

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL,  
NEOCONSTITUCIONALISMO Y ACTIVISMO JUDICIAL\***

CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW,  
NEOCONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL ACTIVISM

---

**ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN**

---

**CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO)** Corral Talciani, Hernán. "Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial". *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 2 (2018).  
doi: 10.7764/rda.0.2.149

---

**REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC** Número 2  
Diciembre 2018  
ISSN: 2452-4344

---

Recepción: 1 de octubre, 2018  
Aceptación: 10 de diciembre, 2018

---

---

\* El texto está basado en la conferencia dictada por el autor en las Jornadas del Consejo de Defensa del Estado para los abogados de ese organismo público, el día jueves 12 de abril de 2018.

## Resumen

El trabajo expone las causas y las vías por las cuales se habla hoy de una constitucionalización del Derecho Civil, mostrando sus ventajas, pero también sus riesgos y peligros, derivados de un entusiasmo excesivo por autores cuyas ideas han sido agrupadas en el movimiento doctrinal llamado neoconstitucionalismo. Un exagerado uso de los principios y del método de la ponderación y una expansión irreflexiva de las normas constitucionales termina por minar la dogmática civilista y la autonomía del legislador para diseñar e implementar políticas públicas, a la vez que se alienta un decisionismo de los jueces que desprestigia la administración de justicia que ya no aparece como imparcial y leal a las normas legales aprobadas por autoridades democráticamente elegidas.

**Palabras clave:** constitucionalización, neoconstitucionalismo, activismo judicial, Derecho Civil, interpretación legal

## Abstract

This paper exposes the reasons and forms in which we currently refer to the constitutionalization of Private Law, showing its advantages but also its risks and dangers. These are derived from an excessive enthusiasm by authors whose ideas have been grouped within the so-called doctrinal movement of neo-constitutionalism. An exaggerated use of the method of weighting and its principles, as well as an thoughtless expansion of constitutional norms, ends up undermining civil law dogmatics and the autonomy of legislators to design and implement public policies. At the same time, it encourages decisionism in judges, discrediting the administration of justice as it no longer appears to be impartial and loyal to the legal norms approved by democratically elected authorities.

**Keywords:** constitutionalization, neoconstitutionalism, judicial activism, private law, legal interpretation

## Hernán Corral Talciani

---

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Santiago, Chile  
hcorral@uandes.cl

Hernán Corral Talciani es licenciado en Derecho por la P. Universidad Católica de Chile y doctor en la misma disciplina por la Universidad de Navarra (España). Ha sido profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes por más de 20 años, y desde el 2012 cuenta con la calidad de Profesor Ordinario Titular. Tiene una nutrida lista de publicaciones, tanto en libros como en artículos de revistas, destacando su *Curso de Derecho Civil. Parte general*, editado por Thomson Reuters (2018). Es miembro numerario de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Universidad de los Andes  
Faculty of Law  
Santiago, Chile  
hcorral@uandes.cl

Hernán Corral Talciani obtained his Law degree from P. Universidad Católica de Chile and was awarded a PhD in the same discipline from the Universidad de Navarra (Spain). He has taught Civil Law at the Universidad de los Andes for over 20 years and, since 2012, he has been appointed as a Full Professor. He has an ample number of publications in the form of both books and articles, including his *Curso de Derecho Civil. Parte general*, published by Thomson Reuters (2018). He is a permanent member of the Academy of Social, Political and Moral Sciences of the Instituto de Chile.

## I. Sobre la constitucionalización del Derecho y del Derecho Civil en particular

### 1. Un fenómeno reciente pero manifiesto

Lo que llamamos “constitucionalización” del Derecho puede ser constatado, y en esto sigo a quien primero se ha ocupado en nuestro país sobre este tema, el profesor de la Universidad de Concepción, Ramón Domínguez Águila<sup>1</sup>, de manera muy pedestre. Hasta hace unas décadas, un abogado tenía en su escritorio los Códigos Civil, Comercial, Procesal, Penal, etc., pero no el texto de la Constitución, que seguramente se encontraba muy bien empastada en algún anaquel. Hoy en día cualquier litigante en las materias que sean civiles, comerciales, de minas, aguas, junto a los Códigos tiene también la Constitución arriba de la mesa de trabajo, y muchas veces abierta y bien marcada.

A esta realidad se ha llegado, en los sistemas de tradición codificada, por un doble proceso de mutación. La primera mutación es la del sentido y alcance jurídico de los textos constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo XX. La segunda, aún en proceso, es la que experimentan las disciplinas codificadas, que comienzan a tomar conciencia de la complejidad del ordenamiento jurídico y se ven afectadas por el decaimiento de la majestad de la ley, que durante todo el siglo XIX y principios del XX constituyó la reina de las fuentes del Derecho.

### 2. Mutación constitucional y neoconstitucionalismo

La mutación en la comprensión de la Constitución es más conocida. Puede sintetizarse por las siguientes notas:

1. La Constitución deja de ser un mero texto político que organiza el Estado, establece la distribución de los poderes, y consagra de modo declarativo y sin garantías concretas algunas libertades de los ciudadanos frente al poder público. Ahora pasa a ser considerada una fuente de Derecho de la más alta jerarquía, revestida de una supremacía a la cual deben someterse todos los demás cuerpos jurídicos y que obliga no sólo a los funcionarios públicos sino también a los particulares.

---

<sup>1</sup> Ramón Domínguez Águila, “Aspectos de la constitucionalización del derecho”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 93, n° 3 (1996): 107 et seq.

2. Las nuevas Constituciones (a partir de las europeas de la posguerra) tienen lo que se ha llamado una mayor “densidad normativa”<sup>2</sup>, en el sentido de que comienzan a establecer regulaciones más detalladas y extensas sobre la vida cotidiana de las personas y abundan en declaraciones de derechos ahora reforzados por recursos judiciales.
3. Entre esos derechos y valores aparecen varios que de alguna manera pertenecen al ámbito de las disciplinas codificadas. Por ejemplo, en el Derecho Civil se observa la dignidad de la persona humana, la vida privada y el honor, la protección de la familia, el derecho de asociación, a la personalidad jurídica, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, etc.
4. Se diseñan acciones o recursos que dan operatividad a los derechos consagrados constitucionalmente, al estilo del antiguo *habeas corpus*, lo que produce una jurisprudencia constitucional que interpreta las normas constitucionales para su aplicación a conflictos concretos. Entre nosotros, el llamado “recurso de protección” ha sido un factor relevante de la constitucionalización del Derecho. Lo mismo parece estar sucediendo con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que hoy día conoce el Tribunal Constitucional.
5. Se incluyen en los textos constitucionales referencias a la aplicación de tratados y convenciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que expanden la normativa constitucional a principios y derechos que no aparecen explícitas en ella y, más aún, que pueden ir variando en el tiempo.

Todos estos cambios, más o menos objetivos, se han reforzado con una corriente doctrinal a la que suele darse el nombre de “neoconstitucionalismo”, ligada a autores disímiles, pero en diversos aspectos coincidentes, tales como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís, Luigi Ferrajoli y Peter Häberle<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4<sup>a</sup> ed., ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 128, habla de un «denso contenido normativo» de las Constituciones actuales. Eduardo Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 23 (2010): 83, utiliza la expresión “densidad normativa”.

<sup>3</sup> Eduardo Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 23 (2010): 85.

Aunque no es sencillo determinar exactamente qué es lo que se quiere representar con el término “neoconstitucionalismo”, es posible afirmar que, junto con valorar positivamente los cambios constitucionales ya vistos, estos autores se proponen asentar ideas propias de una teoría o idea global del Derecho. Esas ideas fundamentales son:

- a. La tesis de la aplicación directa de la Constitución, de modo de rechazar el postulado tradicional de que la norma constitucional necesita de la ley para que pueda ser aplicada por el juez.
- b. Muy unida a la anterior, encontramos la idea de la “eficacia horizontal de los derechos”, que postula que los derechos constitucionales no sólo son ejercitables frente al poder del Estado (eficacia vertical) sino además entre iguales, es decir, entre particulares (efecto horizontal).
- c. En relación con la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales, se observa un rechazo de la teoría de la subsunción, al considerar que ésta es una técnica propia de reglas y no de estándares normativos abiertos como los principios jurídicos, que son los que predominan en la Constitución. Los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados como principios.
- d. Los principios no son como las reglas que admiten sólo una aplicación binaria de sí o no, sino que son máximas de optimización de un valor social que permiten una aplicación gradual o elástica. De allí que el método que debe tratar con ellos es el de la ponderación, es decir, una especie de pesaje en una balanza para ver cuál principio es el que debe predominar según las circunstancias del caso.
- e. Siendo la Constitución una fuente de Derecho puede ser aplicada por cualquier juez, y ante una eventual colisión de ésta con previsiones normativas de la ley o de normas inferiores a ella, el juez sencillamente puede descartar la aplicación de éstas últimas para dar preferencia a la aplicación al caso de una norma, valor o principio constitucional. Es lo que se suele llamar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Frente a esta evolución normativa y hasta cierto punto ideológica de la dogmática constitucional<sup>4</sup>, ha de constatarse que también en las disciplinas codificadas se ha producido una evolución que, de alguna manera, es funcional a la anterior.

---

<sup>4</sup> Se distinguen distintas formas de neoconstitucionalismo. Por ejemplo, Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 1<sup>a</sup> ed., ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 83 *et seq.* propone contraponer a las tres formas de positivismo de Bobbio un neoconstitucionalismo como teoría del Derecho, un neoconstitucionalismo ideológico y un neoconstitucionalismo metodológico. Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual”, 101, considera que estas corrientes no llegan a formar una completa y coherente teoría del Derecho, por lo que propone denominar sus ideas como “neoconstitucionalismo doctrinario”.

### 3. Mutación del Código y de la dogmática civil

También después de la Segunda Guerra Mundial, se adquiere mayor conciencia de que el Derecho no es solamente norma de conducta sino una realidad multifacética que incluye intereses sociales, principios morales, criterios económicos o de eficiencia, etc.

El viejo positivismo exegético y el legalismo estatalista revelan su insuficiencia, y aunque no haya un retorno explícito al iusnaturalismo, se habla ya de un “positivismo” o de un “positivismo incluyente”<sup>5</sup>, en el sentido de que se toma conciencia de que la tarea de aplicar el Derecho no es automática y aséptica, como quería la Escuela de la Exégesis. No hay textos normativos claros que sólo tienen que ser aplicados sin una previa y a veces ardua labor hermenéutica.

Por otro lado, los valores y principios penetran también en las dogmáticas codificadas. Así, en Derecho Civil se observa una tendencia a cambiar el foco en el patrimonio, para ponerlo en la persona y sus relaciones que van más allá —aunque la incluyan— de la dimensión económica y propietaria.

Del mismo modo, instituciones del Derecho Civil pasan a “colonizar” el Derecho Constitucional, como el concepto de persona, de familia, de propiedad, de contrato, de responsabilidad, y permiten que se pueda hablar de un Derecho Privado Constitucional<sup>6</sup> o también de Derecho Procesal Constitucional, Derecho Penal Constitucional o Derecho Constitucional de Familia<sup>7</sup>.

## II. Vías de constitucionalización del Derecho Civil chileno

Este doble proceso de mutación permite hablar de una constitucionalización del Derecho Civil. Más concretamente, esta constitucionalización transcurre por diversas vías:

---

<sup>5</sup> Cf. Wilfrid J. Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. por Marcela Gil y Romina Tesone (Barcelona: Marcial Pons, 2007).

<sup>6</sup> Alejandro Guzmán Brito, *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), 29.

<sup>7</sup> Sobre el proceso de constitucionalización del Derecho de Familia conforme a la jurisprudencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional, ver Fabiola Lathrop “Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno”, *Estudios Constitucionales* 15, n° 1 (2017): 329-372.

- 1<sup>a</sup>. La vía de la reforma legislativa: para ajustar la legislación civil a los valores y principios constitucionales se propicia la modificación de los textos legales y especialmente del Código Civil, lo que se observa sobre todo en materia de Derecho de Familia.
- 2<sup>a</sup>. La vía hermenéutica: se propicia que la interpretación de las normas civiles debe hacerse bajo el marco de valores, principios y normas dentro de la Constitución, llenando de contenido algunos conceptos jurídicos indeterminados tradicionales, como orden público y buenas costumbres, y también teniendo en cuenta que el “espíritu general de la legislación” de que habla el art. 23 del Código Civil posibilita expresamente recurrir a la Ley constitucional.
- 3<sup>a</sup>. La vía de la aplicación directa: también habrá una constitucionalización cuando los tribunales recurran a una norma constitucional como *decisoria litis*, ya sea porque no se encuentra una norma legal que resuelva el conflicto o porque la Constitución ha establecido una vía alternativa para proteger un determinado derecho, como sucede cuando en vez de una acción civil de reivindicación o un interdicto posesorio se recurre a la acción de protección contenida en el art. 20 de la Carta por privación, perturbación o amenaza del derecho de propiedad<sup>8</sup>.

Todas estas vías de constitucionalización, a nuestro juicio, tienen algunas modalidades que son criticables, y que pueden llevar a una excesiva discrecionalidad judicial. Pero antes de entrar en ello, veamos la parte positiva de este proceso.

### III. Aportes de la constitucionalización del Derecho Civil

Existen aspectos positivos de la constitucionalización del Derecho, y en particular del Derecho Civil, que no es posible negar. El más importante es que ha terminado por sepultar la ideología del positivismo legalista, que pretendía que el juez era un mero aplicador de la ley a través del método de la subsunción lógica y neutra. El culto a esa «declaración de

---

<sup>8</sup> Sobre estas vías, ver nuestro estudio, Hernán Corral Talciani, “Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno”, en *Derecho civil constitucional*, ed. por Carlos Villabella, Leonardo Pérez y Germán Molina (México: Grupo Editorial Mariel, 2014), 1–16. Un análisis de la llamada “eficacia horizontal de los derechos constitucionales” puede encontrarse en Miguel Ángel Fernández González, “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los Derechos fundamentales”, *Temas de Derecho* 19 (2004): 207–243, en especial 213–221.

la voluntad soberana», que es como define Bello a la ley en el art. 1º del Código Civil, era excesivo. Se ignoraba la polisemia del lenguaje normativo y la imposibilidad de interpretar sólo teniendo en cuenta el “tenor literal” de las disposiciones legales.

En esta superación del positivismo se observa igualmente una constatación cada vez mayor de que el Derecho no puede separarse completamente de los principios morales o éticos que le brindan legitimidad en el cuerpo social. La muralla kelseniana entre Moral y Derecho, esto es, la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, parece agrietarse y en muchos casos derrumbarse. De allí que muchos valores constitucionales, como dignidad, libertad, igualdad, democracia, pluralismo, etc., sean en realidad valores morales o éticos que permean, nutren y configuran la totalidad del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

En lo referido al Derecho Civil, el constitucionalismo ha reforzado la evolución que se observa en un Derecho centrado en las cosas y en el patrimonio, por otro centrado en la persona humana, en sus múltiples dimensiones, en un proceso que el civilista español Carlos Martínez de Aguirre ha denominado “personalización” del Derecho Civil<sup>10</sup>.

No obstante, junto a estos aspectos positivos, la constitucionalización plantea riesgos y peligros, a los que nos referimos a continuación.

#### IV. Riesgos y peligros

##### 1. ¿Hacia una “autarquía constitucional”?

Un primer riesgo que puede observarse de una constitucionalización desmesurada es pasar desde un culto a la ley a un desprecio y minusvaloración de ésta, de modo de pensar que las leyes no tienen mayor relevancia para desarrollar la Constitución y para concretar las declaraciones y valores contenidas en ésta. Se puede hablar así de una especie de movimiento que, más allá de la supremacía constitucional, postula, en los hechos, una “autarquía constitucional”. El abogado (y el juez) ya no tendría los Códigos junto a la Constitución en su escritorio, sino que le bastaría con ésta última, dejando ahora a los Códigos en el anaquel de los libros ornamentales.

---

<sup>9</sup> Y no sólo a la Constitución como parecen pensar los autores del neoconstitucionalismo, lo que introduce una diferencia injustificada entre fuentes del Derecho como acertadamente, aunque abogando por la exclusión de la moral, anota Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual”, 94.

<sup>10</sup> Carlos Martínez de Aguirre, *El Derecho Civil a finales del siglo XX* (Madrid: Tecnos, 1991), 109 *et seq.*

A esta autarquía se puede arribar por dos vías: primero, postulando que las leyes no han provisto una regulación de una determinada materia, por lo que el intérprete debe colmar esa supuesta laguna mediante la interpretación de preceptos constitucionales. Es lo que me parece ha sucedido con las doctrinas de la nulidad y la responsabilidad “de derecho público”. Con algunas referencias muy escasas de la Constitución, se construye, a gusto del intérprete, todo un régimen regulatorio que se le atribuye a una intención implícita del Constituyente. Cuando se pregunta por detalles de dicho régimen, como por ejemplo el plazo de prescripción de la acción, se responde que como nada ha dicho el texto constitucional, debe considerarse la acción imprescriptible. Pero, ¿es que alguna vez se pensó que la Constitución tuviera que fijar plazos de prescripción para acciones de nulidad y responsabilidad civil?

Lo cierto es que la Constitución, pese a ser un texto jurídico, tiene también y al mismo tiempo una naturaleza político-ética, que cuenta con que su desarrollo y concretización se haga conforme a las leyes aprobadas por las mayorías democráticas en el Congreso Nacional. Y en caso de que no exista alguna regulación legal especial, es legítimo recurrir al concepto de Derecho Común, que, por tradición histórica y por refinamiento jurídico de sus conceptos y categorías, está representado en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Civil.

Más peligrosa aún es la segunda vía por la cual se propicia la autarquía constitucional, esto es, fallando contra ley expresa con la excusa de que dicha ley sería contraria a la Constitución y, por tanto, no aplicable a un determinado caso. De este modo se desconoce la deliberación democrática realizada por el Poder Legislativo para aplicar una norma o principio constitucional que, por cierto, adopta el sentido que cada juzgador le confiere. Apunta Guastini que uno de los rasgos de la «constitucionalización del derecho» —al modo del neoconstitucionalismo—, es la «sobreinterpretación de la Constitución» por la que el intérprete extrae regulaciones constitucionales para toda la vida social y política, por lo que «no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional que se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez constitucional de las leyes»<sup>11</sup>.

Nuestra Corte Suprema no ha estado exenta de esta “sobreinterpretación judicial”, con la que contradice los mandatos de la ley bajo el pretexto de que debe aplicarse un principio o norma constitucional o internacional. Así, en el último tiempo ha contrariado la

---

<sup>11</sup> Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4<sup>a</sup> ed., ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 54-55.

ley al ordenar que los internos en recintos penitenciarios tengan acceso a votar<sup>12</sup>, que se rectifique el sexo a personas con disforia de género<sup>13</sup>, que se entregue gratuitamente un medicamento de alto valor no contemplado aún<sup>14</sup> en la llamada Ley “Ricarte Soto”<sup>15</sup>.

Debe constatarse, además, que el art. 5º inciso 2º de nuestra Constitución permite a los jueces soslayar las leyes sobre la base de la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos, que cada vez son más profusamente invocados.

Junto con esta prescindencia de la ley que conduce a la autarquía constitucional, la constitucionalización contiene otro peligro, el que consiste en el uso excesivo de los principios y del método de la ponderación.

## 2. Un “principalismo” omnicompreensivo

La inflación de los principios debe atribuirse no tanto a la constitucionalización del Derecho, sino al influjo doctrinario de los autores que profesan el llamado neoconstitucionalismo. En sus mejores versiones, como las de Dworkin e incluso Alexy, los principios son criterios valorativos que juegan de manera excepcional para los llamados casos difíciles y principalmente para las colisiones de derechos fundamentales, como el típico conflicto entre honra y libertad de prensa.

Pero una exacerbación de los principios hace que se empiece a desconocer las reglas que el legislador puede haber dado justamente para concretar la aplicación de determinados principios. Es decir, no se tiene en cuenta que la ponderación entre principios ya la ha hecho el legislador y que el juez debe respetar esa decisión.

Si fuera por decidir los casos conforme a principios, habría que suprimir las reglas que dan certeza y predictibilidad a los litigios. ¿Qué pasaría si el Código Civil dijera que en la reivindicación, las prestaciones mutuas que se deben el dueño vencedor y el poseedor

---

<sup>12</sup> SCSJ 87.876-2016, del 30 de marzo de 2017.

<sup>13</sup> SCSJ 70584-2016, del 29 de mayo de 2018, y 18.252 2017, del 27 de noviembre de 2018.

<sup>14</sup> SCSJ 17.043-2018, del 6 de noviembre de 2018.

<sup>15</sup> A ello debe añadirse, en el ámbito del Derecho Público, la transformación en indefinida de la contrata renovada por dos veces, sobre la base del principio de “confianza legítima” (SCSJ 38.681-2017, del 13 de marzo de 2018), la exigencia de fundar la falta de necesidad de los servicios si se pone término a la contrata antes del plazo legal (SCSJ 43.395-2017, del 2 de mayo de 2018), y la aplicación del procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo a favor de empleados públicos no sujetos a esa normativa (SCSJ 43.395-2017, del 22 de octubre de 2018).

vencido se regularán por los principios de buena fe y de enriquecimiento sin causa, y no diera detalles como los que hoy da sobre frutos, deterioros y mejoras?

Pues esto mismo es lo que está sucediendo hoy cuando, en vez de disposiciones legales categóricas en un determinado sentido, se hacen valer principios como el interés superior del niño, el de buena fe o confianza legítima, el principio de la realidad en materia laboral, y así sucesivamente.

Esto, como fácilmente se comprenderá, conlleva un retroceso en la ciencia del Derecho y, como denunciara hace años el profesor Enrique Barros respecto de alguna jurisprudencia derivada de recursos de protección, conduce a una vulgarización jurídica, en el sentido de que el nivel de argumentación propiamente jurídica decrece a favor de simples declaraciones abstractas y generales, que, porque justifican todo, en realidad no justifican nada<sup>16</sup>.

Además, la técnica de la ponderación parece fracasar en su intento por otorgar una argumentación controlable racionalmente, ya que deja al intérprete en la misma situación de partida, es decir, sin saber las razones por las cuales en el caso concreto debe darse preferencia o mayor peso a un principio que a otro. Por ello, el resultado de la ponderación adopta la forma de una opción intuitiva o al menos no controlable mediante las técnicas racionales de la argumentación jurídica<sup>17</sup>. Siendo así, no es posible predecir que la misma solución se aplique a casos futuros, ni siquiera cuando presenten las mismas circunstancias jurídicamente relevantes.

Todo esto nos lleva al tercer riesgo, y quizás el más peligroso, que es el decisionismo judicial.

### 3. Decisionismo y activismo judicial

La expresión “activismo judicial” fue acuñada en los Estados Unidos como crítica a la Corte Suprema Federal respecto de algunos fallos que, interpretando la Constitución de 1787, y adoptando un criterio evolucionista, llevaba a la Corte a ejercer verdaderos poderes

---

<sup>16</sup> Sobre la vulgarización producida por la constitucionalización vía judicial, véase Rodrigo Correa González, “Vulgarización por constitucionalización”, *Revista Derecho y Humanidades* 11 (2005): 161-175.

<sup>17</sup> En este sentido, ver *supra* nota 3, 96-97.

legislativos. Uno de los casos más claros se dio en la sentencia *Roe vs. Wade* (1973), en el que la Corte determinó la legitimidad del aborto estableciendo las causales y los períodos de tiempo de gestación que las autorizaban<sup>18</sup>.

Otros hablan más bien de “gobierno de los jueces”. Por nuestra parte, preferimos hablar de “decisionismo judicial”, porque cuando se habla de activismo, pareciera que los jueces estarían comprometidos con una determinada causa y que tratarían de imponerla a través de sus sentencias, que me parece es más bien un extremo. Tampoco nos gusta la expresión “gobierno de los jueces”, porque en realidad lo que se reprocha no es que los jueces usurpen el poder ejecutivo, sino más bien el legislativo<sup>19</sup>.

En todo caso, lo que se critica es que los jueces no sean leales con lo que dispone la ley, y piensen que su deber no es acatarla, sino hacer justicia en el caso concreto conforme a su decisión y no a aquélla prevista por la ley. El neoconstitucionalismo, con su postulada aplicación directa de las normas constitucionales, la transformación de la supremacía en autarquía constitucional y una aplicación inmoderada de principios bajo el método de la ponderación, permiten a cada juez y a cada Corte y a cada sala de cada Corte resolver un caso conforme a su particular visión de lo justo y de lo bueno, que además puede ir variando con el tiempo. Como bien señala Aldunate,

ya sea expresamente —como en el caso de Zagrebelsky—, ya sea porque ello está implícito en sus postulados o en sus consecuencias, el concepto de constitución que maneja el neoconstitucionalismo doctrinario es el de un programa, no sólo político sino también social (en la medida en que no sólo toca el ejercicio y relaciones del poder, sino que también los diversos ámbitos de las relaciones sociales), entregado en su concreción final a la judicatura (y no a la decisión resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías) en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad (por la imposibilidad de disciplinar las opciones de entrada incorporadas en la respectiva ponderación)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre los orígenes del activismo judicial y su presencia en la jurisprudencia chilena ver José Francisco García G. y Sergio Verdugo R., *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013), 24 *et seq.*

<sup>19</sup> Si bien el término “decisionismo” fue acuñado para la teoría política por Carl Schmitt, se ha utilizado también en el Derecho, y para denominar el exceso en que caen los jueces cuando sus decisiones no están fundadas en la razón y fundamentos jurídicos, sino en su voluntad y preferencias particulares. Cf. Gustavo Calvino, “Los jueces en el siglo XXI y la garantía del proceso”, en *Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas*, ed. por Gabriel Hernández Villarreal (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010), 39 *et seq.*

<sup>20</sup> Ver *supra* nota 3, 101.

Luis Prieto Sanchís añade que «porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial»<sup>21</sup>, lo que se incrementa si se tiene en cuenta que los textos constitucionales suelen contener no sólo postulados diversos sino incluso contradictorios entre sí<sup>22</sup>.

Es cierto —para no cargar las tintas sólo sobre los jueces— que muchas veces los tribunales tienen que actuar ante la dejación de los deberes de determinar políticas públicas coherentes por parte del gobierno y de la clase política. Por ejemplo, todo el problema generado con los recursos de protección por el aumento no justificado del precio de planes de las Isapres en gran parte tiene su origen en que no se ha conseguido un consenso político para aprobar una reforma legal del sistema. Algo similar nos parece que está sucediendo en estos momentos con los abusos producidos con la proliferación de empleados públicos a contrata o con contratos a honorarios.

Sin embargo nos parece que, aun en estos casos en que se observa una pasividad negligente del legislador, no es correcto ni conveniente que sean los tribunales los que asuman la labor legislativa, dejando de aplicar la ley vigente para intentar dar soluciones a casos particulares mediante principios fundados en preceptos constitucionales.

Esto por varias razones. En primer lugar, porque los jueces no tienen la visión de conjunto de los problemas, ni cuentan tampoco con la legitimidad democrática para representar a la ciudadanía y fijar prioridades en el uso de recursos fiscales, siempre escasos. Por ello, tampoco deben dar cuentas de sus decisiones, y son inamovibles en sus cargos. Finalmente, el decisionismo se expande, y lo que al principio era sólo para casos excepcionales de mal funcionamiento del gobierno y del Congreso, comienza a proliferar en todo tipo de casos.

El decisionismo lleva a una incertidumbre jurídica gravísima, que no sólo tiene efectos indeseados económicos o empresariales, sino también en el ámbito de la vida común de los ciudadanos. Por de pronto, se observará un aumento de la litigiosidad, ya que la ausencia de reglas claras permite a todos pedir que su caso llegue a un juez para que decida

---

<sup>21</sup> Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4<sup>a</sup> ed., ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 132.

<sup>22</sup> Cuando se afirma que la regla nacida de la deliberación política es la que diga la mayoría, siempre que no vulnere los derechos básicos, se puede replicar, como señala Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4<sup>a</sup> ed., ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 215, que en la práctica eso se convierte en que la regla es lo que decida la mayoría «siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos».

en justicia. Se desdibuja además la frontera entre resolver en Derecho una disputa y la adopción de políticas públicas distributivas. La administración de justicia se politiza, y se desacredita en cuanto ya no se le percibe como imparcial.

Se merma, además, uno de los más caros valores de la justicia, cual es la igualdad ante la ley, ya que casos idénticos en sus elementos relevantes pueden ser resueltos de modo distinto, conforme a cómo el juez utiliza los principios o realiza el juicio de ponderación.

Junto a todo ello, se puede verificar que la intervención de los jueces, tratando de subsanar la inacción de los poderes legislativos, puede ocasionar males mayores, ya que éstos operan sólo sobre casos singulares sin la posibilidad de adoptar medidas de carácter general. Y ésta puede ser una vía de escape que contribuya a mantener la inacción de los órganos políticos. Es lo que sucede con el tema de las Isapres, que al final beneficia a los pocos (aunque sean miles) que deducen recursos, mientras el costo del sistema recae en aquéllos que no pueden o no quieren recurrir. Se ve que lo que parecía “hacer justicia” ha producido una situación injusta de la mayor gravedad, mientras que gobierno, parlamentarios, Isapres, y —para qué decir— esos colegas que sin labor profesional alguna, reciben las “costas” fijadas por las Cortes, se sienten satisfechos porque el “sistema” creado por los tribunales funciona, y nadie reclama por ello, salvo el Presidente de la Corte Suprema en su discurso del 1º de marzo con que inaugura el año judicial<sup>23</sup>.

## V. Hacia una constitucionalización no vulgarizante ni decisionista del Derecho

¿Qué se puede hacer en este panorama? Digamos primeramente que en Chile los niveles de decisionismo judicial son todavía moderados, si se les compara con los de otros países latinoamericanos. Aquí no llegamos a casos como el de la Corte Constitucional colombiana que le da directrices al Congreso sobre cómo legislar y en qué plazos.

Pero justamente por eso quizás estemos a tiempo para evitar llegar a esos extremos, sobre todo porque es posible observar un incremento de fallos de la Corte Suprema que dejan sin aplicar la ley bajo el pretexto de aplicar principios o normas constitucionales o internacionales.

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, el Presidente Haroldo Brito decía en el discurso de la cuenta pasada: «la judicialización del alza en los planes de las Isapres sigue siendo un tema pendiente cuya resolución ha de darse mediante reforma legal, y que distorsiona —por su masividad— los ingresos de causas en las cortes de alzada, tema que hemos tratado en distintas cuentas». Haroldo Brito, “Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema 2018, discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito”, 1 de marzo, 2018, 7–8, transcripción, Corte Suprema, <http://www.pjud.cl/documents/10179/10264695/DISCURSO+AANO+JUDICIAL+2018+VERSION+EXTEN-DIDA/00670849-1c1c-4br7-bcff-8f769db2fdc2>. Un análisis del activismo judicial en materia de planes de isapres puede verse en García y Verdugo, *Activismo judicial*, 81 et seq.

Obviamente no se trata de volver al positivismo legalista decimonónico ni de negar los avances y aportes que ha hecho el constitucionalismo. Se trata más bien de una fina labor de equilibrios entre la dogmática propia de la Constitución y la dogmática propia de la ley o de los Códigos.

Una primera medida sería que los jueces respetaran el control de constitucionalidad concentrado que establece la propia Constitución —lo que es claro después de la reforma del 2005— de manera que si consideran que alguna norma legal va contra el texto constitucional, requieran un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, conforme a lo dispuesto en el art. 93 N° 6 de la Constitución.

Enseguida, sería conveniente que los juzgadores se guiaran también, al igual que se le recomienda al Tribunal Constitucional, por el principio de deferencia al legislador. En esta materia esto se traducirá en aplicar la Constitución, pero a través de las reglas legales y reglamentarias que la desarrollan y la concretan. Se trata de respetar las ponderaciones que han hecho los órganos legislativos de los principios constitucionales para fijar regulaciones y políticas públicas que necesariamente envuelven prioridades políticas y distribución de recursos fiscales.

La Constitución, al menos la que rige en Chile, no ha sido pensada como fuente de Derecho de aplicación directa, sino de aplicación mediada por las leyes, que establecerán, de manera democrática y políticamente responsable, la forma en que los principios y valores constitucionales de textura abierta e indeterminada, se concretan en las movibles circunstancias sociales. La norma del art. 6° inc. 2° de la Constitución, que advierte que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, no dice que los obliga a lo mismo o del mismo modo<sup>24</sup>. Por regla general, los preceptos constitucionales obligarán a los particulares a través de su concreción por medio de reglas legales o reglamentarias.

Esto significa igualmente ser fiel al sentido de la norma legal, aunque ella no sea del agrado del juzgador. El recientemente fallecido juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonio Scalia, sostenía que en todo juez existe la tendencia a identificar la mejor solución a un caso con lo que le parece lo más correcto desde sus propios valores éticos, religiosos o sociales. Un buen juez debería resistirse, porque ese predicamento significa no aplicar la

---

<sup>24</sup> En este sentido, ver Fernández González “Constitucionalización”, 220.

norma de la ley, sino la norma que al juez le gustaría que fuera ley. Solía repetir que un juez no se sienta en su estrado para decidir quién «debe ganar», sino para decidir «quién gana bajo la ley que el pueblo ha adoptado»<sup>25</sup>.

En el fondo es preguntarse si al propiciar una determinada solución a un caso se está interpretando lealmente lo que señala la ley, o más bien se está legislando y modificando esa ley para ese caso concreto a gusto del juzgador.

Igualmente, sería recomendable que los jueces se hicieran la pregunta de si la interpretación de la ley o la Constitución que están haciendo en un determinado litigio, la seguirán aplicando en los casos sucesivos en los que se presente el mismo problema en sustancia, aunque las partes o las circunstancias accidentales sean diferentes. La labor judicial no es hacer justicia a secas, conforme a su sentido personal de lo justo y lo correcto, sino hacer justicia conforme al Derecho vigente, aunque personalmente se esté en contra de lo establecido legalmente. Por cierto, un juez puede resistirse a aplicar una ley manifiestamente injusta, pero estaremos frente a casos infrecuentes y que deben resolverse sobre los principios morales de cooperación al mal y del voluntario indirecto<sup>26</sup>. Hay que tener en cuenta que la tradición clásica del Derecho Natural sostiene que el juez debe aplicar la ley que es injusta, si su desacato generaría mayores males por el desorden social que puede introducir su desobediencia<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, en una entrevista en 2009 para C-Span, señaló, con referencia a su propia labor como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: «We don't sit here to make the law, to decide who ought to win. We decide who wins under the law that the people have adopted» (No nos sentamos aquí para hacer la ley, para decidir quién debe ganar. Decidimos quién gana bajo la ley que el pueblo ha adoptado); Antonin Scalia, «Entrevista con Susan Swain», video de *C-Span*, 32:15, emitido originalmente el 19 de junio, 2009, <https://www.c-span.org/video/?286079-1/supreme-court-justice-scalia>. Sobre el pensamiento de Scalia, ver Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law* (Princeton: Princeton University Press, 1997).

<sup>26</sup> Sobre estos temas ver Alejandro Miranda Montesinos, «La cooperación al mal. Principios generales para la deliberación moral en casos complejos», en *Ética profesional del abogado*, Cuadernos de Extensión Jurídica 24, ed. por Sebastián Contreras y Alejandro Miranda (Santiago: Universidad de los Andes, 2013), 121-135.

<sup>27</sup> Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-II, q. 96, a. 4. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristóbal Orrego (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 388, señala que el grado de cumplimiento de la ley injusta será el necesario para evitar, según tiempo, lugar y circunstancias, que el «derecho como un todo sea despreciado».

Para graficarlo con un caso reciente y que nos llega a todos los chilenos, ¿qué se le pedía a la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya en el pleito por el que Bolivia alegaba que Chile tenía una supuesta obligación de negociar una salida soberana al Pacífico? Nada más ni nada menos que fallara en Derecho, aunque pudiera creer que la ocupación chilena fue injusta o que Chile tiene mucho mar y Bolivia nada.

¿Y los abogados litigantes pueden hacer algo para evitar el decisionismo judicial y el vulgarismo jurídico? Me parece que son vitales. Muchas veces los jueces se quejan de que se ven forzados a buscar “soluciones creativas” porque la calidad de los escritos y de las pruebas que les aportan los abogados en el proceso son deficientes.

Es necesario que los abogados ayuden a los jueces proporcionándoles argumentaciones sólidas y bien fundadas, en las que se les muestre el sentido propio de la ley y la forma en que la ley ha encarnado los principios constitucionales. Por cierto, esto requiere estudio y tiempo para pensar y elaborar estrategias y fundamentos plausibles y bien estructurados<sup>28</sup>.

Concluimos este ensayo con la idea de que no se debe propiciar la *sola lex*, del abogado decimonónico, pero tampoco la de la *sola Constitutio*, que parece recomendar el neo-constitucionalismo. Estamos por desarrollar, lenta y laboriosamente, una combinación virtuosa de ambas fuentes del Derecho, cada una en su propia esfera y con sus propios métodos de interpretación y aplicación. ■

---

<sup>28</sup> Para medidas concretas de políticas públicas sobre designación y formación de los jueces ver *supra* nota 18, 214 *et seq.*

## BIBLIOGRAFÍA

- 
- Aldunate Lizana, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 23 (2010): 79–102.
  - Bayón, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Editado por Miguel Carbonell, 211–238. Madrid: Trotta, 2009.
  - Brito Cruz, Haroldo. “Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema 2018, discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito”, 1 de marzo, 2018, 7–8, transcripción. Corte Suprema. <http://www.pjud.cl/documents/10179/10264695/DISCURSO+AANO+JUDICIAL+2018+VERSION+EXTENDIDA/00670849-1c1c-4b17-bcff-8f769db2fdc2>.
  - Calvinho, Gustavo. “Los jueces en el siglo XXI y la garantía del proceso”. En *Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas*. Editado por Gabriel Hernández Villarreal, 23–52. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.
  - Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Editado por Miguel Carbonell, 75–98. Madrid: Trotta, 2009.
  - Corral Talciani, Hernán. “Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno”. En *Derecho civil constitucional*, ed. por Carlos Villabella, Leonardo Pérez y Germán Molina, 1–16. México: Grupo Editorial Mariel, 2014.
  - Correa González, Rodrigo. “Vulgarización por constitucionalización”. *Revista Derecho y Humanidades* 11 (2005): 161–175.
  - Domínguez Águila, Ramón. “Aspectos de la constitucionalización del derecho”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 93, n° 3 (1996): 107–137.
  - Fernández González, Miguel Ángel. “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los Derechos fundamentales”. *Temas de Derecho* 19 (2004): 207–243.
  - Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducido por Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
  - García G., Francisco y Sergio Verdugo R. *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.

- Guastini, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Editado por Miguel Carbonell, 49–73. Madrid: Trotta, 2009.
- Guzmán Brito, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- Lathrop Fabiola. “Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno”. *Estudios Constitucionales* 15, n° 1 (2017): 329–372.
- Martínez de Aguirre, Carlos. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Miranda Montesinos, Alejandro. “La cooperación al mal. Principios generales para la deliberación moral en casos complejos”. En *Ética profesional del abogado*. Cuadernos de Extensión Jurídica 24. Editado por Sebastián Contreras y Alejandro Miranda, 121–135. Santiago: Universidad de los Andes, 2013.
- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Editado por Miguel Carbonell, 123–158. Madrid: Trotta, 2009.
- Scalia, Antonin. *A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Scalia, Antonin. “Entrevista con Susan Swain”. Video de *C-Span*, 32:15. Emitido originalmente el 19 de junio, 2009. <https://www.c-span.org/video/?2286079-1/supreme-court-justice-scalia>.
- Waluchow, Wilfrid J. *Positivism jurídico incluyente*. Traducido por Marcela Gil y Romina Tesone. Barcelona: Marcial Pons, 2007.