

Bassa Mercado, Jaime; Viera Álvarez, Christian
CONTRADICCIONES DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA CON
EL ESTADO CONSTITUCIONAL: NOTAS PARA SU REINTERPRETACIÓN
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXI, núm. 2, diciembre, 2008, pp. 131-150
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714178006>

CONTRADICCIONES DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA CON EL ESTADO CONSTITUCIONAL: NOTAS PARA SU REINTERPRETACIÓN

*Jaime Bassa Mercado**
*Christian Viera Álvarez***

RESUMEN

*La Constitución, junto con ser norma jurídica, obedece a una ratio que la funda. En el caso de la Carta chilena, los autores postulan que en ella es posible advertir un sincretismo teórico (*iust-naturalismo, anarcoliberalismo, democracia instrumental*), que genera un corpus contradictorio. Asimismo, desde la perspectiva de su interpretación, el sistema chileno está condicionado por la tendencia originalista. El contenido material de las normas constitucionales evoluciona porque también lo hace el consenso político presente en el poder constituyente-pueblo. Así, a la hora de interpretar la Carta, los criterios de la Comisión Ortúzar carecen de toda relevancia, no sólo por su ausencia de legitimidad democrática, sino porque no son el reflejo del consenso político que el poder constituyente, el pueblo, presta para la fundamentalidad de las normas constitucionales.*

CONSTITUCIÓN – INTERPRETACIÓN – IUSNATURALISMO

Contradictions of theoretical foundations in Chilean Constitution with the constitutional state: notes for its reinterpretation

ABSTRACT

*The Constitution is founded on a certain ratio. The authors postulate that it is possible to notice a theoretical syncretism in the Constitution of Chile (*iust-naturalism, neoliberalism and instrumental democracy*), that generates a contradiction in the text. The Chilean system is conditioned by the original interpretation. However, the material content of the Constitution evolves with the political consensus present on the people as constituent power. In consequence, the criteria of the Ortúzar Commission lacks of all relevance in the constitutional interpretation, because of their absence of democratic legitimacy and the lack of representativity of the political consensus that the constituent power, the people, renders for the constitutional dispositions.*

CONSTITUTION – INTERPRETATION – IUSNATURALISM

* Abogado. Magíster en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar, Chile, jbassa@uc.cl

** Abogado. Magíster en Estudios Filosóficos, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar, Chile, cpviera@uc.cl. Artículo recibido el 5 de mayo de 2008 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 24 de octubre de 2008.

INTRODUCCIÓN

Estando próximos a cumplir 20 años de la vigencia efectiva de la Constitución chilena, urge revisar, como veremos, los fundamentos epistemológicos de la Carta y cómo desde el derecho constitucional, en su dimensión doctrinaria y normativa, se interpreta y aplica el articulado que emerge del Código Político.

El derecho constitucional es el más político de las ramas del Derecho, cuya *ratio* no se reduce a la pura dogmática, sino que está en permanente conexión con otros sistemas y disciplinas humanas. Por de pronto, tiene una íntima conexión con el sistema político, pues no sólo es Norma sino también Pacto, y en tanto que pacto, fruto de un ejercicio deliberativo en el marco de una sociedad democrática.

Clásica resulta la distinción al interior del Poder Constituyente entre uno originario y otro derivado,¹ en que el primero dice relación con el nuevo orden jurídico establecido que nace sin apoyarse en una norma positiva anterior, surge por primera vez, y el segundo aquél que emerge al amparo de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes. Su funcionamiento está previsto en la Constitución vigente, la cual dispone procedimientos especiales para su modificación o reforma. De ahí que uno de sus caracteres sea la legalidad del cual deriva su eficacia.

En el caso de la Constitución chilena, resulta paradojal su mecanismo de elaboración y aprobación formal. No existe una Asamblea Constituyente ni nada que se le parezca. Por el contrario, la primera construcción de *corpus* dogmático de la Constitución es fruto de una Comisión integrada por abogados y profesores de derecho político y constitucional mayoritariamente ligados a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile,² que no se caracterizó por la pluralidad política de sus integrantes ni tampoco por postular cosmovisiones diferentes, en circunstancias que la vida en comunidad (democrática) se caracteriza por ello: convivencia pacífica, razonable y plural.³

También se debe destacar la sobriedad con que la doctrina constitucional chilena trata la materia. Sin mucha profundización, asume que el criterio histórico para interpretar la Carta se desprende de las Actas de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, sin hacerse cargo de las limitaciones que supone la utilización de este mecanismo de interpretación: principalmente, uniformidad de los paradigmas que comparten los comisionados, sin un ejercicio suficiente de diálogo con la comunidad, y falta

¹ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 2003, pp. 93-103.

² Acta N° 1 de la Junta de Gobierno, de 13 de septiembre de 1973.

³ Cf. Bassa, J., *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2007, pp. 35 y ss.; Celis, G., Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile - Escuela de Graduados, N° 1, 2007, pp. 44 y ss; Viera, C., *La Familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2007, p. 18 en nota.

de legitimidad, dado que su actividad es diputada de un mal entendido poder constituyente, autoritario y autoatribuido (DL 128 de 1974 y 788 de 1974). Hay importantes autores que, al describir las instituciones establecidas en nuestra Carta Fundamental, recurren a las Actas para refrendar con su autoridad la interpretación que emerge de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución,⁴ sin un ejercicio crítico que legitime dicha opción metodológica desde la perspectiva de la disciplina.

Es cierto que surgen desafíos desde la perspectiva de la interpretación, tanto así que parte importante de esta investigación apunta a desarrollar una propuesta de interpretación teleológica, complementaria a los criterios tradicionales de interpretación; tomamos distancia del originalismo como escuela interpretativa, porque el originalismo conlleva el riesgo de petrificación y rigidización del derecho, además de no considerar el carácter evolutivo de los sistemas jurídicos, en tanto que manifestaciones culturales.

Con todo, no queremos postular criterios de interpretación sin hacernos cargo de las claves epistemológicas que fundan la Carta Fundamental chilena. Es cierto que se puede discutir tanto la legitimidad de la Comisión Ortúzar como las dificultades que surgen a partir de la aplicación de la *original intent* como criterio hermenéutico. Pero sobre todo, creemos que las teorías madres que están en la base del sistema constitucional chileno chocan con el sistema democrático constitucional de derecho hoy vigente.

Así, postulamos que los fundamentos teóricos de la Constitución vigente hunden sus raíces en algunas concepciones en principio contradictorias con la democracia constitucional, las que deben ser revisadas ante el nuevo paradigma que supone el Estado constitucional de Derecho. El primer capítulo se aboca a ello. Mientras que en el segundo se revisa la forma en que esta situación se concretiza en la interpretación de la Constitución. Postulamos que el recurso a la interpretación original, que mantiene concepciones del Estado y de la sociedad propias del contexto histórico de la década de 1970, es incompatible con la democracia constitucional, no sólo por la desconfianza hacia la democracia que dichas opciones contienen, sino por el evidente cambio en el consenso político que legitima la Constitución hoy vigente.

⁴ Cf., entre otros, Carrasco S., *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002; Cea, J. L., *Derecho Constitucional Chileno, tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1^a edición, Santiago, 2004; Cea J. L., "La familia en nuestra Constitución", en *Seminario sobre Matrimonio y Familia*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, octubre 1994, pp. 113-123; Corral, H., "Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pp. 259-272; Evans, E., *Los derechos constitucionales, tomo I*, Editorial Jurídica, 3^a edición, Santiago, 2004; Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional Tomo IV*, Editorial Jurídica, Santiago, 1997; Soto, E., "La Familia en la Constitución Política", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pp. 217-225. Asimismo, jurisprudencia reciente se sigue recurriendo a autores clásicos como referente doctrinario y las Actas como historia, v.g. Sandra Pavez Pavez con Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo, Ilustrísima Corte de San Miguel, rol 238-2007, 27 de noviembre de 2007, confirmada por la E. Corte Suprema de Justicia, rol 6853-2007, 17 de abril de 2008.

1. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICO/DOCTRINALES DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Postulamos que la Constitución chilena sufre de un sincretismo epistemológico desde la perspectiva de sus fuentes ideológicas de inspiración. En las Bases de la Institucionalidad del Estado (Capítulo I) y Garantías Fundamentales (Capítulo III) es posible advertir que conviven la influencia de 1. La filosofía escolástica, 2. El anarcoliberalismo de von Hayek y 3. Los postulados de democracia instrumental de Schmitt, generando evidentes contradicciones en la comprensión de los conceptos fundamentales de la Constitución. Tres opciones que conviven al alero de un modelo normativo ajeno a los tres, como el estado constitucional de derecho que surge con la incorporación de contenido material en las constituciones de la segunda postguerra,⁵ generando tensión en la aplicación de la norma fundamental, v.g.: el bien común para la escolástica es muy diferente que para el anarcoliberalismo; lo mismo a propósito de la comprensión de lo que constituya un sistema democrático, que puede ser entendido como un mero instrumento al servicio del sistema económico o más bien con una dimensión teleológica.

1. Hayek es uno de los teóricos sociales más influyentes en el desarrollo de cierta perspectiva del liberalismo. En el caso de Chile, sus postulados inspiran no solo importantes escuelas de negocios, sino que se plasmaron con nitidez en la Constitución chilena. Muestra de ello es el articulado de las normas llamadas “orden público económico”, que se encuentran en el art. 19 N°s 21 a 25 de la Constitución, disposiciones que no sólo se caracterizan por ser detalladas descripciones protectoras de la libertad en materia económica,⁶ sino que, además, por el estatuto que se otorga al derecho de propiedad, con una regulación extensa y en algunos apartados más propios de regulación legal que constitucional.

Con todo, los postulados hayekeanos⁷ asoman con fuerza a partir de la construcción de una teoría social. Postula que la sociedad deseable tiene como eje la idea de libertad individual que funda un orden social generado espontáneamente (catalaxia). Por ello, se deben limitar los mandatos y decisiones de órganos como el Estado, pues lo deseable es seguir reglas de conducta justa de extensión universal y carácter formal, que naturalmente se han fermentado producto del juego recíproco de intereses y acciones individuales. De aquí se deriva un concepto de libertad negativa, es decir, ausencia de obstáculos que como conjunto global provee un sistema mínimo de reglas del juego

⁵ Cf., la amplia discusión crítica recogida en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2^a edición, Madrid, 2005, 286 pp., y Carbonell, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, 334 pp.

⁶ Cf. Fernandois, A., *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2^a edición, Santiago, 2006, pp. 41-68.

⁷ Cf. Von Hayek, F., “Los fundamentos éticos de una sociedad libre”, en *Estudios Públicos*, N° 3, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1981, pp. 70-82; Von Hayek, F., “Los principios de un orden social liberal”, en *Estudios Públicos*, N° 6, Centro de Estudios Públicos, 1982, pp. 179-202; Von Hayek, F., *Los fundamentos de la libertad*, Folio, Madrid, 1997.

(que el Estado debe garantizar y vigilar por medio de un Estado de derecho formal, sin contenido material) alentador del libre desenvolvimiento de esas fuerzas espontáneas. Estas reglas tienden a resguardar la intromisión pública en la propiedad privada o el ámbito privado, el dominio inviolable desde el cual nace la relación social.

El trasfondo teórico que sirve de fundamento a este pensamiento se sirve de una idea modesta de razón, lo que quiere decir una especie de empirismo que rechaza el acceso a esencialidades y que se conforma con abstraer leyes inducidas de la observación de los hechos sociales. Esto implica también que no hay cómo establecer trascendentalmente un significado a universales como bien común, justicia, etc. Predomina un pesimismo respecto de la razón mezclado con una tendencia conservadora que estima positivamente la tradición, sobre todo cuando se la considera portadora de reglas de conducta justa decantadas por el tiempo y por los éxitos individuales que generan. La racionalidad de los individuos se agota en sus preferencias egoístas y en el cálculo utilitario que ocupan para tener éxito.

Las recetas neoliberales entonces bajan desde estos principios al plano económico, jurídico, administrativo, político e individual bajo la forma de políticas públicas. La lógica del mercado pasa a ser dominante y modeladora de los aparatos de gobierno y justicia. El mercado se autorregula prescindiendo de una escala única de fines o necesidades, sus resultados son fruto del azar de los intercambios recíprocos y no discrimina lo más importante de lo menos importante, sino sólo desde la perspectiva netamente individual. Los precios como el valor del trabajo se regulan exclusivamente por la oferta-demanda, así como la posición o suerte del individuo en la sociedad son impredecibles y azarosos, ya no dependientes del mérito individual. Esto implica un rechazo de cualquier tentativa a establecer condiciones materiales mínimas para el ejercicio de los derechos. Significa también una importante limitación a la acción interventora del Estado, que se reduce a una función de gendarme de las reglas de conducta justa tomadas como leyes abstractas y uniformes por las que se rigen las relaciones entre individuos; es decir, la pervivencia del modelo decimonónico de Estado de Derecho.⁸

La función coercitiva del Estado arranca desde una concepción de justicia que rige formalmente como prohibiciones para las acciones individuales, no para los resultados del sistema que son azarosos y no voluntarios (así, si el sistema económico perjudica a un sector social, no es juzgable ni jurídica ni moralmente, como tampoco puede pretender criterios comunes para el todo social). Hayek denuncia una intromisión del derecho público-organizativo en el campo del derecho privado que puede llevar a la conformación de un sistema totalitario. El autor espera que principios inspirados en lo que llama sus tres negaciones (paz, justicia y libertad) den la posibilidad de una sociedad abierta autoorganizada, donde la conducta social no se dirija desde ningún poder central.

⁸ Cf. Bassa, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 54-57.

2. En todo caso, la claridad de los postulados de Hayek colisionan con otras matrices que también nutren la Constitución, a saber, el iusnaturalismo y la filosofía escolástica. Por ejemplo, la referencia a que el fin del Estado es el bien común (art. 1º inc. 4º) no encuentra su fundamento en la escuela neoliberal, sino que hunde sus raíces en otra tradición que, en lenguaje de los integrantes de la Comisión Ortúzar, es la filosofía cristiana.⁹

Una primera observación acerca del iusnaturalismo. El siglo XX se caracterizó por los horrores y holocaustos que los seres humanos hemos provocado. El sistema derecho no escapó a la responsabilidad que le cabe en tan tristes hechos, ya que no se establecieron los debidos mecanismos de promoción y garantía de los derechos de las personas. Cuando el derecho pasa a legitimarse sólo por su correcto pronunciamiento formal –si se ha ajustado al procedimiento nomogenético correctamente establecido en las Cartas Fundamentales– corremos el serio riesgo de relativizar los valores humanos en pos de la certeza jurídica. Famosa es la frase de Kelsen que señala “desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi, fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho”,¹⁰ reflexión que implica el establecimiento de un criterio formal que pueda ser verificado empíricamente por sobre la vigencia de criterios de legitimación que no respondan a ese código verificador; lo que prima es la norma como único correlato demostrable del sistema jurídico. El mismo Kelsen hace un examen relativo a la justicia, sin que se atreva a concluir nada de manera categórica; a lo sumo, la justicia es una convicción íntima, no susceptible de ser universalizada.¹¹

El retorno al iusnaturalismo, aparentemente, podría ser entonces una reacción ante los horrores del siglo XX. Un derecho que deviene en puramente formal con un código empírico (la norma) a merced de la tentación autoritaria de manipularlo para justificar sus fines particulares, cualquiera sea su naturaleza. Sin una corriente que aspire a la

⁹ Cf. Silva, A. en República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Santiago, 14 de noviembre de 1974, p. 17, en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=110>; Jiménez, F., “El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”, en *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo II, 1994, p. 156; Guzmán, J. en República de Chile. *Actas Oficiales...*, sesión 10^a, Santiago, 25 de octubre de 1973, p. 5 en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=34>; Cea, J. L., *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1^a edición, Santiago, 2004, p. 56; Silva, A. en República de Chile. *Actas Oficiales...*, sesión 191^a, Santiago, 18 de marzo de 1976, pp. 22-23 en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=208>; Soto, E., “La Familia en la Constitución Política” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pp. 224-225.

¹⁰ Kelsen, H. en Landa, C., Dignidad de la persona humana en *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 7, julio-diciembre 2002, p. 115 (en nota 15).

¹¹ Cf. Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona 1980, p. 63. Para observar la vigencia práctica de esta orientación no es necesario ir a la Europa previa a la II Guerra Mundial. Basta mirar las sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia y la aceptación de la amnistía como causal de extinción de responsabilidad penal por los crímenes que se cometieron en la dictadura militar al amparo del DL 2191 de 1978. Esta posición jurisprudencial recién vino a ser cuestionada a raíz de la detención de Pinochet en Londres, siendo el primer caso en que se rechaza la amnistía concedida por el referido DL, el llamado “caso Sandoval” (Cf. Recurso Rol N° 11821-2003, Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de enero de 2004).

legitimación normativa más allá del puro *factum* legal, difícilmente se podrán encontrar frenos a excesos autoritarios o tiránicos.¹² Intentos de esta naturaleza encontramos en una tradición diferente a la iusnaturalista en Habermas y Rawls, pero el problema del que parten, los límites al derecho, es el mismo.¹³

Sin embargo, la CPE promulgada en 1980 se inserta en una realidad chilena muy peculiar. La nueva institucionalidad no es una reacción a los holocaustos contemporáneos; es un ensayo político que pretende legitimar desde una perspectiva normativa/ constitucional un modelo liberal/autoritario, al modo propuesto por Hayek o Schmitt. Su contexto histórico político inmediato es la dictadura militar chilena, que hasta 1980 generó legislación irregular vía DL, que mantuvo el territorio de la República en permanente estado de excepción, con una policía secreta que no escatimó medios en la persecución de sus adversarios políticos, contexto que no tiene en el horizonte una preocupación por el sistema democrático desde una perspectiva finalista. Por ello, no se puede señalar que la influencia iusnaturalista en nuestra Constitución es efecto de un progreso en la humanización del derecho, sino que es la justificación filosófica para una institucionalidad particular, con características conservadoras y autoritarias.

3. Diversos autores y miembros de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución sostienen que la inspiración filosófica de la Constitución es la filosofía cristiana. Sin embargo, creemos que no es posible establecer un significado unívoco del concepto, especialmente en el marco de una sociedad democrática y plural; ahora bien, aun cuando ello fuera posible, en tanto criterio de interpretación constitucional, sería incompatible con el estadio actual de desarrollo del Estado de Derecho, ya que la pretensión de universalidad de los postulados de dicha filosofía pugna con la diversidad de los principios constitucionales, reflejo del pluralismo propio de la sociedad contemporánea. Nuestra historiografía constitucional sólo enuncia esta tesis, sin desarrollar una reflexión sistemática sobre este punto. Aunque hay autores que han abordado el tema, lo hacen desde familias disciplinares distintas: filosofía o ciencia política.¹⁴

Cuando se habla de la inspiración filosófica cristiana en nuestra Constitución, hay que visitar ciertos documentos en que esa matriz se ve reflejada. En la Declaración de principios del gobierno de Chile¹⁵ se aprecia con nitidez el influjo de *Mater et Magistra*. A propósito de la concepción del hombre y la sociedad dice el texto: “En consideración

¹² Una interesante reflexión sobre la dialéctica justicia y derecho podemos encontrar en Salvat, P., *¿Debe el derecho ser justo? Reflexiones preliminares a propósito del caso chileno en Persona y sociedad*, Vol. 18, N° 2, Santiago, 2004, pp. 33-62.

¹³ Cf. Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, 4^a edición, Madrid 2005, pp. 60-62; Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2^a edición en español, 6^a reimpresión, México D.F, 2006; Rawls, J., “La justicia como equidad: política no metafísica”, en *La Política (Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad)*, N° 1, primer semestre 1996, pp. 24-45.

¹⁴ Cf. Cristi, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM, 1^a edición, Santiago, 2000; Cristi, R., Ruiz-Tagle, P., *La República en Chile*, LOM ediciones, 1^a edición, Santiago, 2006.

¹⁵ Declaración de principios del Gobierno de Chile, Santiago, 11 de marzo de 1974.

a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad. Fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte, y es su progresiva pérdida o desfiguración la que ha provocado, en buena medida, el resquebrajamiento moral que hoy pone en peligro esa misma civilización”.¹⁶ A partir de esa declaración, se deducen ciertas consecuencias, v. gr., describir un fundamento para el derecho natural: “son derechos que arrancan de la naturaleza misma del ser humano, por lo que tienen su origen en el propio Creador. El Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pero no siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos”¹⁷ o para el fin del Estado: “Tanto desde el punto de vista del ser como desde el punto de vista del fin, el hombre es superior al Estado. Desde el ángulo del ser, porque mientras el hombre es un ser sustancial, la sociedad o el Estado son sólo seres accidentales de relación. Es así como puede concebirse la existencia temporal de un hombre al margen de toda sociedad, pero es, en cambio, inconcebible, siquiera por un instante, la existencia de una sociedad o Estado sin seres humanos. Y también tiene prioridad el hombre desde el prisma del fin, porque mientras las sociedades o Estados se agotan en el tiempo y en la historia, el hombre los trasciende, ya que vive en la historia, pero no se agota en ella”.¹⁸

Esta declaración es un reconocimiento explícito de la teoría de los entes relationales¹⁹, cuya raíz la encontramos en Aristóteles y Santo Tomás y recogida por *Mater et Magistra*. Sobre este punto, capital importancia tiene el comisionado Jaime Guzmán²⁰ quien, basándose en el parágrafo 109 de la encíclica, construye su justificación filosófica: la teoría de los entes relationales.

Esta teoría es desarrollada por Guzmán en su memoria de grado. En el capítulo IV defiende el carácter sustancial de la persona y accidental de todos los demás seres. En el caso de la Universidad, su ser resulta de una determinada relación entre las sustancias, que son los miembros que la componen, por tanto, los seres relationales no se expresan como sustancia, dado que su ser no es sustancial, sino que meramente accidental y, en concreto, se expresan en la relación. En los seres cuya unidad es una mera relación, es el orden de relación lo que los determina a ser lo que son y, siendo la forma lo determinante,

¹⁶ *Ibid.*, N° II.

¹⁷ *Ibid.*, N° II, 1.

¹⁸ *Ibid.*, N° II, 2.

¹⁹ Manser, G.M., *La esencia del tomismo*, 3^a edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1953, p. 793, en Cristi, R. Jaime Guzmán, Capitalismo y moralidad, *Revista de Derecho (Valdivia)*, diciembre de 1999, Volumen 10, N° 1, pp. 87-102.

²⁰ A pesar de su actividad política y docente, Guzmán Errázuriz no publicó ningún texto que desarrolle sistemáticamente su pensamiento político o jurídico. Por ello, nos remitiremos a obras de terceros, especialmente: Fontaine, A., “El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán”, en *Estudios Pùblicos* N° 42 (1991), pp. 251-570; Rojas, G. et al. (ed.), *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1996, 193 pp.; Cristi, R., *El pensamiento político...*; y Moncada, B., *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Ril Editores, Santiago, 2006, 273 pp.

la forma de los entes relationales es ese orden, identificando orden con fin, siendo fin de la sociedad el bien común.²¹

La teoría expuesta le permite a Guzmán justificar los derechos individuales y tomar distancia de cualquier asomo colectivista, sea estatal o socialista; los individuos en la sociedad son la sustancia y todo lo demás resulta accidental. En todo caso, los entes relationales tienen una finalidad: el bien común, entendido en la concepción de Guzmán no como la mera suma de bienes individuales, sino de una naturaleza distinta y superior al bien individual.²²

Si bien Guzmán utiliza la teoría de los entes relationales para justificar el carácter natural del derecho de propiedad, el Capítulo I de la Constitución sobre Bases de la Institucionalidad contiene una explícita remisión a una teoría fundacional. En palabras del mismo Guzmán, la CPE de 1980 tiene una filosofía inspiradora acerca de la concepción del hombre y la sociedad: “Sin adoptar un esquema filosófico determinado, contrapuesto con la amplitud doctrinaria que debe caracterizar a una Constitución, el proyecto comienza, sin embargo, enunciando la concepción del hombre y la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana en la cual se ha forjado nuestro ser nacional”.²³

Aun cuando se sostenga que el iusnaturalismo es reacción a los holocaustos, es necesario reconocer el potencial autoritario que implica la idea de derecho natural. El iusnaturalismo muchas veces no ha sido más que una retórica abusiva de justificación del poder y no es casual que haya sido instrumento de legitimación de dictaduras. Solo recordemos lo ocurrido en nuestra historia reciente en que, por una parte, se produjeron sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales y, por otra, existió un aparato destinado a fundar los conceptos “naturales” de autoridad, legitimidad, familia, propiedad y persona humana. Es posible advertir entonces que la naturaleza humana, utilizada para justificar ciertas prácticas, se muestra indefensa en la protección de lo más propio del ser humano.²⁴

4. Por lo tanto, creemos que se debe superar el originalismo como corriente de interpretación y esto sólo puede producirse a partir de un diálogo serio y razonado con las corrientes que polemizamos. No es hacer tabula rasa con lo existente, pero sí dialogar, mostrando que los postulados teóricos que fundan la CPE de 1980 no son conciliables con un sistema democrático constitucional de Derecho, dados los diversos contenidos materiales que han sido positivados por las constituciones, al alero de la libertad fundamental del Estado constitucional: el pluralismo. Y para ello, la interpretación constitucional juega un rol clave.

²¹ Cf. Guzmán, J., Novoa, J., *Teoría sobre la Universidad*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, septiembre de 1970, pp. 79-84.

²² Cf. Guzmán, J., Novoa, J., *Teoría...*, p. 82.

²³ Guzmán, J., “La definición constitucional”, en *Revista Realidad*, año II, N° 15, agosto 1980, p. 22.

²⁴ Cf. Ruiz-Tagle, P., “Reseña de Razón práctica y derecho natural”, en *Anales de Filosofía Jurídica* N° 11 año 1993, p. 366.

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Dicho lo anterior, es necesario determinar qué valor se le debe atribuir al trabajo realizado por la Comisión Ortúzar en la elaboración del texto original de la Constitución, teniendo presente que: 1. Su trabajo fue meramente consultivo de la Junta, tanto así que su proyecto de Carta fue revisado y modificado por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno antes del plebiscito y de ninguna de estas instancias (salvo parcialmente del Consejo de Estado) existen actas o documentación fidedigna que ayude a interpretar la Constitución; 2. El texto promulgado en 1980 nunca tuvo una vigencia efectiva, debido a los constantes estados de excepción, la desprotección evidente de los derechos fundamentales, la intervención del Poder Judicial,²⁵ la falta de funcionamiento efectivo de las instituciones constitucionales y la vigencia del articulado transitorio, lo que impide proyectar su influencia normativa más allá de 1990; 3. La ausencia de legitimidad democrática de su trabajo y del origen de su mandato; y 4. El inicio de la vigencia normativa del texto está marcado por el proceso constituyente de 1989 y las reformas constitucionales que comienzan en 1991.

Aunque no es posible desconocer la existencia histórica de la Comisión Ortúzar y del trabajo que realizó en la redacción de los primeros borradores del actual texto constitucional, es necesario relativizar su trabajo y contextualizarlo en cada momento histórico concreto. Por lo ya señalado, el papel que cumple hoy el trabajo de la Comisión Ortúzar en la interpretación de la Constitución vigente no puede ser equiparable a la historia fidedigna de la norma, más aún si consideramos los casi 30 años transcurridos desde que terminó su labor, en 1978.

1. La historia demuestra que la interpretación del ordenamiento jurídico se encuentra determinada por la evolución que experimentan sus instituciones,²⁶ las que, a su vez, obedecen al consenso político que presenta la sociedad. El Derecho no es una realidad estática cuya aplicación se mantiene inalterable en el tiempo;²⁷ por el contrario, experimenta periódicamente importantes procesos de transformación, ya sean violentos, o bien pacíficos e imperceptibles. Así, la dinámica de la sociedad determina la estructura del ordenamiento jurídico,²⁸ cuya evolución puede implicar un cambio en el sistema jurídico, en su interpretación y aplicación, o en ambas instancias a la vez.

Esta relación entre el Derecho y la dinámica de la sociedad se explica, en parte, por el principio de soberanía popular y la posición que ocupa el pueblo en cuanto sujeto

²⁵ Cf. Palma, E., "Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973", en *Jueces para la Democracia*, N° 32 (1998), pp. 89-92.

²⁶ Cf. Fioravanti, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.

²⁷ Ya Heller señalaba que "el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además, por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos", en Heller, H., *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004 (1934), p. 287.

²⁸ Cf. *Ibid.*, pp. 285-296.

activo en la creación del derecho, que se concreta en dos perspectivas recíprocamente complementarias: por una parte, como titular del poder constituyente,²⁹ fija por vía política el marco jurídico de la comunidad;³⁰ por la otra, el pueblo sostiene el consenso que dota de contenido material a las instituciones normativas, en especial los principios constitucionales: la evolución de dicho consenso puede alterar el contenido de estas instituciones, constituyéndose en un importante factor que puede incidir sustancialmente en la interpretación del ordenamiento.

Esta doble perspectiva del pueblo relativiza la posición de la instancia histórica considerada constituyente en tanto parámetro de interpretación de la Constitución, ya que las opciones políticas que dicha instancia jurídica obedece a la realidad de determinado momento histórico y responden, por lo tanto, a necesidades propias de dicho momento, que el pueblo ejerce como correlato de su soberanía.³¹ A su vez, el poder constituyente no se agota en un único acto; por el contrario, el pueblo retiene su soberanía y la ejerce en forma continua, por sí y a través de sus representantes. De esta manera, su importancia en la interpretación del ordenamiento es permanente y dinámica y no se limita a una consideración atemporal de lo dispuesto en el momento constituyente, sino que se actualiza constantemente.³²

Así, el contenido de las instituciones creadas por el poder constituyente obedece a las necesidades propias de dicho momento histórico, las que no necesariamente pueden responder en forma satisfactoria a las cambiantes necesidades de la población. Las soluciones a los problemas de determinado momento histórico no siempre pueden ser aplicadas a una realidad diversa, por lo que el Derecho debe ser lo suficientemente

²⁹ El concepto de poder constituyente tiene larga data y entre sus hitos más destacables podemos señalar E. Sieyès (*Qué es el tercer estado*, escrito al calor de la Revolución Francesa) y a Schmitt (*Teoría de la Constitución*, escrito en el contexto del derrumbe de la Constitución de Weimar, durante la entreguerra); de este último, la distinción entre poder constituyente originario y derivado (*Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 93 ss), cuyo criterio de clasificación atiende al órgano, escapándose de los criterios revolucionarios y democráticos originales (Sieyès), que lo identifican con el pueblo; hemos señalado previamente la posibilidad de retomar la conceptualización democrática del poder constituyente, radicando su titularidad en el pueblo (Bassa, J., *El Estado constitucional de Derecho...*, pp. 21-36 y “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, en *Nomos*, Revista de Derecho U. de Viña del Mar, N° 1 (2008), pp. 41-71).

³⁰ Cf. Böckenförde, E. W., “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho Constitucional”, en Böckenförde, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid 2000, pp. 159-180.

³¹ Silva, A. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios, Estado y gobierno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 99-103, para quien el poder constituyente encierra “lo más importante, la médula de la soberanía, lo esencial del derecho de autonomía que marca substancialmente la vida misma del Estado, aquello que, puesto en duda en su efectividad o coartado en su ejercicio, entraña desconocer la propia vida independiente de la sociedad política, desde que no puede ésta ser concebida como realidad ontológica si no dispone de función tan esencial” (p. 101).

³² Zagrebelsky, G., *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 88: “Se ha hecho dudosa la existencia de un deber de fidelidad que nos ligue a esa voluntad [originaria]; interesa más bien si, en esas fórmulas [constitucionales], podemos encontrar la respuesta o al menos un inicio de respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo. No es la constitución la que manda, sino que somos nosotros los que la interrogamos y nos reconocemos el poder decisivo, el de formular las preguntas que nos interesan”.

flexible en orden a no perder su vigencia normativa, debiendo adaptarse en forma permanente a la realidad que regula. El cambio en el contenido material de los principios constitucionales y la permanente evolución de la sociedad generan, inevitablemente, una brecha entre realidad constitucional y norma. Por ello, una extremada rigidez en la aplicación del ordenamiento frente a esta brecha puede mellar la vigencia normativa de la Constitución.

Por esta razón, una interpretación originalista de la Constitución va contra el concepto (democrático) de poder constituyente. Considerando que éste juridifica opciones políticas que responden a un consenso históricamente determinado, el que, además, es esencialmente variable por cuanto depende de la evolución de las opciones políticas de la comunidad, no es posible extrapolar las decisiones normativas de la instancia constituyente y aplicarlas, sin más, en un momento histórico diferente. Es necesario actualizar las decisiones originarias del poder constituyente con el contexto de aplicación de las normas, ya que el pueblo retiene la soberanía que ejerció en el momento constituyente.

Así, el cambio en los consensos políticos significa un cambio en la posición del poder constituyente, puesto que la existencia del pueblo en tanto poder constituyente no se agota en la instancia constituyente; en consecuencia, esta evolución puede significar un cambio en la interpretación del ordenamiento.

Sin embargo, la doctrina constitucional chilena, mayoritariamente, sigue considerando como parámetro legítimo de interpretación constitucional los criterios determinados en el período preconstitucional (1973-80), perpetuando opciones políticas no sólo antidemocráticas, sino además, propias de generaciones pasadas, petrificando el contenido de la Constitución.³³

2. Asimismo, esta realidad se encuentra reforzada por el estadio actual de desarrollo del Estado constitucional de Derecho, construido sobre una norma jurídica jerárquicamente superior, cuya supremacía se impone sobre el ordenamiento jurídico tanto formal como materialmente. La Constitución, en tanto norma fundamental, constituye un cuadro de principios dentro del que ha de desenvolverse la comunidad y sus representantes. Este marco principal se encuentra conformado por principios juridificados por el poder constituyente, que presta el consenso político que legitima a la Carta, por lo que son el reflejo de la composición diversa y plural de la sociedad.

En consecuencia, a partir de la vigencia normativa del principio democrático, los principios constitucionales pueden encontrarse en una aparente contradicción, dadas la pluralidad y diversidad de sus respectivos orígenes en el seno de la sociedad pero han de convivir en el marco de la Constitución, de la misma forma que conviven las diferentes opciones políticas. En efecto, la incorporación de declaraciones normativas de carácter material, protegidas por la formalidad de la Constitución, obedece a las diversas crisis que ha experimentado el Estado de Derecho desde mediados del siglo XIX: en cada uno

³³ Una revisión de las críticas al método originalista de interpretación constitucional en Beltrán, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989, 120 pp.

de estos momentos se han incorporado o consolidado los principios social y democrático que hoy complementan el ideal formal del Estado de Derecho, incorporando, junto a los clásicos criterios de libertad, criterios de justicia en la titularidad de los derechos.³⁴

El contenido de estas normas no se mantiene invariable en el tiempo; la actual conformación plural de la sociedad impide que la Constitución sea un marco rígido e inflexible que imponga determinadas opciones políticas; por el contrario, debe dar cabida a la concurrencia democrática de diferentes opciones, lo que obliga a revisar periódicamente el contenido de las normas fundamentales del ordenamiento. El único metavalue absoluto es la convivencia de los principios constitucionales.³⁵

En consecuencia, como los principios constitucionales son el reflejo del pluralismo que caracteriza a la sociedad contemporánea y han sido juridificados por el poder constituyente, no es posible establecer una regla de jerarquía entre ellos sin que ello implique desconocer el principio democrático en sí mismo. Por el contrario, los principios constitucionales se relativizan entre sí, permitiendo su coexistencia pacífica en el marco de la Constitución. Esta relación de relativización que se genera entre los principios constitucionales consagrados con igual valor normativo lleva a una apertura de la interpretación constitucional a la evolución que experimenta el consenso constitucional de la sociedad, ya que en virtud de dicha evolución puede cambiar el contenido material de las normas de principio, como sucede con el ya comentado artículo 4º de la Constitución. Ciertos autores³⁶ olvidan que ella es fruto del pluralismo que compone a la sociedad, en la medida que obedece a las opciones políticas consensuadas por el pueblo-constituyente. La rigidez constitucional que se disfraza tras la vigencia normativa de la Constitución y la supuesta verdad objetiva de su interpretación, son incompatibles con la realidad actual de la sociedad, donde coexisten diferentes proyectos políticos y personales; por lo demás, este pluralismo se encuentra reconocido por la Constitución, que entrega al Estado el deber de proteger, según señala el artículo 1º incs. 4º y 5º de la Constitución, entre otras normas.

La interpretación constitucional ha de integrar los nuevos elementos que ha incorporado la doctrina constitucional respecto de las normas de derechos fundamentales, dando, en forma definitiva, un paso adelante respecto de las doctrinas sostenidas a partir de la Comisión Ortúzar. De esta manera, se ha de aceptar la recíproca relativización de los principios constitucionales, reflejo de la heterogénea conformación de la sociedad, permitiendo la reubicación de principios que han sido aplicados desbordando sus propios ámbitos normativos, como es el caso del principio de subsidiariedad.³⁷

³⁴ Cf. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 5ª edición, Madrid, 2003, pp. 75-89.

³⁵ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, p. 16.

³⁶ Fernandois, A., "La píldora del día después. Aspectos normativos", en *Estudios Pùblicos* N° 95 (2004), p. 91-118.

³⁷ Cf. Bassa, J., *El Estado constitucional de Derecho...*, pp. 142-152.

3. Ahora bien, el paso de un gobierno dictatorial a un gobierno democrático significó la recuperación, por parte del pueblo, del ejercicio efectivo de su soberanía, por lo que las instituciones del ordenamiento jurídico deben volver a ser el reflejo de sus opciones políticas. Este cambio en el régimen de gobierno significa la reimplantación del Estado de Derecho (suspendido tras el golpe de Estado de 1973), recuperando la efectiva vigencia normativa de sus elementos básicos: la división de poderes (y el consecuente control en su ejercicio) y la garantía de los derechos fundamentales. Como consecuencia de las transformaciones experimentadas por el ordenamiento constitucional chileno desde el fin del régimen militar –ya sea mediante reformas constitucionales o mediante su metamorfosis menos perceptible–, es posible extraer una nueva teoría de la Constitución que permita superar las interpretaciones originalistas del período predemocrático.³⁸

Esta nueva teoría obedece a criterios inexistentes en el período preconstitucional (1973-1990), principalmente por el actual contenido normativo del principio democrático, lo que significa una nueva interpretación de la Carta. La función de la doctrina y de la jurisprudencia será determinante para el desarrollo de esta nueva teoría, pues permitirá la efectiva actualización de la norma fundamental; este proceso debe ser realizado no sólo desde el texto formal de la Constitución, sino considerando la estructura principal que la dota de contenido. El actual marco de principios de la Constitución impone una apertura de este proceso a las posiciones e interpretaciones de la propia comunidad, cuya ponderada consideración permitirá una mayor flexibilidad en la aplicación de la Carta, respetando el pluralismo que compone a la sociedad a través del techo ideológico abierto a las grandes doctrinas constitucionales de Occidente: liberal y social.³⁹

Durante el período predemocrático de la Constitución, ésta sólo puede ser considerada como tal en sentido semántico,⁴⁰ ya que carece de los elementos mínimos de una norma fundamental. Así, las meras proclamaciones retóricas contenidas en el texto de la Carta no tuvieron validez jurídica alguna, ya que nunca permitieron ni un efectivo control del poder, ni una efectiva protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, el período predemocrático es, a la vez, un período preconstitucional: sólo es posible hablar de una Constitución propiamente tal luego del plebiscito de 1988, cuando el pueblo comienza a ejercer efectivamente la soberanía de la que es titular, y el Presidente electo se somete a la Constitución en 1990, cambiando la relación derecho-poder imperante desde 1973.

El inicio del régimen democrático da comienzo a un proceso, gradual y no concluido, a través del cual se dotó a la Constitución de un ‘contenido normativo’ propiamente

³⁸ Sobre la construcción de una teoría democrática de la Constitución vigente, Cazor, K., “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: hacia una nueva teoría constitucional”, en *Ius et Praxis*, U. de Talca, vol. 13 N° 1, 2007, pp. 45-74, Zúñiga, F., “Reformas constitucionales para un Estado social y democrático de Derecho”, en *Colección Ideas*, año 4 N° 33, 2003, 28 pp. y en *La Revista de Derecho*, U. Central de Chile, año 4 N° 9, 2005, pp. 415 ss.

³⁹ Zúñiga F., “Reformas constitucionales...”, p. 27.

⁴⁰ Cf. Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 216-222, sobre la distinción conceptual entre constituciones normativas, semánticas y nominales, según el grado de vigencia normativa efectiva y su recepción de los contenidos mínimos del constitucionalismo moderno.

constitucional, que transformó radicalmente el contenido material de las instituciones y principios constitucionales, lo que impide identificarlos con la realidad anterior a 1990.

En consecuencia, la interpretación constitucional ha de considerar que el poder constituyente prestó su consentimiento al nuevo ordenamiento en 1989, definiendo el consenso político mínimo a partir del cual se desarrolla y democratiza la Constitución. Este consenso político determina el marco de principios de la Carta, que ninguna relación tiene con el marco principal propuesto por la Junta y la Comisión Ortúzar, ya que aun cuando el tenor literal de diversas disposiciones se haya mantenido inalterado (v. gr., art. 4º: "Chile es una república democrática"),⁴¹ tanto su contenido material como el contenido principal de la propia Carta han experimentado importantes transformaciones.

4. La interpretación de la Constitución busca determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, para lo cual se vale de una serie de reglas que sobrepasan las clásicas propuestas por Savigny, pensadas para un sistema de reglas y no de principios. Considerando que la Constitución es el reflejo del principio de autogobierno del pueblo, en tanto poder constituyente, su interpretación debe realizarse conforme a los consensos políticos que sostienen a la Norma Fundamental, los que pueden ser identificados a partir del proceso 1988-89, concretamente luego de que el pueblo ratificara en referéndum la reforma constitucional en 1989.

En consecuencia, el consenso político que fundamenta y sostiene a la Constitución no radica en el proceso que encabeza la Junta y que se inicia en 1973, por lo que sus opciones políticas mal pueden ser consideradas al momento de determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales. En efecto, dichas opciones no son el reflejo de un consenso político en el seno de la sociedad, en el seno del poder constituyente, sino que reflejan las opciones políticas de determinada minoría política que, ilegítimamente, accedió al poder; así, las normas constitucionales de 1980 son el resultado de un proceso destinado a perpetuar en el poder a determinado sector de la sociedad, en desmedro de una participación igualitaria y democrática.

Sin embargo, este modelo y la opción minoritaria que representa fue rechazado por el poder constituyente, en 1988-89, que reformó tanto el texto propuesto originalmente como la lógica interna de la norma, dando paso a un orden constitucional basado en la vigencia normativa del principio democrático, la supremacía constitucional y la promoción y protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, aun cuando es el consenso político de 1988-89 el que sustenta y legitima originalmente a la Constitución, es importante reiterar que dicho consenso no es perfecto, inmutable ni absoluto. Por el contrario, dadas las características propias de la sociedad contemporánea, compleja, diversa y plural, dicho consenso es esencialmente evolutivo, razón por la cual el marco principal de la Constitución cambia junto con la evolución

⁴¹ Bassa, J., *El Estado constitucional de Derecho*, pp. 157-164.

de consenso político que la sustenta. Es decir, a medida que evoluciona la sociedad, el contenido material de las normas de principio positivadas en la Constitución, cambia.

Ello es así porque el parámetro de interpretación de la Constitución, el poder constituyente, es un elemento esencialmente evolutivo, ya que el consenso político que representa a una generación puede no sostenerse en el tiempo: aunque la comunidad mantiene cierta continuidad temporal, los individuos que la componen cambian constantemente.⁴²

En definitiva, el contenido material de las normas constitucionales evoluciona porque también lo hace el consenso político presente en el poder constituyente, el que determina el carácter de fundamental de dichas normas. Tal es el caso de las normas de derechos fundamentales, que de un criterio formal de constitucionalidad propio de la Comisión Ortúzar (en virtud del cual se entiende fundamental al derecho protegido por el recurso de protección) se pasa a un criterio material de fundamentalidad, caracterizado por la actual importancia que la comunidad está otorgando a ciertos derechos sociales,⁴³ especialmente salud⁴⁴ y educación,⁴⁵ reflejado en nuevas regulaciones. Por lo tanto, a la hora de interpretar el artículo 19 de la Carta los criterios de la Comisión Ortúzar carecen de toda relevancia, ya no sólo por su ausencia de legitimidad democrática, sino porque no son el reflejo del consenso político que el poder constituyente, el pueblo, presta para la fundamentalidad de las normas constitucionales. Por lo demás, su inmovilidad es incompatible con el carácter esencialmente evolutivo del pueblo y de los consensos que éste genera.

Así, la Constitución vigente debe ser interpretada a partir de una concepción democrática del poder constituyente, en la que dicho concepto se identifica con el pueblo, criterio que se encuentra en concordancia con dos de los principales elementos del Estado constitucional de Derecho: el principio de autogobierno y el principio democrático.

CONCLUSIÓN

La estructura sistemática de la Constitución vigente es de diversa naturaleza. En su articulado es posible encontrar disposiciones y regulaciones orgánicas, procedimentales,

⁴² Ilustrativa resulta la opinión de Jefferson, quien señaló que cada nueva generación debía renovar su consentimiento al Derecho, en orden a que éste mantenga su fuerza vinculante; toda ley impuesta a la generación siguiente es considerado un acto de fuerza, antes que un acto de derecho. “*Ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera un Derecho que lo sea*”, en Carta a James Madison, de 6 de septiembre de 1789.

⁴³ Cf. Pisarello, G., *Los Derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid 2007, 140 pp.

⁴⁴ Véase la STC 976-07, sobre inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, de Isapres, considerandos 55º a 57º, que protege el derecho a la salud, por sobre la vigencia del contrato entre las partes y de la norma legal cuestionada, dada la supremacía normativa y el ejercicio del derecho fundamental.

⁴⁵ Ruiz-Tagle, P. y Correa, S., “El derecho a una educación de calidad”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, N° 3, 2007, pp. 173-181.

pero también normas sustantivas que suponen una determinada cosmovisión de los diversos componentes de la comunidad política. Con todo, la norma plasmada en un texto no debe considerarse, por más años que tenga su redacción, como contenido estático y rígido, sino que debe mostrarse abierta a las mutaciones y cambios de paradigmas en la sociedad.

La Constitución chilena que se aprobó en 1980, independiente de la opinión que nos merece su legitimidad, responde, especialmente en su articulado sustantivo, a modelos teóricos de los que bebieron los autores que propusieron una Carta al Constituyente de la época (autoritario y autoatribuido). Esos paradigmas deben ser estudiados y develados, no tanto por falta de razonabilidad, sino para ser confrontados con los postulados de un sistema democrático constitucional de derecho.

El liberalismo es una amplia familia, pero el que se asoma en nuestra Constitución es la más radical de sus versiones (anarcoliberalismo o neoliberalismo), siendo sus principales efectos el valerse de una idea modesta de razón, como también el que no sea posible establecer un significado a universales como bien común, justicia, etc., predominando, como decimos en este trabajo, un pesimismo respecto de la razón mezclado con una tendencia conservadora que considera positivamente la tradición, sobre todo cuando se la considera portadora de “reglas de conducta justa” decantadas por el tiempo y por los éxitos individuales que generan.

Asimismo, con total nitidez se aprecia el influjo del iusnaturalismo, sobre todo en la modalidad escolástica. La misma Constitución utiliza términos como ‘realización espiritual’ (art. 1º inciso 3), ‘derechos esenciales’ (art. 5º inciso 2), ‘el terrorismo es por esencia’ (art. 9º inciso 1) o las cláusulas abiertas ‘moralidad’, ‘buenas costumbres’ (artículos 19 N° 6 inciso 1; N° 11, inciso 2; N° 15 inciso 4; N° 16 inciso 4, etc.). Con todo, para un sistema democrático, esta versión iusnaturalista entra en conflicto con el *factum* pluralidad social, dado que sus postulados parten de un universal discutible y autoritario: Dios creador y hombre creatura. Por tanto, para una correcta interpretación de la Carta Fundamental debe siempre considerarse que 1. en la sociedad coexisten una razonable pluralidad de cosmovisiones y paradigmas, y 2. la realidad histórica es esencialmente evolutiva, dinámica y con un fuerte despliegue de fuerzas creativas. Es cierto que al derecho le cuesta la actualización y puede darse el caso de que la normatividad es más bien respuesta a la emergencia espontánea y dinámica del devenir de la sociedad, sin embargo, para que el sistema jurídico responda adecuadamente, debe contar con instrumentos adecuados que le permitan una sintonía con los signos de los tiempos.

En este sentido, la labor crítica de la doctrina constitucional y la apertura en la interpretación de la Carta pueden erigirse como factores de actualización del contenido material de las normas. Recientes decisiones jurisprudenciales dan cuenta de que es posible interpretar la Constitución y proteger los derechos fundamentales sin mirar al pasado, sino que incorporando los elementos propios del constitucionalismo democrático, cuya libertad fundamental, el pluralismo, viene a relativizar los fundamentos epistemológicos originarios de una norma que, dada su evolución, ya no existe.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASSA MERCADO, JAIME, *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, tesis para optar al grado de magíster en derecho mención derecho público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2007, 118 pp.
- BASSA MERCADO, JAIME, *El estado constitucional de derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, LexisNexis, 2008, 220 pp.
- BASSA MERCADO, JAIME, "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", en *Nomos*, Revista de Derecho Universidad de Viña del Mar, N° 1 (2008), pp. 41-71.
- BELTRÁN, MIGUEL, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989, 120 pp.
- BÖCKENFÖRDE, ERNEST WOLFGANG, "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional", en Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-180.
- CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2ª edición, Madrid, 2005, 286 pp.
- *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, 334 pp.
- CARRASCO DELGADO, SERGIO, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, 330 pp.
- CAZOR ALISTE, KAMEL, "Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional", en: *Ius et Praxis*, U. de Talca, vol. 13, N° 1 (2007), pp. 45-74.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª edición, Santiago, 2004, 733 pp.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, "La familia en nuestra Constitución", en *Seminario sobre matrimonio y familia*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, octubre 1994, pp. 113-123.
- CELIS DANZINGER, GABRIEL, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena", en *Revista del magíster y doctorado en derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile - Escuela de Graduados, N° 1, Santiago, 2007, pp. 43-74.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994, pp. 259-272.
- CRISTI, RENATO, "Jaime Guzmán, capitalismo y moralidad", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, diciembre de 1999, volumen 10, N° 1, pp. 11. 87-102.
- *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM Ediciones, 1ª edición, Santiago, 2000, 223 pp.
- CRISTI, Renato; RUIZ-TAGLE, PABLO, *La República en Chile*, LOM Ediciones, 1ª edición, Santiago, 2006, 431 pp.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2004, 463 pp.
- FERMANDOIS, ARTURO, "La píldora del día después. Aspectos normativos", en *Estudios Públicos* N° 95 (2004), pp. 91-118.
- *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2006, 333 pp.
- FIORAVANTI, MAURIZIO, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, 170 pp.
- FONTAINE ALDUNATE, ARTURO, "El miedo y otros escritos. El pensamiento de Jaime Guzmán", en *Estudios Públicos* N° 42 (1991), pp. 251-570.

- GUZMÁN ERRÁZURIZ, JAIME, en República de Chile. *Actas oficiales de la comisión constituyente*, sesión 10^a, Santiago, 25 de octubre de 1973, en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=34>, 18 pp.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, JAIME; NOVOA VÁSQUEZ, JOVINO, *Teoría sobre la universidad*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, septiembre de 1970, 101 pp.
- GUZMÁN, JAIME, "La definición constitucional", en *Revista Realidad*, año II, N° 15, Santiago, agosto 1980, pp. 17-40.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 4^a edición, Madrid 2005, 689 pp.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004 (1934), 328 pp.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, FERNANDO, "El concepto de familia en la Constitución Política de Chile", en *jornadas chilenas de derecho público*, tomo II, Santiago, 1994, pp. 145-160.
- KELSEN, HANS en LANDA, CÉSAR, "Dignidad de la persona humana", en *Cuestiones constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 7, 2002, pp. 110-138.
- KELSEN, HANS, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1980, 283 pp.
- LOWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1965, 539 pp.
- MONCADA DURRUTI, BELÉN, *Jaime Guzmán. Una democracia contrarrevolucionaria. El político de 1964 a 1980*, Santiago, Ril Editores, 2006, 273 pp.
- PALMA GONZÁLEZ, ERIC EDUARDO, "Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973", en *Jueces para la democracia*, N° 32 (1998), pp. 89-92.
- PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, 140 pp.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2^a edición en español, 6^a reimpresión, México D.F., 2006, 549 pp.
- "La justicia como equidad: Política no metafísica", en *La política (revista de estudios sobre el estado y la sociedad)*, N° 1, primer semestre 1996, Paidós, Buenos Aires 1996, pp. 23-46.
- ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO *et al.* (ed.), *Derecho político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1996, 193 pp.
- RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO, "Reseña de razón práctica y derecho natural", en *Anales de filosofía jurídica*, N° 11, año 1993, pp. 365-367.
- RUIZ-TAGLE V., PABLO y CORREA SUTIL, SOFÍA, "El derecho a una educación de calidad", en *Anuario de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, N° 3 (2007), pp. 173-181.
- SALVAT, PABLO, ¿Debe el derecho ser justo? Reflexiones preliminares a propósito del caso chileno, en *Persona y sociedad*, vol. 18, N° 2, Santiago, 2004, 232 pp.
- SCHMITT, CARL, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, 377 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, en República de Chile, *Actas oficiales de la comisión constituyente*, Santiago, 14 de noviembre de 1974, en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=110>, 23 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, en República de Chile. *Actas oficiales...*, sesión 191^a, Santiago, 18 de marzo de 1976 en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=208>, 40 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 376 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de derecho constitucional*, tomo I. *Principios, Estado y Gobierno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 374 pp.

SOTO KLOSS, EDUARDO, "La familia en la Constitución Política", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994, pp. 217-225.

VIERA ÁLVAREZ, CHRISTIAN, *La familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, tesis para optar al grado de magíster en estudios filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2007, 121 pp.

VON HAYEK, FRIEDRICH, "Los fundamentos éticos de una sociedad libre", en *Estudios Públicos*, N° 3, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1981, pp. 70-82.

— "Los principios de un orden social liberal", en *Estudios Públicos*, N° 6, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1982, pp. 179-202.

— *Los fundamentos de la libertad*, Folio, Madrid, 1997.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, 91 pp.

— *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 5^a edición, Madrid, 2003, 156 pp.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, "Reformas constitucionales para un estado social y democrático de derecho", en: *Colección ideas*, año 4 N° 33 (2003), 28 pp.