

FLUJO Y REFLUJO PÚBLICO-PRIVADO

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA*
Universidad de Chile

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

No puede ser omitida una referencia a este novísimo tópico, emergente en el Derecho Continental pero que ya, con impulso fuerte y sostenido, se va incorporando en toda la legislación, jurisprudencia y doctrina, incluso de nuestra América¹.

Trátase del flujo que corre desde el Derecho Público hacia el Derecho Privado, penetrándolo, informándolo y determinándolo. Tal Constitucionalización es, por ende, caracterizable como *la influencia*, ostensible y creciente, que el Derecho Público, especialmente la disciplina constitucional, va ejerciendo en todo el sistema jurídico y, por ende, también en el Derecho Privado entero.

Ella es un *proceso*, por virtud del cual el respeto de la *Supremacía* que posee la Carta Fundamental se hace patente en las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control. Más aún, en las *cláusulas* contractuales de cualesquiera índole, se formula hoy, de manera cada vez más rutinaria; declaración expresa de la sujeción de tales convenciones a lo preceptuado en la Carta Fundamental, los derechos asegurados en la cual son irrenunciables.

Al respetar aquella supremacía constitucional, *en la forma y en el fondo*, el sistema jurídico completo se somete al Código Político, concebido aquél no como un sistema de Derecho Positivo, únicamente, sino que sobre ello con el carácter de *plexo de valores*, configurativo del *Proyecto Máximo* de bien común con el que se identifica una sociedad democrática.

Así entendido tal proceso, *poco tiene él de sorprendente* o novedoso. Más bien podría calificárselo de adecuación real de los postulados jurídicos y políticos a los Principios constitucionales, haciendo de la Ley Suprema de un Estado la normativa

* Ponencia presentada y debatida en las XXVII Jornadas de Derecho Público, celebradas en la Universidad Católica de Valparaíso desde el 21 al 23 de noviembre de 1996.

¹ Una espléndida síntesis, llena de sugerencias y proyecciones, se halla en Louis FAVOREAU: *La Constitutionnalisation du Droit* (Conferencia aún no publicada, pronunciada en la inauguración del Año Académico del Programa de Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, el 28 de marzo de 1995).

efectivamente máxima². Podría decirse que, en avance simétrico con el Constitucionalismo por el mundo entero, la *consecuencia lógica* de la primacía que ese Movimiento infundió al Código Político tuvo que ser llevada a la práctica. Y en eso consiste, algo obvio pero poco reconocido, la Constitucionalización del Derecho³.

El proceso en comentario encierra, además, otra implicancia, seguramente más novedosa aunque difícil de aceptar por nuestra sumisión tradicional a la ley como expresión soberana de la voluntad general infalible. Trátase del rasgo, hoy casi universal y pacíficamente sustentado, de la *aplicación, directa o inmediata*, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad ni espera que las disposiciones legales mediaten esa ejecución de los preceptos supremos.

La declaración de *inconstitucionalidad por omisión* arranca, precisamente, de que la imperatividad de los principios y disposiciones constitucionales sean mantenidas, más allá de un plazo y circunstancias razonables, en condición de inaplicación indefinida⁴. Esta anomalía equivale a dejar supeditada la supremacía a lo que disponga la ley, asumiendo que aquel principio *carecería de sentido de autorrealización*.

Oportuno es destacar que, el *Tribunal Constitucional*, en sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1983, se orientó a la realización de tal criterio hermenéutico, aseverando que:

"...el artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales.

En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como son: el de la "*supremacía constitucional*" sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo; y el de la "*vinculación directa*" de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo por ende, tales preceptos obligatorios tanto para los gobernantes como para los gobernados"⁵.

II. LIGAMEN CON DERECHOS HUMANOS

Se recuerda aquí el tópico de la Constitucionalización del Derecho porque su irrupción ha ocurrido, principalmente, a raíz de *haber crecido y sido vigorizado el respeto y promoción de los derechos humanos*, proclamados en la Carta Fundamental. Y esto ha sucedido debido a que hay una mayor *conciencia* de lo que es e implica la *dignidad* de la persona, existiendo también vías más amplias y accesibles para im-

² Véase del autor *Constitucionalización del Derecho Chileno*, *Revista de Derecho Público* Nº 57-58 (1995).

³ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Cuadernos Civitas, 1985).

⁴ Germán José BIDART CAMPOS: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* (Buenos Aires, EDIAR, 1995) pp. 348. ff.

Se hallan, además, elementos de juicio atinentes en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, citado en *supra* nota Nº 3, como asimismo en sus *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho* (Madrid Cuadernos Civitas, 1986).

⁵ Considerando 10º, reproducido en Eugenio VALENZUELA SOMARRIVA: *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989) p. 5.

pugnar, por medio de acciones y recursos, las conductas o actuaciones, públicas o privadas, que lesionan la esencia de los derechos fundamentales.

Es en la perspectiva descrita que cobran sentido algunas *técnicas jurídicas* orientadas a *prevenir dilaciones, evasiones y fenómeno aún peores*, protagonizados por el Legislador, la Administración, la Magistratura o los órganos de control de los entes públicos.

Trátase, por ejemplo, de la *Teoría de la Ley Pantalla*, alusiva a la invocación de la norma legal como *intermediaria inevitable* entre la Constitución y la realización de los derechos propugnados en ella, de modo que sin ley previa tampoco pueden cobrar vigencia tales atributos inalienables del ser humano. Ciertamente, dicha Teoría no puede ser aceptada por las razones ya escritas. Es el caso, también, de la *Doctrina del Descorrimiento del Velo*, según la cual resulta necesario mirar *más allá de las apariencias* para hallar, detrás de las formulaciones jurídicas, la *sustancia o fondo* del asunto atingente a la concreción de los derechos humanos. Sin duda, esta Doctrina tiene que ser aplicada, v. gr., en nexos con cierta jurisprudencia administrativa vertida sobre entes de forma privada pero, en realidad, controlados presupuestaria y operativamente por órganos públicos.

III. PRIVATIZACIÓN DE LO PÚBLICO

No puede silenciarse tampoco la *influencia de las instituciones del Derecho Privado en el Derecho Público en general* y, específicamente, en el Derecho Constitucional. Es el *reflujo* al que aludí inicialmente, fenómeno que se halla de actualidad⁶.

Siempre ha sido difícil separar ambos hemisferios jurídicos. Empero, la *interacción* de ellos, con su secuela de *interpenetración recíproca*, ha culminado en una *difuminación de los límites* quedando marcas, puntos o referencias, más o menos precisas, como únicas fronteras.

Vuélvese a plantear hoy, por ende, la antigua afirmación de *la unidad del Derecho*, en la cual creo firmemente, aunque ahora se aluda a ella con terminología inadecuada, como es la de *transversalidad del sistema jurídico*.

Hoy, efectivamente, la Administración Pública, por ejemplo, utiliza cada vez más y mejor las técnicas, sustantivas y procesales, típicas del Derecho Privado. Tal sucede con el contrato, los trámites para cumplir los cometidos, el régimen de control preventivo *ex post*, la naturaleza del vínculo laboral del funcionario con el Estado-Gobierno, etc. Idéntico recurso por la Administración al Derecho Privado se percibe en torno de la concesión de obras y servicios públicos, entidades de vigilancia en empresas y otras asociaciones privadas, etc. En fin, he advertido la dictación de leyes en las cuales las normas se remiten a convenciones celebradas por jerarcas administrativos con particulares, omitiendo la ejecución de la ley mediante la potestad reglamentaria respectiva.

Plausibles que los órganos públicos acudan a técnicas jurídicas inspiradas en el iusprivado con el objeto de ganar en agilidad y, por ende, en eficiencia en el cumplimiento de sus funciones y cometidos. Eso es parte de los objetivos que es menester cumplir en la *modernización del Estado*. Pero cuidado hay que tener para que,

⁶ Revisese Konrad HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid, Cuadernos Civitas, 1995).

por esa vía, no se vuelva a la discrecionalidad incontrolable que, irremediablemente, remata en perjuicio de los derechos humanos⁷.

La clave yace, por ende, en que sean desarrolladas fórmulas flexibles de fiscalización y control, incluso de mérito y oportunidad, evitando que por no hacerlo así se termine enviando al ciudadano afectado al tan interminable como frustrante recurso a la jurisdicción común u ordinaria.

IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

De la conciencia humanista creciente es parte, sustantiva y promisoría, la *Justicia Constitucional* representada, más que nada, por los *Tribunales Constitucionales*.

Ellos tienen funciones múltiples y delicadas, de las cuales menciono aquí la *vigilancia ex ante o preventiva de la supremacía* de la Carta Fundamental, para defensa y promoción de los derechos humanos⁸.

Esa vigilancia es ejercida, principalmente, sobre los *proyectos de ley* para que se ajusten, sustantiva y formalmente, a los principios y normas del Código Político. Empero, la revisión de tales proyectos se contrae en Chile a los que versan sobre materias *orgánico constitucionales*, quedando las demás excluidas de dicho control de Supremacía⁹. Probablemente, la situación descrita tendrá que ir siendo salvada mediante *requerimientos*, formulados en torno de *cuestiones de constitucionalidad* planteadas durante la tramitación de cualquier proyecto de ley, aunque no sea de jerarquía orgánica constitucional¹⁰.

Por cierto, las Constituciones han ido confiriendo *nuevas atribuciones* a la Justicia Constitucional, demostración clara de la confianza del Poder Constituyente en su desempeño y de la necesidad de resolver, jurídicamente, conflictos políticos complejos. La revisión del artículo 82 del Código Político chileno corrobora esta aseveración, dejando de manifiesto que el Tribunal Constitucional es un órgano de control de supremacía dotada de competencia más amplia que la únicamente referida a la adecuación de las leyes a lo preceptuado en la Carta Fundamental.

Sin embargo, en la vigilancia legislativa sigue hallándose la atribución más frecuentemente ejercitada por dicha Magistratura. En la vigilancia aludida quedan comprendidos también los *decretos con fuerza de ley y los decretos supremos*, cuando sean impugnados por inconstitucionales¹¹. Típicamente, esta facultad es desempeñada para cautelar el Principio de Reserva Legal, el cual resulta ser subsidiario del *Principio de Supremacía*, porque este último es más importante y trascendental.

De singular relevancia se torna destacar que, en concepto del autor, debieran ser sometidas al control preventivo de supremacía las *normas de los tratados internacionales* que contengan materias propias de las leyes orgánicas constitucionales. Ese

⁷ Véase del autor *Utilización del Derecho Privado por la Administración Pública*, *Actas del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996).

⁸ Consúltese la serie de monografías sobre *Justicia Constitucional* publicadas en *XX Revista Chilena de Derecho* tomo I (1993) pp. 355 ff.

⁹ Artículo 82° inciso 1° N° 1.

¹⁰ Artículo 82° inciso 1° N° 2 en armonía con incisos 4°, 5° y 6° del mismo artículo.

¹¹ Artículo 82° inciso 1° N° 3°, 5°, 6° y 12°.

criterio, formulado sobre la base de consideraciones sustantivas o de fondo, no es sin embargo compartido por el Senado, según fluye del informe siguiente:

"En términos generales, los tratados internacionales son instrumentos por los cuales un Estado se relaciona con otro, por lo que, en principio, no deberían significar modificaciones a la legislación interna vigente. Sin embargo, en aquellos casos en que un tratado modifique una norma legal de quórum calificado u orgánica constitucional, el proyecto de acuerdo respectivo debe cumplir los trámites correspondientes, de la misma forma que los proyectos de ley, incluidos los requisitos existentes en materia de quórum, en atención a que tales requisitos tienen por objeto dar estabilidad a nuestra legislación.

En efecto, el propósito del Constituyente al establecer la existencia de las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado fue asegurar que la regulación de ciertas materias particularmente importantes sólo pudiera ser acordada por las mayorías especiales que la propia Ley Suprema establece, por lo que una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional lleva a concluir que la exigencia de que concurren tales mayorías debe aplicarse a cualquier normativa modificatoria de las mismas, aunque la disposición de que se trate no revista formalmente las características de una ley propiamente tal. De otra manera la intención del Constituyente podría ser fácilmente burlada mediante el expediente de sancionar por simple mayoría proyectos de acuerdo aprobatorios de convenios internacionales que incidan en materias que, de acuerdo a la Constitución, necesitan de quórum especiales de aprobación (...)

Según lo preceptuado en el inciso segundo del tantas veces mencionado artículo 50 de la Ley Suprema, "las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley".

De lo expuesto se desprende que tanto el *Presidente de la República* como, en su oportunidad, el *Congreso Nacional* deben discernir si en un tratado existen o no normas que versen sobre materias que sean propias de ley, sin que haya motivo para excluir de ese análisis lo concerniente a la mayoría requerida para la aprobación de aquellas disposiciones que sean propias de ley."¹²

V. REVISIÓN JUDICIAL Y DEMOCRACIA

Suelen plantearse dudas en torno de la coherencia que tiene la Justicia Constitucional con la democracia representativa, en especial con respecto a la posibilidad que

¹² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, contenido en el Boletín N° 139-10, reproducido en Francisco ZÚÑIGA URBINA: *Función Consultiva de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin fecha) pp. 62-63.

deje sin efecto actos del órgano legislativo, reputado aún titular de la primacía normativa infalible que le atribuyó Rousseau¹³.

Brevemente formulada tal inquietud, se aduce que el legislador no puede, en virtud del *Principio de Separación de Organos y Funciones*, quedar *supeditado* al examen de su obra por una Magistratura estatal. Agrégase que el legislador *expresa la Soberanía*, siendo el suyo un mandato conferido directamente por el Pueblo, mediante la elección de los integrantes de tal órgano, o sea, el Presidente de la República y los parlamentarios.

Empero, esos y otros argumentos parecidos son insostenibles, precisamente en la teoría democrática dentro de la cual son elaborados.

En efecto, el Principio atribuido a Montesquieu¹⁴ nunca ha sido absoluto ni total, puesto que siempre tuvo que ser entendido y aplicado con la *relatividad flexible* que permite que el control o fiscalización, recíprocamente ejercido entre los órganos públicos, tenga efectiva realidad. Tampoco es sostenible la invocación de la Soberanía, porque el legislador *no es el titular único* de ella, sino que uno de los órganos que la ejerce en representación de la Nación.

Por lo demás, ya no se acepta que tal Soberanía tenga la cualidad de *infalible*, sino que todo lo contrario, por lo cual se visualiza otra razón para defender a las instituciones de control de la supremacía. A mayor abundamiento, tampoco hay *jerarquía* en los mandatos representativos conferidos por la Constitución.

En fin, la justicia Constitucional se legitima también por *la imposición que ella hace del Derecho sobre la Política* en los procesos gubernativos. Estos quedan así *racionalizados*, a la vez que se los despoja en parte, al menos, de la pasión, obcecación y animosidad que suele caracterizar las disputas políticas.

En la democracia constitucional, debe ser enfatizado, todos los representantes del pueblo tienen que *respetarse* en sus potestades y subordinarse a lo dispuesto en la Carta Fundamental. Entre los órganos de jerarquía constitucional no existen mandatos de primer nivel, cotejados con otros de grado inferior en la Carta Fundamental. Por eso, si el Código Político -como es hoy regla casi sin excepción- instituye un Tribunal Constitucional autónomo, encargado de velar por la supremacía en los términos que ella indica, entonces se torna indefendible la tesis que pretende restaurar la infalibilidad del legislador.

La justicia Constitucional es, por ende y en síntesis, uno de los progresos más importantes realizados en el avance que el Constitucionalismo ha experimentado después de su crisis, décadas atrás, en lo que se denominó *Desconstitucionalización del Derecho*¹⁵.

¹³ Véase Mauro CAPPELLETTI: *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional* en Louis Favoreau *et al*: *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1984).

¹⁴ Un excelente estudio del tópico se halla en Franz NEHMANN, *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory* (New York, The Free Press, 1966) pp. 96 ff. Hay traducción al español de esta obra, publicado por Editorial Paidós de Argentina en 1972.

¹⁵ Karl LOEVENSTEIN: *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ed. Ariel, 1970) pp. 213 ff.

VI. LEGITIMIDAD

Tiene que *coordinarse* la jurisprudencia emanada de la Magistratura que ejerce el control de supremacía *ex ante*, por un lado, con aquella a la cual incumbe dicho control *ex post*, o sea, y principalmente, a la Corte Suprema¹⁶.

Sin perjuicio de esa indispensable armonización, debe ser enfatizada la mayor trascendencia del control *a priori o preventivo* que, de manera concentrada, se halla radicado por la Ley Suprema en el Tribunal Constitucional. Nunca será suficiente destacar la importancia de la jurisdicción *cautelar* en general. Aquí, entonces, me limito a subrayar específicamente, la trascendencia de la jurisdicción que incumbe a dicho Tribunal, ejercida con *prudencia, respetando* en lo debido al legislador, *ayudándolo* a que ejerza adecuadamente su función pero, en definitiva, *velando* por el respeto que él ha de demostrar por la supremacía de la Constitución¹⁷.

Ha quedado demostrada la legitimidad de la justicia Constitucional. Empero, tiene que ser mencionada otra razón, tanto o más fuerte que las ya explicadas, para sostener la justificación indiscutible que, la democracia constitucional, detenta la justicia homónima.

La Carta Fundamental, es bien sabido, *debe ser sentida y vivida como perteneciente a todos* en el Estado Nación. Infundir realidad a ese postulado es parte esencial de la perdurabilidad de la Constitución. Esta tarea no incumbe sólo al gobierno ni a la alianza mayoritaria de turno. Podría decirse que el Código Político es suyo, con idéntico significado, tanto para la mayoría dirigente como para la minoría en la oposición¹⁸.

La dignidad de la persona, sus derechos y garantías fundamentales, articulados en la Constitución, son patrimonio de todos, sin excepción, porque trazar distinciones sería diferencia arbitraria o discriminación¹⁹. Defender y promover esos atributos es una obligación común. Ella le incumbe, empero, al Tribunal Constitucional, por la trascendencia de su roles, como preocupación primordial²⁰.

VII. DERECHO SOCIAL

En las Jornadas con temática semejante a las que hoy nos reúne, formulé mi tesis en el sentido de que el Derecho Público y el Privado son uno solo, aunque sin descono-

¹⁶ Artículos 80° y 83°.

¹⁷ Una explicación sencilla y clara de este asunto se halla en Patricio ZAPATA LARRAÍN: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994) pp. 6 ff.

¹⁸ Inspirado en las reflexiones de Hermann HELLER en su *Teoría del Estado* y de Karl LOEWENSTEIN en *Teoría de la Constitución*, el autor abordó el tópico de la conciencia constitucional como uno de los elementos integrantes de la cultura político-jurídica de un pueblo soberano, en *Aproximación a la Conciencia Constitucional Chilena*, XVI Revista Chilena Derecho N° 2 (1989) pp. 221 ff.

Ultimamente, ha hallado nuevas y sugerentes reflexiones en Jacques CHEVALLIER: *Institutions Politiques* (París, LGDJ, 1996).

¹⁹ Véase los artículos 5° inciso 2°; 6°; y 19° N° 2 inciso 2° de la Constitución.

²⁰ Consúltese la monografía del autor *Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política*, en *Constitución y Desarrollo Social* (Santiago, Ediar Conosur, 1989) p. 63.

cer los rasgos peculiares de cada uno. La interpretación de ambos hemisferios torna hoy, como lo he escrito, aún más difícil separarlos, teórica y prácticamente.

Tal vez, por ende, la novedad que puede aportar el autor de esta ponencia estriba en superar aquel dualismo y en reflexionar en rededor de la posibilidad de ir fundamentando y articulando una tercera dimensión consistente en el Derecho Social.

Entiendo a éste como diferente del Derecho individual y del Derecho estatal.