

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Universidad Católica de Valparaíso

OBSERVACIÓN PREVIA

1. El presente trabajo no se refiere a lo que usualmente se conoce como Bases Constitucionales del Derecho Procesal, sino propiamente a la Teoría del Derecho Procesal Constitucional, un tema que ha sido hasta ahora poco tratado y que, por lo mismo, suele abordarse desde las categorías propias de la Teoría del Derecho Procesal surgidas al amparo del proceso penal y civil. El principal objetivo de la siguiente ponencia es marcar las diferencias esenciales entre algunas de dichas categorías y los principios que informan el Derecho Procesal Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

2. La principal afirmación que valida la teoría del Proceso en sede subconstitucional es la de que las partes comprometidas en una controversia jurídica no disponen del derecho en base al cual ella se solucionará. Pueden, en algunos casos, disponer del objeto de su pretensión material, pero no alterar la base sobre la cual se decidirá su pretensión procesal. La autonomía reconocida a las partes para configurar sus obligaciones no obsta a esta afirmación, en el sentido que su misma eficacia jurídica se encuentra supeditada a un ordenamiento que no está a disposición de las partes. Y de aquí que el pronunciamiento jurisdiccional sobre una controversia conlleve en última instancia una decisión final sobre su componente jurídico, lo que a su vez implicará un pronunciamiento sobre la legitimidad o ilegitimidad (desde el punto de vista de ese ordenamiento) del recurso a la coacción a fin de obtener el objeto de la pretensión material. Dentro del Derecho Procesal es la Teoría de la Cosa Juzgada la que sintetiza la idea de que la resolución jurisdiccional de una controversia agota en forma definitiva lo que de jurídico hay en ella. Esto sólo es posible si se admite por sobre las partes en conflicto la existencia de criterios indisponibles en base a los cuales se alcanzará esa decisión.

3. Este aspecto fundamental de la Teoría del Proceso, y cuya vigencia es indiscutida en la casi totalidad¹ del ámbito jurídico sub-constitucional, es precisamente el primero en echarse en falta en la mayor parte de los casos comprendidos dentro de la jurisdicción constitucional. Esto sólo puede explicarse sobre la base de un concepto de Constitución en el sentido del Constitucionalismo, y de su función en ese contexto. Tradicionalmente se ha destacado que la Constitución es un instrumento para limitar el poder. Sin embargo, este rasgo no es ni exclusivo ni el único del fenómeno constitucional. No es exclusivo, en cuanto toda alegación de un derecho frente a la autoridad ha tenido este sentido de limitación del poder en la Historia, sin que por esto hablemos en todas sus etapas de fenómenos equiparables al Constitucionalismo. Ni es el único, desde el momento que el sentido y función de la Constitución, dentro del fenómeno del Constitucionalismo, sólo es consecuencialmente limitativo del poder. Esto no implica desconocer la importancia de este aspecto, sino solamente ubicarlo en su correcta posición teórica. El eje central del Constitucionalismo es la idea de que, ante la caída de los criterios de legitimación tradicional, el gobierno -entendido en un sentido amplio, como poder político institucionalizado- requiere de un fundamento racional. Sobre esta base -desarrollada en términos absolutistas por Hobbes, y liberales por Locke-, el orden político no es algo "dado" -al modo del orden tradicional, y aún cuando en éste se elucubrara sobre su fundamento y origen- sino que pasa a constituirse en objeto de una decisión política. El gobierno puede ser moldeado según la voluntad de los integrantes del sistema político -y es por eso que la Teoría del Poder Constituyente surge precisamente ante la necesidad de explicar cómo se da lugar a las reglas de ejercicio del poder político una vez caído el criterio de legitimidad tradicional, y refleja consecuencialmente al soberano político -que ahora se entiende ser el pueblo- al momento de pronunciarse sobre las bases del ejercicio del poder.

4. Este cambio, que hace de las reglas del gobierno el objeto consciente de una decisión política, va a tener como principal consecuencia el hecho de que sólo se reconocerá como poder legítimo a aquel basado en esta decisión, y ella, a su vez, se plasma en un documento escrito y único. que -y esta es la diferencia del énfasis con la visión de la Constitución como limitación del poder- da origen y es el criterio de legitimidad del poder público. No se trata ya de un poder monárquico existente al cual debemos limitar -esto no es, propiamente, Constitucionalismo- sino al establecimiento de la base de legitimidad para el ejercicio de cualquier poder público. En este sentido la Constitución limita el poder, pero por algo: porque ella deviene en el único criterio para fundar el poder. Las posibilidades del ejercicio de un poder ilegítimo siguen existiendo, pero en el Constitucionalismo lo interesante es que no sólo serán antijurídicas por ser un "poder" que va contra el derecho (como pudo serlo una

¹ La jurisdicción en el campo de aquellas controversias que se desarrollan al interior de relaciones que trascienden a la decisión judicial parece en general plantear desafíos a la Teoría de la Cosa Juzgada y a la idea de la solución definitiva de una controversia. Esto resulta en especial evidente para aquellos que se encuentran familiarizados con la jurisdicción de menores. Sin embargo, y a pesar de que en consideración a ella se ha dejado abierta esta afirmación relativa al ámbito jurídico sub-constitucional, se trata aquí de una situación en esencia diferente a lo que ocurre a nivel constitucional: las partes tampoco disponen del derecho, pero sí se ven vinculadas por una relación en la cual los cambios en los hechos dan lugar a nuevas pretensiones. Técnicamente hablando se trata en cada caso de una nueva controversia.

monarquía limitada por el derecho), sino en cuanto no representan el ejercicio del poder entendido en sentido constitucional.

5. Esto va íntimamente asociado a la idea de racionalización del proceso político: su juridización implica o supone la renuncia al uso de la fuerza como criterio válido de la resolución del conflicto político -y ésta es la base del pensamiento de Hobbes y Locke-; y esta renuncia, expresa o tácita, sólo es posible sobre la base de su reemplazo por un criterio sustitutivo que permita resolver las controversias políticas -y que en la teoría democrática y de la soberanía popular (ref.: Rousseau) será la idea del consentimiento al gobierno fundado en el hecho de que éste recoge la participación de las voluntades individuales-. Ahora bien: lo particular de la Constitución no estriba solamente en fijar dicho criterio una vez que se acepta la primacía del derecho, y la idea de su formulación como una decisión racional y -valga la redundancia- deliberada, sino que el hecho de que, en la mayor parte de los casos, se auto-define abierta como objeto de la decisión política. En otras palabras, la Constitución no es sólo la regla para el desarrollo del proceso político que se somete a ella, sino también para el proceso político que no se conforma con ella, e intenta modificarla².

6. De este concepto se deriva entonces también la función de la Constitución para el constitucionalismo: ser, como texto, la base de institucionalización del poder político institucionalizado, incluyendo dentro de éste la facultad de modificar esa base (poder constituyente derivado). O, en otras palabras, ser una norma reguladora de un proceso político que puede tenerla como objeto de controversia.

7. Ahora bien: para terminar de entender esta idea hay que hacer explícita otra, que por ser obvia suele preterirse: el hecho de que el proceso político, aun el civilizado a través de la Constitución, es un proceso infinito, ya que corresponde al propio desarrollo de la Historia. Es infantil pensar que los consensos transitorios alcanzados en algunas materias puedan tener un carácter definitivo. Por el contrario, las bases de la controversia política que dinamizan el proceso político se encuentran en permanente cambio, existiendo siempre la posibilidad de que se manifiesten, en el lenguaje de Easton, como demandas sobre la alocación autoritaria de valores (regulación de la libertad de los individuos, distribución o aplicación de los bienes) dirigidas al sistema político; incluyendo las bases para el ejercicio del poder político. Estas demandas, en caso de ser resistidas, producirán un nuevo frente de la controversia política, la que de esta manera nunca puede llegar a agotarse definitivamente sobre la base de la aplicación del derecho, ya que giran, precisamente, en torno a su configuración, al establecimiento de las reglas de derecho que han de regir en la comunidad, como producto de las decisiones de poder, y de las normas que habrán de regular la forma de llegar a ese producto -esto es, el ejercicio mismo de ese poder-. Toda modificación de estas últimas reglas, relativas al quién puede decidir, el cómo y el sobre qué se puede decidir, implica en un sistema en que el poder se funda en la regla jurídica, un cambio en las posiciones de poder en el sistema político. De aquí que la formulación del derecho constitucional, y su interpretación vinculante, tenga un intrínseco

² De aquí que las cláusulas pétreas o de inderogabilidad no tengan como sentido impedir la reforma de la norma fundamental: si las circunstancias políticas conducen a ello, poco podrá hacer una norma para impedirlo. Pero su sentido es claro en cuanto son señales que indican que para el constituyente "fiel" al criterio de legitimidad formulado, una tal reforma está prohibida. Es así que estas cláusulas no impiden una revolución, sino que, en un cierto sentido, la ordenan en el sentido de que una modificación a lo por ellas declarado inderogable siempre tendrá que ser asumido como una revolución, al modo de un quiebre con los criterios de legitimidad establecidos en la Constitución.

carácter de “politicidad”: no tanto por el objeto de las materias reguladas, sino por constituirse en uno de los objetos posibles de la controversia política, y reposando por tanto su vigencia fáctica en la existencia de un consenso que reconozca a la Constitución como único criterio de resolución de los conflictos políticos. Cuando este consenso, que es el consenso fundamental, y que en el Constitucionalismo va vinculado a ciertos contenidos materiales directamente relacionados al principio de racionalidad que releva a los criterios tradicionales de legitimidad, se abandona, se retorna al campo de la fuerza como modo decisorio del conflicto político -que se torna aquí en enfrentamiento material, en los hechos- a menos que venga a ser sustituido por otro. Bajo las exigencias de este consenso, la Constitución no exige un acuerdo de todos sus integrantes con sus contenidos normativos. De hecho, ella misma se entiende como objeto de la decisión -y en esta medida de la controversia-política.

8. De lo que va a tratar entonces es que, a partir del consenso fundamental, las fuerzas políticas puedan resolver la controversia política dentro de los cauces de disenso programados en la Constitución. Esto se va a expresar en una distinción política que es el correlato de las diferencias de rango normativo existentes entre Constitución y normas sub-constitucionales (dentro del esquema del Constitucionalismo), y que se refiere a la Constitución como definición del disenso a ser asumido por los actores políticos, dentro del consenso fundamental. Todo precepto relativo a la modificación de la Constitución, y que establezca para dicha modificación requisitos distintos, agravados en relación a la producción legislativa ordinaria, va a suponer que, supuesto el consenso fundamental, los actores políticos, en aras de permanecer bajo la vigencia de la Constitución como principio legitimador del poder, están dispuestos a aceptar, a asumir, un mayor grado de disenso respecto de la Constitución, sin que éste se encuentre legitimado para producir un cambio en su contenido.

9. De lo dicho anteriormente se desprenden directas consecuencias para una Teoría de la Jurisdicción Constitucional. Por lo pronto, y en el esquema de una constitución reformable, pero rígida, la función de esta jurisdicción va a consistir esencialmente en la definición de los límites de disenso aceptables (o, mejor: ¡que tícnen que ser asumidos!) dentro de la Constitución, y de los niveles de consenso necesarios para tomar medidas normativas incluyendo a la propia Constitución. Así visto, la función de esta jurisdicción no es, como muchas veces se pretende, la mantención del consenso constitucional, sino de todo lo contrario: que en virtud de su función se proteja la función política de un disenso, aún cuando en algunos casos sea de una pequeña mayoría (1/3), la que quizás en otros ámbitos del proceso político no deba ser considerada (ej.: proceso legislativo ordinario). La preeminencia normativa por la cual debe velar la jurisdicción constitucional, en los casos en que a ella se somete el control de constitucionalidad de las leyes, no es sino la expresión de la preferencia que se da a una minoría frente a las decisiones de la mayoría, y, en esta medida, no es sino actualización del disenso. O, en otras palabras, a la Constitución le es jurídicamente indiferente que, digamos un 65% de los ciudadanos o sus representantes esté en contra de su texto, pero sí le interesa eventualmente hacer valer los derechos de un 35% (que se oponen a una reforma constitucional) incluso frente a la decisión de un 58% de los parlamentarios.

10. Bajo el nivel del consenso fundamental, las distintas posibilidades de la dinámica del proceso político dentro de la Constitución sólo se encuentran vinculadas a las distintas formas y límites de la relación entre consenso y disenso. El cómo están configuradas esas formas y límites es una cuestión que se contesta teniendo a la

vista el respectivo texto constitucional, o bien, observando el sistema político. En la práctica, estas cuestiones tienen una importancia trascendental para las preguntas relativas a la supremacía constitucional y para la Teoría de la Jurisdicción Constitucional obviamente, sin agotar su riqueza temática.

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

a) *Supremacía constitucional y controversias constitucionales*

11. La preeminencia normativa de la Constitución es la faz jurídica de la distinción entre los distintos niveles de consenso³, dentro de los cuales se puede desarrollar el proceso político, lo que significa decir, dentro de los cuales podrán participar los órganos y actores políticos en el proceso de formación y toma de decisiones políticas.

Una garantía jurídica de esta actividad sólo puede darse bajo el supuesto -y bajo el nivel- del consenso fundamental⁴. La fijación en un texto escrito de los distintos niveles de consenso, en el texto constitucional, y el hecho de que los límites entre ellos siguen siendo objeto de las decisiones del proceso político -o sea, son "disponibles" para los actores políticos-, generan el siguiente problema: si los actores en el proceso político se ven confrontados a esos límites, y si su comportamiento en lo esencial sólo se ve limitado por dichas reglas -y no, por ejemplo, por convenciones internalizadas respecto de lo que una mayoría relativa puede decidir, y que no⁵, entonces es el significado del antedicho texto -o sea, del texto constitucional- el que deviene en objeto de la controversia política, pudiendo surgir una controversia constitucional en sentido estricto. El problema surge en la pregunta sobre los criterios que permitan resolver esta controversia. Si ella queda entregada a los actores políticos, este criterio se identifica con el mismo que simplemente se aplica para la solución de la controversia política común: la "competencia" política, en la demo-

³ O bien, visto desde el punto de vista de la legitimación, entre distintos titulares de dicha legitimación, por ejemplo entre poder constituyente y legislador ordinario (así especialmente el desarrollo en los Estados Unidos, véase por ejemplo la cita de la Pennsylvania District Court en Stern, *Das Staatsrecht...*, Tomo I, 2ª edición, pág. 81 "The constitution is certain and fixed: it contains the permanent will of the people, and is the supreme law of the land: it is paramount to the power of the legislative, and can be revoked only by the power that made it". Podría citarse como precursor de esta idea a Edward COKE, en *The Case of Proclamations* ("Coke claimed the power of the common law to declare invalid a statute which infringed its fundamental principles" en KIRALFY A.K.R.: *Potter's Historical Introduction to English Law*, 4ª edición, Londres, 1958, pág. 57, ver también pág. 39).

⁴ Puesto que la pérdida del consenso fundamental implica el retorno al uso de la fuerza como modo de resolución del conflicto político. La cuestión de la normatividad de la Constitución frente a afanes secesionistas o alzamientos revolucionarios es sencillamente cosa de la superioridad fáctica y de la supremacía material.

⁵ Así, por ejemplo, el caso del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde no se puede hablar sencillamente y sin más de una Constitución flexible, ya que se estima que determinadas decisiones esenciales sólo pueden ser tomadas por una mayoría parlamentaria después de una elección en la cual dichas decisiones han sido vinculadas a los programas políticos de cada uno de los partidos, con lo que en la práctica viene a pronunciarse el electorado directamente sobre la decisión.

cracia (a saber: la capacidad de movilizar a los actores políticos, sean institucionales o no, y en última instancia a los individuos, en vistas a la formación de una determinada mayoría política) viene a confundirse en este caso con la competencia lingüística: el significado del texto constitucional viene a establecerse en forma vinculante por una decisión de la mayoría.

b) Función y carácter específico de la jurisdicción constitucional

12. La introducción de una jurisdicción constitucional para la solución de este problema⁶ implica una modificación en la estructura de la controversia política, sin alterar, sin embargo, la naturaleza del proceso político. Las controversias constitucionales en sentido estricto conservan su carácter de controversias políticas⁷ (específicamente, sobre el significado de la Constitución), pero el criterio para su resolución ya no es más el mismo que el que posibilita la decisión en el respectivo nivel de consenso. Aquí la decisión pronunciada en ejercicio de la función jurisdiccional no es una decisión sobre el resultado final del proceso político, sino sobre el nivel de consenso o sobre el procedimiento en el cual él debe desarrollarse, para alcanzar -para la respectiva pretensión política- la mayoría necesaria (= el consenso necesario) a fin de imponer con ella dicha pretensión. El ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido de la mantención de los límites entre los distintos niveles de consenso es, desde el punto de vista de la Teoría Constitucional, un resultado necesario de la decisión política que ha optado por fijar dichos límites sobre la base de su objetivización en el lenguaje escrito⁸.

13. El verdadero problema del consenso en un sistema de jurisdicción constitucional, que al menos pueda controlar la constitucionalidad de las leyes⁹, se origina aquí. Si los preceptos que regulan la modificación de la Constitución presentan, frente a los preceptos de formación de la ley ordinaria, distintos y agravados requisitos para la formación de una voluntad política, entonces ello significa que intentan disciplinar el proceso legislativo, incluso sobre la base de un eventual rechazo de la regulación constitucional por parte de la mayoría. El principio de la supremacía constitucional en el sentido de constitución rígida es, así visto, disenso programado.

⁶ La jurisdicción constitucional puede ser usada con otros fines, como lo demuestra el reclamo por lesión a los derechos fundamentales, pero en este caso la conservación de la preeminencia normativa de la Constitución no es una cuestión de la controversia política, sino de la base de legitimación del actuar del poder político institucionalizado en su relación con el individuo.

⁷ Ya que en este caso se trata siempre de las reglas que regulan el ejercicio del poder político institucionalizado. Cfr. aquí: "Politische Stritfälle wären... insbesondere solche, bei denen es sich in irgendeiner Hinsicht darum handelt, wem die Macht im Staat zusteht oder wem sie bestritten wird" ("Controversias políticas serían... en especial aquellas en las cuales se trata de determinar, de cualquier modo, a quién le corresponde el poder en el Estado, o a quién este poder se le disputa") SPANNER, Hans: *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, pág. 43. Traducción de E. Aldunate.

⁸ Cfr. SPANNER, *Die richterliche Prüfung...* pág. 53/54. A sus disquisiciones en este punto debe agregarse la observación de que la exigencia de quorums más altos para la reforma de la Constitución implica en términos políticos, una mayor dificultad del procedimiento.

⁹ Con SPANNER (*Die richterliche Prüfung von Gesetzen...* pág. 47) se considera en este trabajo como la tarea fundamental y más importante de la jurisdicción constitucional el control de actos jurídicos a la luz de la Constitución, y, en particular, el control de la constitucionalidad de las leyes.

14. Esto puede ser explicado fácilmente a la luz del art. 116 inciso II de nuestra Constitución. Este artículo establece como requisito para la reforma de la Constitución una mayoría de 3/5, eventualmente de 2/3 en ambas cámaras. Esto significa que la Constitución asume la existencia de cualquier disenso a partir del límite (3/5-1) o (2/3-1). Si se acepta que del art. 116 puede derivarse (interpretarse) esta norma, entonces ello significa que la normativa constitucional en ningún modo pretende generar o producir la mayor aceptación del pueblo o de sus representantes, respectivamente, y que quiere tener vigencia incluso -y especialmente- allí donde, dicho *grosso modo*, el 59% o el 65% del pueblo o de la representación popular se encuentra en contra de la versión vigente de la Constitución. De aquí que sea una buena intención pero desde el punto de vista constitucional totalmente carente de sentido, el que sostenga que la función de la jurisdicción constitucional es reducir el conflicto político o promover el consenso político, ya que en muchos casos su tarea consistirá precisamente, en hacer efectivo el disenso programado a que se hacía alusión arriba, como resultado de la interpretación del texto constitucional, lo que significa actualizar el potencial de controversias entre una minoría de (2/5+1) o (1/3+1) y una mayoría, respectivamente, de (3/5-1) o (2/3-1). Cuando se quiere ver un problema en el hecho de que las decisiones de la jurisdicción constitucional puedan enfrentarse y contradecir a aquellas de la representación popular parlamentaria, e imponerse jurídicamente a ellas, eso significa que, o bien no se entiende nada de la función de la jurisdicción constitucional, o bien que la idea misma de la constitución jurídica como regulación del proceso político se pone en tela de juicio. Y esto, debido a que la actividad de la jurisdicción constitucional recoge su sentido precisamente en el ámbito que va de 'mayoría' a 'mayoría', a saber: entre la movilización política de un 50% +1 y, en el caso de nuestra Constitución, de 60% (3/5) o 66% (2/3) respectivamente. El verdadero problema de la jurisdicción constitucional no es entonces alcanzar el más alto grado de consenso posible, sino precisamente el desplazamiento de temas de un nivel de la controversia política, con unas exigencias de consenso como requisito de la decisión política, a otro nivel de dicha controversia, en que las exigencias son mayores, lo que políticamente implicará la necesidad de contar con un mayor nivel de potencial de movilización política, si se quiere alcanzar los resultados queridos.

15. Así visto, el peligro que existe en el campo de la función jurisdiccional no está en que sus decisiones no sean aceptadas por la mayoría política (ya que cuando este rechazo alcanza los límites establecidos para poder disponer del texto constitucional, éste simplemente será reformado), sino por el contrario, que exista "demasiado" consenso, en el sentido de conformidad, de "disenso no dispuesto a actuar" -entre el 40% y 49.9% de los ciudadanos o de la representación parlamentaria, de tal manera que determinados temas sean excluidos de aquellos que pueden ser objeto de las posibilidades normales de movilización de los actores políticos (sobre la regla de mayoría). Como resultado surge un ámbito de materias, donde quizás no existe un disenso tan grande como para provocar una reforma constitucional, pero por otro lado quedan excluidos de la controversia política infraconstitucional con sus posibilidades de movilización política. En estos casos la jurisdicción constitucional viene a ocupar este campo con un derecho que asume *de hecho* el mismo efecto de leyes, con lo que se desplaza, reitero, políticamente, de hecho y no jurídicamente, la función legislativa a los órganos jurisdiccionales. Desde el punto de vista de la interpretación constitucional, en todo caso, esto no es un resultado necesario, sino que por el contrario, obedece a fenómenos muy precisos y que deben ser rechazados

desde el punto de vista del método de interpretación: en especial la consideración de partes del texto constitucional como “valores” o “principios”, y en el campo de los derechos constitucionales, una específica teoría que quiere ver en ellos normas de conflicto, con lo cual necesariamente tiene que llegarse a resolver las “colisiones” que se produzcan entre ellos por la vía de la ponderación de su valor relativo, y la consecuenencial decisión en favor de uno preteriendo al otro o a los otros derechos concernidos.

16. De las ideas expuestas resultan claras dos propiedades específicas de la jurisdicción constitucional. Por una parte, se distingue de otras jurisdicciones desde el momento en que en la jurisdicción constitucional el agotamiento del componente jurídico del conflicto no implica al mismo tiempo la solución del conflicto material subyacente que, en cuanto controversia política, sigue teniendo a su disposición el derecho sobre cuya base se resolverán las controversias. Por otro lado, la jurisdicción constitucional no se encuentra bajo el mismo principio de inexcusabilidad que otras jurisdicciones. Su tarea no consiste en resolver el conflicto político material, no consiste en ponerle un fin, con el objeto de pacificarlo, ya que para ello existen en la democracia otros criterios relevantes. Su misión se concentra en resolver la controversia política surgida en torno a la interpretación del texto constitucional. De aquí se deducen también importantes consecuencias para la teoría de los vacíos o lagunas legales en la Constitución y para la Teoría de la Cosa Juzgada en sede constitucional.

c) Los vacíos o lagunas en Derecho Constitucional

17. De lo arriba expuesto resulta que el término de “vacío” o “laguna legal” se torna sospechoso en sede constitucional. Este término nos remite siempre a la imposibilidad de vincular la decisión de un caso concreto a un texto producido formalmente como ley, bajo el supuesto simultáneo de que dicho caso debe ser resuelto^{10 11} -se

¹⁰ Así escribe LARENZ que solamente se puede hablar de un vacío o laguna legal (*Lücke*) en aquellos casos en que en la ley -o en la totalidad de las leyes- se eche en falta una regla que atañe a una cuestión que no pueda ser entregada al ámbito no-jurídico (*rechtsfreien Raum*). (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edición, Berlin, Heidelberg, 1991, pág. 370 ss., pág. 371/372).

¹¹ Cfr. CHRISTENSEN, *Was heißt Gesetzesbindung?* (Qué significa vinculación a la ley?) Pág. 36: “Zwar ist, gemessen am gesellschaftlichen Regelungsbedarf, jede Rechtsordnung unvollständig, aber eben auch vollständig insoweit als nur der rechtlich anerkannte gesellschaftliche Regelungsbedarf relevant ist und die Entscheidung immer nur eine Antwort aus dem geltenden Recht enthalten kann. Von einer “Lücke” kann man deswegen nur sprechen, wenn ein Fall entgegen dem Gesetz als regelungsbedürftig angesehen wird. Die Regelungsbedürftigkeit läßt sich dann aber nur begründen aus eine normtranszendenten Maßstab von Gerechtigkeit, der in dieser Weise im Gesetz gerade keinen Ausdruck gefunden hat. Der Begriff der Lücke setzt deswegen einen für den Richter verfügbaren Begriff von Gerechtigkeit als überpositives Prinzip voraus und damit ein Mehr an Recht gegenüber dem positiven Gesetz.” (“Si bien es cierto que todo ordenamiento es, considerado a la luz de las necesidades de regulación de la sociedad, incompleto, también es cierto que es completo en el sentido de que sólo la necesidad de regulación jurídica es relevante, y que la decisión sólo obtendrá una respuesta del derecho vigente. De aquí que sólo pueda hablarse de un vacío o laguna cuando un caso, frente a la ley, se estima necesitado de regulación jurídica. En este caso, sin embargo, la necesidad de regulación jurídica sólo puede fundamentarse en un parámetro de justicia que trascienda a las normas positivas, y que en esa medida no ha encontrado una expresión en la ley. El concepto de vacío supone entonces la existencia de un concepto meta-

entiende, por su carácter jurídico. La idea esencial aquí es que el conflicto debe ser resuelto, para lo cual se hace necesaria una decisión, la que a su vez deberá fundarse en una norma -como sea que se llegue a fundar la existencia de la misma-, si es que la mera arbitrariedad debe ser excluida como fundamento de las decisiones judiciales. Si colocado en esta situación el juez no puede establecer un vínculo con algún texto legal, entonces, para decidir el caso, tendrá que fundar la norma en consideraciones jurídico-políticas, o lo que es para estos efectos lo mismo, consideraciones sobre la justicia concreta a aplicar en el caso. Nuestro ordenamiento jurídico contempla esto bajo una denominación especial (art. 170 N° 5 CPC), los “principios de equidad” a los que se recurre en defecto de la fundamentación sobre la base de leyes. El juez puede valerse también de la analogía en sentido estricto, etc., pero: tiene que decidir (ppo. de inexcusabilidad). La situación arriba descrita de la jurisdicción constitucional es esencialmente distinta, ya que la controversia que aquí se trata de dirimir, consiste en la controversia política sobre el significado del texto constitucional. En el nivel infraconstitucional puede ser que no todas las hipótesis, y en consecuencia no todos los casos, estén “cubiertos” por los textos legales, pero en todo caso, todos deben ser resueltos jurídicamente¹². En contraposición a esto, a nivel constitucional sólo se trata de resolver aquello directamente vinculable al texto constitucional, ya que es éste el que origina la controversia. El resto ya no es más asunto del proceso jurídico constitucional, sino del proceso político¹³.

d) La cosa juzgada en sede constitucional

18. Si la función de la institución de la cosa juzgada se ve en garantizar la solución definitiva de un conflicto jurídico en aras de la paz jurídica y material, o, como se ha planteado para el concepto de jurisdicción, en el agotamiento del componente jurídico de un conflicto, eso significa que para la Teoría de la Cosa Juzgada, en todo el espectro para el cual se ha formulado, las partes no pueden estar en la situación de disponer de la base jurídica que tiene que servir de medida de la decisión. Solamente en virtud de esto se hace posible entender por qué tanto desde la perspectiva procesal como desde la material se debe reconocer un carácter definitivo a la decisión judicial¹⁴. Aquí se trata de algo más que de asumir posibles injusticias en beneficio

positivo, del cual el juez disponga, y por lo tanto un “plus” de derecho, frente a la ley positiva”). Traducción de E. Aldunate.

¹² Obviamente, con exclusión de aquellos ámbitos en que el propio ordenamiento exige la existencia de una ley, en especial en el campo del Derecho Penal.

¹³ Cfr. aquí a HELLER, *Staatslehre*, pág. 302/303 (pág. 268 en la 1ª edición de 1934). Esta idea fundamenta también el llamado de Böckenförde a distinguir lo establecido y dado normativamente de aquellos espacios no reglados y abiertos, distinguir normas con un contenido determinado de principios que requieren de concretización (“...normativ Gegebenes und Festgelegtes von nicht geregelt und offengehaltenen Spielräumen, inhaltlich bestimmte Normierungen von der Aufstellung von Prinzipien, die konkretisierungsoffen sind, zu unterscheiden”). *Die Eigenart des Staatsrechts un der staatsrechtsvissenschaft*, pág. 23.

¹⁴ “...als das Verbot für die Gerichte, bereits unanfechtbar entschiedene Fragen erneut zu behandeln, sei es, daß nur eine von den Entscheidungsfeststellungen abweichende Beurteilung verboten wird, sei es, daß es eine erneute Entscheidung überhaupt ausgeschlossen wird”. (“Como prohibición a los tribunales, de examinar nuevamente cuestiones ya resueltas en definitiva, sea que se prohíba una decisión que se aparte de la anterior, sea que se excluya cualquier tipo de nuevo pronunciamiento”) SACHS, Michael: *Die Bin-*

de la seguridad¹⁵ o de la paz jurídica¹⁶. Abstrayendo la posibilidad de controlar la corrección del método de una decisión judicial, se trata aquí de la decisión vinculante sobre la medida de justicia que se fijará en el caso concreto. Bajo el mandato de fallar conforme a derecho (vinculación a la ley) esta determinación debe contemplar la incorporación de las expresiones lingüísticas contenidas en el texto normativo, a través de un proceso de atribución de significado normativo al mismo.

19. La situación es radicalmente distinta cuando la base jurídica sobre la cual se habrá de tomar la decisión se encuentra a disposición de las partes. Esto no sólo conduce a una modificación de la Teoría de la Cosa Juzgada en relación a las normas que regulan esa disposición, sino que de la totalidad de sus presupuestos, ya que la columna fundamental de esta construcción, la idea de la resolución definitiva de una controversia, respectivamente la decisión vinculante sobre una cuestión jurídica, queda eliminada. Una vez decidida, las partes pueden y les es permitido continuar la controversia, y aún (y en especial) cuando ello sea precisamente para superar la decisión producida, por la vía de modificar la base jurídica que la ha fundado. Esta distinción a nivel jurídico teórico corresponde a la distinción a nivel político de al menos dos niveles del conflicto o de la controversia política que existen en una comunidad política, y al hecho de que no puede ponerse fin al proceso político entendido como desarrollo de la controversia política sobre el derecho (normas) y la idea de justicia (valores) que deben regir o concretarse, respectivamente. Y si esto es así, tampoco puede ponerse fin a este proceso a través de una actividad jurisdiccional.

20. Una situación distinta plantean los casos que no corresponden a esta estructura del conflicto. Junto a las controversias constitucionales en sentido estricto pueden atribuirse a la jurisdicción constitucional otras funciones, que realmente no pueden ser consideradas como una pretensión sobre un determinado significado del texto constitucional como elemento de la lucha de poder al interior del poder político institucionalizado. Caso paradigmático en el derecho comparado lo constituyen las acciones de reclamación por privación de derechos fundamentales, cuyo equivalente funcional en nuestro sistema jurídico viene siendo el recurso de protección constitucional. En este caso, y a diferencia de lo que sucede en el caso de controversias constitucionales en sentido estricto, se trata de arribar a una decisión definitiva y final, inamovible, si se quiere, sobre la pretensión de un individuo, de que sus derechos fundamentales sean aplicados como medida de la legitimidad del actuar estatal en su relación hacia el Estado. Dicho de otra manera: la pretensión del reclamante no puede ser vista en este caso como una pretensión de tomar parte en el proceso de alocación autoritativa de valores en el ejercicio del poder político institucionalizado. El reclamante es parte del procedimiento judicial, sin que por ello le sea reconocida la facultad de disponer del derecho en cuya virtud habrá de resolverse su pretensión. En el derecho del proceso constitucional no se le considera como parte en el proceso político¹⁷.

ding des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen (La vinculación del Tribunal Constitucional Federal a sus decisiones) München 1977, pág. 33/34.

¹⁵ Así la posición de KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pág. 295. También Sachs insiste en el reconocimiento de un fin de justicia, *Die Bindung...* pág. 19 ff., pág. 20.

¹⁶ Vid SACHS, *Die Bindung...*, pág. 20, pág. 30.

¹⁷ Del reconocimiento de que la función y especificidad de la jurisdicción constitucional se expresa jurídicamente en distintas formas, de acuerdo a los niveles o ámbitos de conflicto en los cuales se desarrolla, parece justificarse un tratamiento diferenciado del tema de la cosa juzgada constitucional de acuerdo a los distintos tipos de procedimientos y preten-

21. Por otro lado, hay que reconocer que la institución de la jurisdicción constitucional en el sistema político no debe perder toda función y que, por lo mismo, no puede privarse a sus decisiones de todo efecto judicial. Ello no es una consecuencia que necesariamente tenga que derivarse del reconocimiento de las particularidades del Derecho Constitucional, sino que el carácter particular del Derecho Constitucional nos remite al hecho de que la Teoría de la Cosa Juzgada, nacida en otro contexto, no puede ser traspasada sin más al campo de la jurisdicción constitucional, aunque en algunos casos pueda ser conveniente valerse de su terminología. Así, por ejemplo, no se cuestiona la noción de cosa juzgada formal. El agotamiento procesal de una controversia permanece intacto, ya que pertenece a la naturaleza de la actividad jurisdiccional. El que el proceso político continúe tras la decisión judicial no es un argumento en pro de la reapertura o revisión de un procedimiento concluido a través de una sentencia, ni para la eliminación del principio *non bis in idem*. Pero, por otro lado, la decisión judicial aquí no implica que los órganos no puedan hacer uso de sus competencias, dentro de las cuales se encuentran aquellas que les permitirán cambiar la base jurídica sobre la cual se resolvió el conflicto, ni impide que aquellas facultades que, miradas jurídicamente como competencias, y que políticamente son una cuestión de poder, puedan volver a ser objeto de una controversia. Y puesto que están habilitados para seguir las ejerciendo se plantea para la cosa juzgada constitucional un problema que le es propio. Recuérde-se al énfasis puesto arriba en la Constitución como base en la institucionalización del poder político. De ello se sigue que cada decisión a nivel de justicia constitucional, que atribuye al texto constitucional un significado, simultáneamente puede ser observada o apreciada como una decisión sobre la configuración del poder político institucionalizado. De aquí -y más allá de su efecto fáctico generalizado- no puede deducirse una vinculación jurídico-normativa de esa decisión. Sin embargo, a nivel político se plantea sin atenuante alguna el siguiente problema: si los órganos político fundan y derivan sus facultades y competencias en y de la Constitución, y si una jurisdicción constitucional es competente para interpretar el texto constitucional en última instancia, entonces puede ser cuestionada la legitimidad de toda actuación política que pueda ser apreciada como contraviniendo lo dicho en una decisión jurisdiccional acerca del sentido y significado de la Constitución. En el derecho comparado se ha encarado este problema otorgando a las decisiones del tribunal constitucional un carácter obligatorio de ley (*Gesetzeskraft*).

22. En la nomenclatura clásica de la Teoría de la Cosa Juzgada podría entenderse esto como una ampliación de los límites objetivos¹⁸ y subjetivos¹⁹ de la cosa juzgada. Sin embargo, esta nomenclatura es inadecuada aquí. Por una parte, la teoría de los límites objetivos de la cosa juzgada material señala que esta cualidad se va a extender a algo más que al mero tenor de la decisión. En las decisiones de una jurisdicción constitucional, sin embargo, debe mantenerse siempre a la vista el hecho de que lo que hace el objeto fundamental de la controversia es la disputa sobre el significado del texto constitucional. Si se sostiene que "x" es inconstitucional, o sea, incompatible con la Constitución, eso significa que "x" no puede ser amparado por

siones (así por ejemplo el enfoque de Sachs, loc. cit.). El principio fundamental permanece, sin embargo, invariable: toda decisión de la jurisdicción constitucional implica un pronunciamiento sobre la base de legitimación del poder político institucionalizado.

¹⁸ Como vinculación a los fundamentos de la sentencia, así SACHS, *Die Bindung...*, pág. 67/68.

¹⁹ Vid. SACHS, *Die Bindung...*, pág. 68 ss. con referencias bibliográficas.

el sentido normativo del texto constitucional. La verdadera decisión en sede jurisdiccio-constitucional es la decisión acerca del significado normativo del texto constitucional: la consecuencia, por ejemplo, la declaración de nulidad de un acto que se opone a la Constitución, sólo se deriva de esta decisión, a saber, en dos sentidos: por una parte de la incompatibilidad normativa (entre el texto controlado y de la Constitución), por otra, del principio de la Constitución como fundamento de todo ejercicio legítimo de una potestad estatal. De tal manera que la antedicha vinculación a la decisión de la justicia constitucional no implica una ampliación de los límites objetivos de la cosa juzgada constitucional, sino solamente el reconocimiento de la naturaleza de la decisión, a la que se le atribuye tal calidad (fuerza de cosa juzgada). Por otro lado, la tesis de la ampliación de los límites subjetivos de la cosa juzgada constitucional significa que lo decidido puede afectar a terceros que no fueron parte del proceso (partes a las cuales en principio se circunscriben los límites subjetivos de la cosa juzgada, entendidos como efecto relativo de una sentencia). El efecto relativo de una sentencia se entiende por la referencia de la sentencia a un caso determinado y concreto, y su condición como producto de un procedimiento determinado. La ampliación de los límites subjetivos de la sentencia significa, en este contexto, que se van a afectar a terceros que no participaron en el procedimiento, por una sentencia que califica de una determinada manera las circunstancias del caso, y a pesar de no haber sido partes en el respectivo procedimiento. Su sentido suele verse en la extensión de la vigencia de la validez de la decisión judicial protegida por la cosa juzgada, en relación a la prohibición de un fallo divergente sobre la misma materia, más allá de la vinculación entre procedimiento y partes.²⁰

23. Para aplicar esto a sede constitucional habría que examinar entonces la vigencia de este principio, la prohibición de un fallo posterior divergente sobre la misma materia, en el ámbito de la jurisdicción constitucional. El análisis de este punto viene a ser equivalente con el análisis del sentido de la cosa juzgada material en el Derecho Constitucional. Al nivel de la Constitución la prohibición de apartarse del tenor de un fallo anterior significaría darle a la paráfrasis del sentido atribuido por la decisión al texto constitucional, por el juzgador constitucional, el mismo valor que el del texto mismo. De ser así, esto implicaría atribuir a la jurisdicción constitucional un rol equivalente al del poder constituyente, en el sentido de la facultad de formular textos normativos como bases de la institucionalización del poder político, con valor vinculante generalizado y permanente. Un efecto de esta naturaleza debe ser rechazado en el campo del Derecho Constitucional. Pero puesto que la vinculación con fuerza de ley ya ha sido aceptada, la única forma que queda a fin de superar

²⁰ "Die Erweiterung der subjektiven Rechtskraftgrenzen bedeutet..., daß eine Rechtskraftwirkung, die der gegenüber den Parteien entspricht, für weitere Personen eintritt; diese Personen können wie die Parteien weder ein neues Verfahren über denselben Streitgegenstand einleiten, noch den entschiedenen Punkt bestreiten, sofern er in einem späteren Verfahren mit anderen Streitgegenstand von präjudizieller Bedeutung ist". ("La ampliación de los límites subjetivos de la cosa significa que un efecto de cosa juzgada, tal cual corresponde frente a las partes, se hace efectivo contra terceros, los cuales no podrán iniciar un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto de la controversia, ni controvertir el punto que ya ha sido objeto de la decisión en la medida en que éste tenga alguna relevancia como precedente en otro procedimiento") SACHS, *Die Bindung...*, pág. 82. Traducción de E. Aldunate.

este dilema está en abandonar la tesis de la inmodificabilidad de lo decidido (en términos materiales)²¹.

24. Si esto es así, cabe preguntarse qué sucede con la vinculación a las decisiones de la jurisdicción constitucional sobre el sentido del texto constitucional. Puesto que los órganos públicos siempre van a poder actuar sus competencias, y que incluso en el caso de una violación directa al texto constitucional ésta sólo podrá hacerse efectiva a través de un control por parte de la jurisdicción, tiene poco sentido hablar de la vinculación a las sentencias en sede extra-jurisdiccional. Y en sede jurisdiccional este principio de la vinculación a las decisiones de la jurisdicción constitucional significa lo siguiente:

1) Los órganos públicos se encuentran vinculados a decisiones previas de la justicia constitucional, en el sentido de que no pueden alegar ante ella un sentido distinto al que ya ha sido fijado por la jurisdicción constitucional, o bien que, en caso de hacerlo, esta jurisdicción puede desechar esa argumentación sin asumir la carga de argumentar este rechazo, bastando la referencia al precedente.

2) Los órganos jurisdiccionales se ven igualmente liberados de la carga argumentativa cuando sólo se trata de reiterar una atribución de significado para el texto constitucional (sin perjuicio de tener que asumir la argumentación de los demás elementos del fallo, de acuerdo al caso).

3) Por último, los órganos de la jurisdicción constitucional pueden superar una jurisprudencia y modificar pronunciamientos anteriores sobre el sentido del texto constitucional, pero en estos casos están sujetos a una carga argumentativa consistente en asumir cada uno de los argumentos dados en su oportunidad para justificar una determinada atribución de sentido normativo al texto constitucional.

25. Si se asumen estas tesis sobre el valor de la cosa juzgada en materia constitucional, entonces ellas llevan a la conclusión de que la cosa juzgada constitucional, en relación con la función de la constitución como base de la institucionalización del poder político y como regulación del proceso político, no consiste en la calidad de la resolución definitiva de un conflicto, sino en evitar la coexistencia (esto es, en un mismo tiempo) de dos sentidos normativos incompatibles entre sí atribuidos a un mismo pasaje del texto constitucional, o bien, en general, entre diversos pasajes de dicho texto. Es aquí, dicho sea de paso, donde tiene su lugar el topos de la unidad de la Constitución, cuya crítica en otros contextos ya ha sido suficientemente fundamentada.

²¹ Cfr. SACHS, *Die Bindung...* pág. 100 ss. y GUSY, *Die Offenheit...* pág. 114, pág. 115 apertura en el tiempo como variabilidad de la interpretación constitucional.