

“Nuevos aires del derecho constitucional”

Clase Magistral dictada por **NELSON POZO SILVA**,
Ministro Tribunal Constitucional en el acto de
inauguración del año académico
de la Escuela de Derecho de la UMC.

**“NUEVOS AIRES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL”**

NELSON POZO SILVA, Ministro Tribunal
Constitucional

*Clase Magistral dictada por **NELSON POZO SILVA**, Ministro Tribunal Constitucional en el acto de inauguración del año académico de la Escuela de Derecho de la UMC.*

I.- Introducción

Me resulta grato estar en esta ceremonia de inauguración del año académico de la Universidad Miguel de Cervantes, expresándole a las autoridades presentes: Señor Rector don Gutenberg Martínez Ocamica, Directora de Escuela de Derecho Sra. Elisabeth Sescovic Pequeño, autoridades presentes y a los estudiantes, el deseo de éxito en sus estudios y un progreso material e intelectual en sus anhelos y proyectos profesionales.

En segundo término, con mucha modestia, pretendo hacerles partícipes de mi experiencia profesional de 40 años de abogado y más de treinta dedicados a la docencia universitaria, coronada por una última década como Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Excm. Corte Suprema, culminando con el desafío de ser Ministro del Tribunal Constitucional, por el periodo 2015-2024.

No vengo a profetizar ni menos a dar consejos, ya que el ser humano por naturaleza tiende a cometer errores una y otra vez, y, es por eso, que la idea es que los seres vivientes puedan utilizar la razón para elevarse sobre el mundo natural, que en la Grecia de Sócrates y Platón formaba parte de la filosofía mística, renovándose en una versión actualizada en las modernas formas del lenguaje y de cómo es vista la evolución de la humanidad en el siglo XXI.

Dos grandes mitos invocan los humanistas contemporáneos para razonar sobre el progreso: el mito socrático de la razón y el mito cristiano de la salvación. Los humanistas creen que la humanidad mejora según aumenta el conocimiento, pero la creencia de que el aumento del conocimiento acompaña al avance de la civilización es un acto de fe. Ven la realización del potencial de la humanidad como el objetivo de la historia, cuando una investigación racional demuestra que la historia no tiene objetivo. Debemos leer a Walter Benjamin al respecto, sobre todo su ensayo sobre la historia.

Un gran dilema se produce al respecto el conocimiento humano aumenta, pero al mismo tiempo la irracionalidad humana se mantiene igual.

El declive de la religión no ha hecho más que fortalecer la fe en la mente. En la época actual la no creencia religiosa cuestiona no sólo la

religión, sino más bien la fe secular. Pareciera que estamos en tiempo de un ateísmo que se niega a ensalzar a la humanidad.

Luego de estas disgregaciones quiero referirme un poco al rol del Tribunal Constitucional, institución creada a partir del Estatuto señalado en la Ley N17.997 que refundió su actual estructura y sus funciones, con un enfoque netamente funcional y propedéutico, puesto que sus características y facultades están desarrolladas en el articulado de esa normativa.

Quisiera establecer que la Constitución de 1980 en su Capítulo VIII determina la existencia del Tribunal, fijando en el artículo 93 sus atribuciones, donde las más importantes es el denominado control “a priori” de la constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, trátense de leyes orgánicas constitucionales y de las normas que versen sobre algún tratado, en forma previa a su promulgación.

También, se debe resolver sobre la constitucionalidad que se suscite durante la tramitación de los proyectos de ley o reformas constitucionales o de tratados sometidos a la aprobación del congreso. Del mismo modo, es su función resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contradictorio o contrario a la Constitución.

No es el caso entrar a comentar los 16 numerales que tiene el artículo 93, si no hacer una mera referencia al ya citado control a priori y, el segundo caso, el control “a posteriori” que realiza el Tribunal mediante el recurso de inaplicabilidad.

II.- ¿Qué es la constitución?

Desde el punto de vista teórico la Constitución debe ser entendida como la ley fundamental del Estado, y ella representa la suprema verdad y el cofre de los valores a que se debe recurrir y referirse en las incertidumbres jurídicas y políticas de cada día, así como en algunas oportunidades, incluso para la solución de los problemas morales.

El moderno constitucionalismo surge con la noción de racionalización, como garantía de transición pacífica que es una característica propia de la Constitución como procedimiento, la cual constituiría la esencia de esa carta fundamental. Es un instrumento del “poder”, una garantía que se define como jurídica y cuya regla principal es la justicia.

La Constitución debe ser entendida como un instrumento irrenunciable para la convivencia y para la integración. Lo que significa que la convivencia es posible sobre una base identitaria, pues es la forma de facilitar el respeto y el compartir las praxis de la vida colectiva.

El debate sobre el Estado constitucional y de derecho, desarrollado en la cultura jurídica y iusfilosofica germánica de la segundo mitad del Siglo XIX y los primeros decenios del Siglo XX prescribían que la norma jurídica se bastaba a sí misma; en oposición a la doctrina del republicanismo que se sustentaba en el pacto social, pero que no tuvo reservas frente a los casos de violación reiterada y comprobada del pacto en sociedad.

Es así, de manera muy resumida que el constitucionalismo moderno postula un poder constituyente, que al decir de la teoría de Sieyes, radicaba en la burguesía dicha capacidad constituyente.

La postmodernidad ha entendido que el derecho público y constitucional tiene necesidad de abrir sus horizontes para ser comprendidos auténticamente y sobre todo, para ser justificado y fundado.

Un autor italiano Livio Paladin afirma que el ordenamiento constitucional italiano se caracteriza por la opción personalista. Otros autores, como Gustavo Zagrebelsky expresan su opción sobre el pluralismo y el lugar que asignan a la Constitución. Dicen que la Constitución es un instrumento legal para la afirmación del nihilismo

jurídico y, en general, del relativismo certificado a veces por los tribunales constitucionales.

Todo ello conduce a que la Constitución y el constitucionalismo son hoy un problema que va más allá de la esfera estrictamente legal e impone una vuelta a pensar radical de las cuestiones que plantea.

III. Consideraciones

En estas materias conviene seguir a Manuel Atienza quien propone otra forma de repensar el Derecho. En efecto, señala que cuando se habla de “verdad jurídica” se difiere de la “verdad semántica”, haciendo referencia a una polémica surgida del año 2013 con el Presidente del Tribunal Constitucional español, quien aparecía en una lista de donante de fondos y afiliados del Partido Popular en una fecha en que ya era magistrado del tribunal y el comentario al respecto decía relación con la petición de dimitir del presidente del TC. Atienza concluye en unas reflexiones que parecían justificar la petición de renuncia del presidente del TC, pero sus argumentos, y su concepción del Derecho y de la interpretación jurídica, no tienen la fuerza que se supone. Ya qué se trata de analogías o argumentos “a fortiori” aquellas prohibiciones si son interpretadas de manera literal y formalista. Los valores que persigue la norma que inhabilita a los magistrados del Tribunal Constitucional deben ser interpretadas más allá de un mero literalismo y preguntarse cuáles son los fines y los valores que razonablemente ha de suponerse y que tratan de proteger las disposiciones que regulan las incompatibilidades e inhabilidades para los jueces de uno u otro tipo (jueces ordinarios y jueces constitucionales).

La libertad enarbolada como una de las grandes aspiraciones del hombre, la historia sociopolítica revela que en la práctica sucede lo contrario y que los hombres renuncian a ella gustosos para pertenecer a movimientos que den sentido a sus vidas. 7

VI.- El caso del Constitución española de 1978 ¡es paradigmático!

La enseñanza que podemos obtener del proceso democratizador español es la Constitución española de 1978, la cual ha sufrido lo que se denomina “fatiga de materiales”.

Los treinta y tantos años que han pasado de su dictación, son comparables, quiérase o no con los treinta y cinco años acaecidos desde nuestra constitución de 1980.

Las profundas transformaciones sociales, en un ritmo, cada vez más acelerado, han demostrado que el fin del mundo bipolar y la aparición de nuevos fenómenos como el terrorismo y la crisis social a que nos vemos enfrentados, han mutado la aspiración de una soberanía democrática en la generación de expectativa de mayor igualdad y una mejor capacidad del Estado para responder ante los requerimientos de desastres naturales.

La concepción de la Constitución como un programa abierto a un desarrollo jurídico de sus potencialidades democratizadora, ha llevado a una degradación de derechos sociales y libertades civiles básicas, donde los problemas de los ciudadanos esperan que sean solucionados mediante una verdadera arquitectura jurídico-constitucional.

El déficit que muestra la administración de justicia y los mecanismos de control administrativo frente a los casos tan numerosos como importantes de corrupción, en particular de corrupción institucional, que llevan a algunos a pensar y denunciar que es un fenómeno o condición estructural de nuestro “sistema”.

Todos estos factores nos recuerda una frase de Ranciere que denomina la lucha por la democratización de la democracia, cuyo fin es hacer de los gobernados, gobernantes, para recuperar al verdadero soberano.

V.- Justicia constitucional.

Kelsen nos habla en un conocido libro "Que es la Justicia:" la justicia es un ideal irracional. Por su parte Alf Ross, en su obra, "Sobre el Derecho y la Justicia" apela a la justicia como que esta está abandonando el territorio de la discusión racional para adentrarse en el de las emociones irracionales.

En el último tiempo, Riccardo Guastini ha profetizado como un escéptico en materia moral, lo mismo que Luigi Ferrajoli, instaurando un constitucionalismo postpositivista.

En resumen, los positivistas son escépticos morales, lo que les lleva a ver también con mucha prevención el rol de los principios en el razonamiento jurídico y a ser críticos de la ponderación. En sentido contrario los postpositivistas, entre los que se incluye Atienza, se han transformado en defensores del constitucionalismo en cuanto concepción que se sitúa más bien en una teoría general del Derecho, y no en el marco estricto del Derecho constitucional.

En materia de argumentación constitucional la tesis del razonamiento justificativo judicial tiene necesariamente un componente moral, lo cual no es incompatible con un criterio de racionalidad.

Un ejemplo de esto último es el fallo del Tribunal Constitucional español, en la sentencia rol 179-2012, mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la ley que reformaba el Código Civil abriendo el matrimonio a las personas del mismo sexo: lo que se ha llamado el "matrimonio homosexual".

Esta reforma del Código Civil, consiste esencialmente en que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayente sean del mismo o de diferente sexo. El tribunal ante un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular, entendió que el motivo principal era que la reforma del Código Civil entraba en contradicciones con el artículo 32.1 de la Constitución española y el tribunal argumentó que la nueva figura no desfiguraba la institución del matrimonio, por dos razones:

1. La esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad y no en la característica de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y
2. Que la interpretación evolutiva que tiene en cuenta lo que la sentencia llama la cultura jurídica muestra una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio, al tiempo que, en el caso español, diversas encuestas de opinión ponen de manifiesto la existencia de una mayoría de la población que aprueba la nueva modalidad de matrimonio, mayoría que es todavía más amplia si lo que se considera es el segmento de población más joven.

Es así como se acepta una interpretación constructivista que denota: interpretar consiste en adscribir a un enunciado el significado que maximice el valor de la práctica en la que ese enunciado se inserta. O, dicho de otra forma, la mejor interpretación es la que nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras constituciones (Manuel Atienza, Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho, Editorial Pasos Perdidos, Madrid, España, 2013, p.93).

VI.- Comentarios atinentes.

Jorge Luis Borges expresaba que “no hay iluminación sin ceguera. No hay meditación sin los ojos cerrados”.

La gran iluminación es la de los sueños que, ciertamente hacemos con los ojos cerrados y la respiración poderosa.

No es que nos volvamos meditabundos, sino que tenemos que acercarnos a la realidad y a la verdad lo máximo posible y actuar independientemente, acentuando la necesidad de transparencia.

Un ejemplo es el del periodismo y sus instituciones, las cuales están en una profunda transformación y en este debate también se han incluido el papel del Defensor del Lector.

El surgimiento de opinólogos y periodistas que ejercen una actividad sin la responsabilidad suficiente, hace que ahora cualquier artículo pueda ser examinado por blogueros, tuiteros y lectores en Internet sin un criterio objetivo que podría entregar un verdadero Defensor del lector.

El ejercicio de un buen periodismo, al margen del impacto de las nuevas plataformas tecnológicas, tiene una receta clara y existen desde hace tiempo. Nada justifica su debilitamiento. Si el periodismo está bajo sospecha es porque no se aplican siempre debidamente. Gabriel García Márquez en un texto llamado “El mejor oficio del mundo”, en la que criticaba una funesta noción de periodismo intrépido y, por ejemplo, precisaba el concepto de premisa a cualquier precio y por encima de todo (la mejor noticia no es siempre la que se da primero, sino muchas veces la que se da mejor) o la difícil relación con fuentes informativas contaminantes, y cada vez mejor organizada que convierten al periodista en instrumentos de esa fuente que le transmitió la información como quiso y arreglada como más le combino y que “ lo lleva inclusive a menospreciar la decencia de la segunda fuente”.

No es lo mismo imparcialidad y objetividad y es por eso que debemos combatir lo aparente y las falsas evidencias.

Así mismo, cabe expresar que Ronald Dworkin decía que el derecho, y, sobretodo, su administración eran una rama de la moral; la dignidad del

hombre está en el centro del sistema moral. Hablando de su vida expresaba: “yo era muy competitivo, uno de esos agresivos tipos que quieren ganar todas las carreras y concursos; era boy scout y quería cualquier distinción que estuviera en juego, la medalla más miserable la quería para mí”.

Pero todo aquello no hace más que reafirmar nuestra ilusión que el derecho y en especial el derecho constitucional, van de la mano con el aspecto ético y moral que va implícito en toda norma jurídica.

Por último, y, en relación a este acápite, el hombre es un animal social o político, donde todas las actividades humanas están condicionadas por el hecho que los hombres viven juntos, si bien es sólo la acción lo que no cabe ni siquiera imaginarse fuera de la sociedad de los hombres (Hannah Arendt, La Condición Humana).

Platón describe en uno de sus mitos que: “sólo la acción es prerrogativa exclusiva del hombre; ni una bestia ni un Dios son capaces de ella, y sólo esta depende por entero de la constante presencia de los demás.”

Como conclusión de lo anterior, podemos argüir que la libertad está localizada en la esfera de lo social, y la fuerza o violencia pasa a ser monopolio del gobierno.

La libertad de la sociedad es lo que exige y justifica la restricción de la autoridad política. Esta es la razón y justificación de la existencia de la Constitución.

VII.- El Tribunal Constitucional chileno y su rol.

a.- Generalidades

Sin perjuicio de tener un importante rol el Tribunal Constitucional en la interpretación de la Carta fundamental, las Cortes constitucionales aparecen constreñidas al ordenamiento jurídico positivo, remitiéndose aquellos principios sobre los que se sostiene el ordenamiento constitucional.

Los tribunales constitucionales por regla general adoptan una metodología para la interpretación de las constituciones legal – deductiva, imponiendo un sistema acorde al ordenamiento jurídico positivo.

Las explicaciones de tal anomalía son variadas. Aquí menciono que, en el ámbito de la cultura europea continental y, por lo tanto, de la latinoamericana configurada por aquella, la supremacía era un concepto desconocido y, cuando comenzó a ser entendido y aplicado, se creyó que el control del respeto de ese principio era tarea del parlamento, es decir del órgano político, representativo y soberano por excelencia. (José Luis Cea Egaña, Cuaderno del Tribunal Constitucional, Número 35, año 2007).

A raíz del descenso de la ley al nivel que le corresponde y que, sin embargo, había dejado por obra de un legislador incontrolado e incontrolable, comienza a descubrirse el rol que le cabe servir en la democracia constitucional de nuestro tiempo a una Magistratura diferente, antes desconocida. Efectivamente, la aparición de la Justicia Constitucional se explica con el sentido de instrumento al servicio del nuevo constitucionalismo; y representa un desarrollo en la evolución de la democracia, superando el concepto mínimo y procesal ya aludido. (Carlos Santiago Nino: La Constitución de la Democracia Deliberativa Barcelona, Ed., Gedisa, 1997, p.261 ss.). 15

Es una justicia específicamente concebida, diseñada y facultada para controlar la supremacía, sustantiva y formal, de la Constitución. Esta, condensa el Derecho superior, colmado de valores humanistas, que ha de irradiarse en la ley encargada de implementarlo. Inevitablemente, por consiguiente, irá entronizándose la constitucionalización del régimen jurídico completo, en la medida que se va revisando la adecuación de los

códigos y las leyes al espíritu y proceso nomogenético trazado en la Carta Fundamental.

La reacción no ha demorado, criticando esa necesidad y legitimidad sobre la base de argumentar que la Justicia Constitucional es un contrapoder o freno de las mayorías, cuyos rasgos son antidemocráticos, porque comprime el ejercicio de la soberanía, cuyo actor efectivo es la mayoría, por el imperativo de respetar el coto vedado. La refutación de esa tesis resulta, en esta época, ya abrumadora y no suscita disidencias sustanciales, atendido que la Justicia Constitucional se origina en los órganos democráticos, es ejercida bajo la Constitución y tiene por finalidad principal la defensa del Código Político legítimamente establecido y vivido. Existen modelos de Justicia Constitucional, entendida esa expresión no en el exigente sentido weberiano de los tipos ideales, bastante distintos. Uno es el que, espontáneamente y por vía inductiva, fue establecido en 1803 mediante la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Marbury v. Madison”; otro es el ideado por Hans Kelsen para la Constitución de Austria en 1920, y los demás, que son la mayoría, pueden ser calificados de mixtos.

En el modelo norteamericano, el control de supremacía es difuso, o sea, ejercido por todos los jueces a través de la revisión judicial de las leyes. En el modelo europeo continental, el control se halla concentrado en un Tribunal o Corte Constitucional, cuya competencia de atribución es sólo obrar como legislador negativo, derogando los preceptos legales contrarios a la Constitución. Por último, en la frondosa gama de situaciones mixtas, insusceptibles de calificarse como modelos, las variaciones son numerosas: control preventivo y ex post; con efectos sólo inter partes o erga omnes; concentrado, difuso o compartido entre diversos órganos jurisdiccionales; accionada por las partes de una gestión jurisdiccional, por cualquier interesado o de oficio; obrando según cánones de hermenéutica diferenciados o con aplicación de las reglas de interpretación corrientes, etc.

b.- Características.

Independientemente del “modelo” concreto, podemos sostener que la Justicia Constitucional posee numerosos rasgos propios, todos los cuales sirven para demostrar su necesidad y legitimidad, diferenciándola de la Judicatura ordinaria. Resumiré algunas de tales características:

- Al menos en los regímenes del control concentrado y compartido, es distinta de la Magistratura ordinaria en su génesis, funciones, procedimientos, criterios hermenéuticos, control heterónomo y responsabilidad;
- Consecuentemente, es una Magistratura independiente de los Tribunales comunes, rasgo que no evita las relaciones recíprocas, a veces conflictivas, a raíz del amparo o protección radicado en los últimos;
- Se ejerce a través del proceso constitucional, estructurado con base en el Derecho Procesal Constitucional, sea codificado o articulado en la legislación orgánica respectiva;
- Se trabaja, con reglas de hermenéutica propias, coherentes con la Constitución en cuanto texto, más breve que los códigos, en el cual se condensan valores, principios y normas generales que permiten infundirle ductibilidad o elasticidad para hacerla coincidir con las demandas, siempre dinámicas, propias de los cambios sociales;
- Su finalidad es doble, esto es, resolver los conflictos políticos mediante la aplicación de la Constitución, subordinándose a ella; y hoy más que antes y cada día en aumento, proteger y fomentar la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de la Carta Política, erigiéndose en un elemento clave del garantismo; y
- La Justicia Constitucional implica, en la actualidad, una alteración sustancial del Derecho y el enriquecimiento de la democracia, porque la ley ha perdido su cima y centralidad, el Estado ha quedado sometido a la Constitución, y el gobierno popular se ejerce con respeto de los derechos esenciales, en particular los más expuestos a la discrecionalidad de las mayorías. Recae en esa Justicia, por lo tanto, una responsabilidad decisiva para el funcionamiento real del Estado de Derecho, llamado ahora, como se comprende, Estado Constitucional de Derecho.

SANTIAGO, Mayo de 2015.-