defensa permanente de los derechos fundamentales.

⁸ Zúñiga U., Francisco, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, 2 vols., Edit. Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, vol. II, pp. 64 y ss.

II. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se hace imprescindible llamar la atención acerca de la posición teórico-metódica que hemos denominado “fetichismo constitucional”, que embarga usualmente a parte importante de la doctrina y que lleva, en definitiva, a asumir acríticamente visiones “principialistas” o neoiusnaturalistas de la Constitución, transformada ésta en un demiurgo normativo a partir del cual los jueces son los llamados a hacer efectivo los principios de constitucionalidad, aun sacrificando el imperio de la ley.

Se requiere una actitud teórico-metodológica crítica, que puedo resumir en palabras de Laband: “...la Constitución no es un poder místico (*puissance mystique*) que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de ésta”, y en palabras de Kelsen la Constitución es un “compromiso” con raíces sociales y políticas, que pone a salvo a la Carta de cualquier mayoría parlamentaria protegiendo a las minorías, y en especial los derechos fundamentales, generándose una oposición entre constitucionalismo y principio democrático.⁹ La Constitución carece de santidad, es más bien terrena y obra histórico-política, cargada de ambigüedades y “compromisos apócrifos”, en suma, juridificación de la política.

Luego los recíprocos monopolios del contencioso constitucional y del contencioso civil-penal, referidos al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema y Poder Judicial, y que han sido reforzados por la reforma constitucional, encuentra en los institutos del control de constitucionalidad y de casación efectos virtuosos para la forma política del Estado de república democrática y la forma jurídico política de Estado de Derecho.

Asimismo un concepto normativo de Constitución, empleado desde el “fetichismo constitucional” no puede importar transformar al instituto de la casa-

⁹ Laband, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand* (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor), Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes de 1900-1904, en especial la cita del tomo II de 1901, pp. 314-315. Es menester observar, para matizar la rotundidad antimetafísica de Laband, que el jurista del Imperio guillermino trabaja con un concepto anacrónico de Constitución propio del siglo XIX y al cual subyace el predominio del principio monárquico, que lo lleva a precisar que la sumisión de la ley a la Carta es un postulado de “política legislativa”, pero no un principio jurídico, y que, por ende, es un principio deseable en un orden estatal. También, Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 330-331 y en *Esencia y Valor de la Democracia* (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer), Edit. Labor, Barcelona, 2ª edición, 1977, pp. 81-83. El jurista vienés se anticipa brillantemente a los planteamientos contemporáneos que admiten que la Jurisdicción Constitucional quiebra el principio-dogma de la separación de poderes para salvarlo, y que al mismo tiempo es una “institución contra-mayoritaria” alojada, al parecer necesariamente, en el Estado democrático.

ción o a la interpretación conforme a la Constitución en herramientas para quebrar el imperio de la ley, bajo la forma de sustituir el Estado de Derecho por el Estado Constitucional o Estado de Justicia.

Por último, de la relación Constitución-ley no hay duda que la Constitución es *norma normarum* y fuente primaria, pero la ley sigue siendo la fuente directa, ordinaria y principal del derecho y está revestida de la legitimidad democrática necesaria para dar cuenta de las decisiones políticas fruto de la deliberación pluralista y de la idoneidad para el desarrollo de derechos fundamentales y de la Constitución misma. Los principios de constitucionalidad deben ser entendidos como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad. La ley no es el único instrumento de ordenación social, pero es “insustituible”, porque sigue siendo expresión del principio democrático, en una realidad de Estado de partidos, de suerte que el imperio de la ley en particular para los jueces conlleva en la aplicación, la necesidad de una “interpretación uniforme para todo el pueblo” y objetiva por imperativo del principio de igualdad. En palabras de García de Enterría: “El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, no ya neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance”.¹⁰

Cabe, además, hacer otro alcance, la reforma constitucional al instituir un monopolio del control de constitucionalidad de la ley concentrado en una Judicatura, hace del Tribunal Constitucional el “supremo intérprete” de la Constitución, pero no el único, ya que la democracia pluralista exige de una comunidad “abierta” de intérpretes de la Carta (Häberle); de suerte que todos los operadores del derecho están llamados a la interpretación conforme con la Constitución y a conferirle a ésta todas sus potencialidades normativas (García de Enterría) com-

¹⁰ Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en recopilación *Estudios de Derecho Constitucional*, Edit. CEPC, Madrid, 1998, pp. 163-190. También la impresionante lección doctoral en la Universidad de Oviedo de Eduardo García de Enterría, “La Democracia y el lugar de la Ley”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92, Madrid, 1996, pp. 609-622. Además es útil la lectura de Marina Gascón Abellán, “La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 41, 1994, pp. 63-87.

patibles con la estructura de las normas iusfundamentales, su eficacia y tipo, y a buen recaudo de la “tiranía de los valores” que pretenden los intérpretes, en especial togados, a partir de posiciones “principalistas” o neiusnaturalistas.

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una “política de constitucionalidad” en que la constitucionalidad de leyes, como nos dice Jiménez Campo, “no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal”.¹¹ La “política de la constitucionalidad” nos demuestra como fenómeno que la conformidad de las leyes a la Constitución es una “responsabilidad de todos” y en particular de los órganos legislativos (Congreso Nacional-Gobierno), lo que replantea la necesidad de aplicar cánones o reglas (reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación) a la producción de normas compatibles con la racionalidad legislativa liberal, burguesa y social.

Sin embargo, a tener siempre presente, aun a riesgo de ser tildado de jacobinismo, debe considerarse que la teoría y praxis de la democracia constitucional no puede sustituir la soberanía popular por la vieja construcción ideológica del liberalismo doctrinario: la soberanía de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional posee una legitimidad que es sólo instrumental a su función y, por ende, descansa en la fuerza persuasiva de los argumentos de sus decisiones; y de su inserción compleja en el edificio estatal para salvar el viejo principio-dogma de la separación de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, Manuel. 1998. “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en recopilación *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Edit. CEPC.

¹¹ Jiménez Campo, Javier, “Política de la Constitucionalidad” (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley), en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59, 2000, pp. 11-27, en especial, p. 13. También un libro de cita obligada, acerca del valor normativo de la Constitución y de la interpretación conforme, de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, 3ª edic., Madrid, 1985, en especial, pp. 63-94 y 95-103. Además, acerca de las posibilidades de la interpretación en las democracias pluralistas, la recopilación de artículos de Peter Häberle, *Retos Actuales del Estado Constitucional* (trad. X. Arzoz, IVAP, Oñate, 1996).

- Bulnes A., Luz. 1998. “La Fuerza Normativa de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, PUC, Número especial.
- Cea E., José Luis. 2002. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, Santiago, Edic. Universidad Católica de Chile.
- Fernández, Miguel Ángel. 2005. “Constitución y Casación, ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, del Centro de Estudios Constitucionales. U. de Talca. Editorial Librotecnia. Chile.
- _____. 2001. “La Fuerza Normativa de la Constitución”, publicado en *LXVIII Revista de Derecho Público*. U. de Chile, pp. 77-102.
- Calamandrei, Piero. 1961. *La Casación Civil* (trad. S. Sentís Melendo y prólogo N. Alcalá Zamora y Castillo). 3 vols. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, tomo II.
- García de Enterría, Eduardo. 1996. “La Democracia y el lugar de la Ley”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 92. Madrid.
- García de Enterría, Manuel. 1985. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas, 3ª edic. Madrid.
- García Pelayo, Manuel. 1991. “El Status del Tribunal Constitucional” en *Obras Completas*, 3 vols., Edit. CEC. Madrid, tomo III.
- Gascón Abellán, Marina. 1994, “La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 41, pp. 63-87.
- Jellinek, Georg. 1970. *Teoría General del Estado* (trad. F. de los Ríos). Edit. Albatros. Buenos Aires.
- Jiménez Campo, Javier. 2000. “Política de la Constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59.
- Kelsen, Hans. 1977. *Esencia y Valor de la Democracia* (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer). Edit. Labor. 2ª edición. Barcelona.
- Laband, Paul. 1900-1904. *Le Droit Public de L'Empire Allemand* (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor). Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes, tomo II de 1901.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 1997. *Dogmática Constitucional*. Editorial U. de Talca.
- Pereira Anabalón, Hugo. 1993. *Curso de Derecho Procesal*. Edit. Conosur. Santiago, tomo I.

Romano. Santi. 1964. *Fragmentos de un Diccionario Jurídico* (trad. S. Sentís M. y M. Ayerra R.). EJEA. Buenos Aires.

Tavolari O., Raúl. 1996. *Recurso de Casación y Queja. Pleno Régimen*. Edit. ConoSur. Santiago.

Torres del Moral, Antonio. 1998. *Principios de Derecho Constitucional Español*. Servicio Publicaciones. Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid. 4ª edición renovada y abreviada. Madrid.

Zúñiga U., Francisco. 2002. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*. 2 vols. Edit. Universidad Central de Chile. Santiago, vol. II.