

PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER

**EL MÉTODO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CHILENO.**

Rodrigo Araya Figueroa

"Simón oye que alguien dice: 'El sacerdote interpretativo, el adivino, es uno de los burócratas del dios-déspota, ¿no te das cuenta? ¡Joder! Mira, otro aspecto del engaño del sacerdote es que la interpretación va hasta el infinito, no halla nunca nada que interpretar que no sea ya en sí mismo una interpretación'."

La séptima función del lenguaje¹

¹ BINET, LAURENT, 2016, (ESPAÑA, EDITORIAL PLANETA S.A.)

Índice

INTRODUCCION

CAPITULO I. EL MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Acerca de la necesidad de la interpretación jurídica
2. Sobre la correcta interpretación de la norma. *Las escuelas de interpretación jurídica hasta la escuela histórica.*
3. El método o criterio de interpretación histórico
4. El método histórico como método tradicional de interpretación de la ley en la doctrina y jurisprudencia chilena.

CAPÍTULO II. EL METODO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Una aproximación a la noción de interpretación constitucional desde el estado legal de derecho al estado constitucional de derechos
2. La aplicación del criterio histórico en la interpretación de la constitución
 - 2.1. *La interpretación originalista*
 - 2.2. *El método histórico evolutivo*
 - 2.3. *La interpretación*

CAPÍTULO III. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICO APLICADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

A MODO DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El acto de interpretar y de buscar sentido y comprensión a la experiencia está presente, implícita y explícitamente, desde los registros más remotos de la humanidad², sin embargo, la interpretación de un texto constituye un problema que se inició con los teólogos y la jurisprudencia y que siempre ha requerido un sinnúmero de operaciones, cada una de las cuales debe ajustarse a su reglas y términos, lo cual se dificulta porque estas raramente están codificadas y, sin embargo, requieren un preciso orden de lógica y comprensión.

El método histórico de interpretación jurídica, en el contexto histórico que se produjo, fue uno de los más importantes para interpretar los textos jurídicos, pero que, al menos en la cultura jurídica continental, ha perdido con el tiempo su preeminencia. Mediante este trabajo pretendemos examinar cómo ha sido utilizado el método histórico en sus sentencias por el Tribunal Constitucional chileno y, asimismo, apuntamos a analizar cuál es el grado de presencia e influencia de este método en la interpretación constitucional. El examen se centrará en pocos casos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional que han sido seleccionados por la relevancia pública de los temas que abordan. Por tanto, la pregunta jurídica que guiará nuestra investigación es ¿cuál es el uso, frecuencia e influencia del método histórico en la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional chileno?

Para lograr el objetivo trazado, en el desarrollo de esta tesis usaremos el método dogmático complementado, en su parte final, con el de casos, debido a que se requiere, principalmente, una aproximación teórica conceptual.

Así, este estudio se encuentra dividido en cuatro grandes partes. En la primera parte, se examinará el concepto de interpretación jurídica, su objeto y las distintas escuelas de interpretación existentes, en la segunda parte se realizará una delimitación conceptual del método o criterio de interpretación jurídico histórico y las distintas modalidades de aplicación de dicho criterio en la actualidad así como su estudio por la doctrina nacional. En la tercera parte se realizará un aproximación al concepto de estado constitucional de derecho y su influencia en la interpretación constitucional, así como también intentaremos determinar si el ordenamiento jurídico nacional ha sido o no constitucionalizado, todo para, en la última parte, efectuar un análisis de algunas de las sentencias más relevantes de los últimos años del Tribunal Constitucional y determinar, empíricamente, cómo se ha aplicado el criterio histórico en la interpretación de la Constitución nacional.

² CRUZ (2012), P. 60

CAPÍTULO I. EL MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

1. ACERCA DE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETRACIÓN JURÍDICA.

La interpretación jurídica es un caso especial de interpretación que se encuentra avocada a determinar el significado de una norma jurídica, con la consecuente modificación del orden jurídico y la eventual delimitación de las posibilidades de su aplicación³, constituyendo una operación lógico-jurídica mediante la cual se verifica el sentido que cobra el precepto interpretado, al ser confrontado con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad y, especialmente, ante ciertas normas que le son superiores o que sencillamente limitan su alcance, con relación a una hipótesis dada⁴.

Al interpretar, es decir, atribuir sentido a un texto, siempre se ha de tener en consideración las ambigüedades que la interpretación pueda plantear⁵, y que el sistema jurídico, doblemente indeterminado - ya (1) por la equivocidad de los textos normativos, en cuanto cada uno de ellos admite una pluralidad de interpretaciones y está sujeto a posibles desacuerdos interpretativos, o (2) por la vaguedad de sus normas, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos caerán dentro de su esfera de aplicación- dificulta de por sí el proceso de interpretación, por lo que será necesario utilizar ciertos métodos o técnicas, que no son más que el conjunto de razones que, dentro de una cultura jurídica determinada, se pueden ofrecer en favor de la interpretación⁶.

Así, se ha dicho que no puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, principalmente porque se exige que el orden jurídico positivo de solución a todo conflicto que se plantee, principio conocido como "postulado de la Plenitud Hermética", que consiste en suponer que en un conjunto de normas formuladas - las cuales están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, aplicadas - hay siempre una solución prevista, expresa o tácita, para cualquiera de las controversias que puedan plantearse. Sin embargo, la experiencia prueba que no es así. En efecto, la dinámica jurídica, en cuanto creación, funcionamiento e individualización del derecho, no se desarrolla como un proceso lógico. Las nuevas normas jurídicas, que reforman viejas instituciones o crean otras, no pueden ser entendidas como el resultado de un proceso deductivo, en el que se extraen nuevas consecuencias de las premisas ya asentadas en el orden jurídico. Las sentencias de los tribunales, así como las decisiones administrativas casi nunca pueden explicarse como "mera deducción lógica" de lo dicho en las normas generales pre-existentes⁷.

Las normas - Constitución, leyes, reglamentos- son generales y abstractos. En cambio las realidades sociales en las cuales se debe cumplir y aplicar las leyes son siempre particulares y concretas⁸.

En razón de ello, las causas de la interpretación jurídica se generan en la complejidad del Derecho y para afirmar la regulación jurídica de muchos supuestos de hecho -«decir el derecho» - hay que escoger la norma aplicable entre una pluralidad de ellas y especificar su contenido para que pueda tener efectos prácticos. Ya en este punto se muestra la necesidad de la interpretación, pues la identificación y selección de las normas relevantes y el paso de lo general a lo particular no pueden hacerse sin ella. Reconocer qué normas forman un ordenamiento jurídico en un momento dado, cuál es la relación entre ellas y su eventual jerarquía, o cómo y cuándo una solución normativa

³ HUERTA (2004), p. 442.

⁴ GARCÍA (2007), p.5.

⁵ VÉASE "LIFANTE VIDAL, ISABEL (2008): "LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA", EN ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Nº 25, PP. 275-278.

⁶ GUASTINI (2015), pp. 12-25.

⁷ CELIS (2001)

⁸ ARCE (1990), p. 29

se impone sobre otras o se extiende a casos imprevistos, entre otros muchos problemas, requiere aplicar criterios de demarcación del ámbito jurídico y de individuación, validez, vigencia temporal, aplicabilidad e implicación lógica de normas, los cuales tienen a menudo gran complejidad y exigen una labor interpretativa⁹.

También la imprecisión del lenguaje en que se comunica el derecho puede estar afecto a cualquier tipo de problema lingüístico, como son la oscuridad, la vaguedad o la ambigüedad, de sus términos, expresiones y sus construcciones sintácticas¹⁰, lo que pone de manifiesto la dificultad de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje formal y hace, de esta forma, necesaria su interpretación. Y, aunque casi nadie discute la necesidad de interpretar los textos jurídicos para despejar las ambigüedades y vaguedades allí donde las haya, sí se discute, en cambio, si los textos jurídicos son tan claros que no precisan interpretación, en el sentido de que no precisan otra que su lectura (*In claris non fit interpretatio*)¹¹.

Los desacuerdos sociales respecto a las funciones que debe cumplir el derecho y a los fines que debe perseguir impiden que su contenido resulte evidente, de tal manera que identificar las normas jurídicas y precisar su contenido requiere tomar posición sobre dilemas de la vida en sociedad¹². De la misma forma, la sociedad evoluciona respecto a sus estructuras organizativas, a sus ideas predominantes, a sus recursos materiales, etc., y la posibilidad de que se haya modificado el contexto en el que una disposición jurídica fue promulgada hace necesario interpretarla para asegurarse de que se entiende adecuadamente.¹³

Una cuestión que corresponde aclarar es que la interpretación no es una actividad residual, es decir, válida solamente para realizarse frente a normas especialmente oscuras o contradictorias, sino que es una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico, de tal forma que el brocado hermenéutico latino *in claris non fit interpretatio* no es hoy en día posible de sostener¹⁴.

Ahora, sin perjuicio de las distintas concepciones existentes acerca de cuál es el objeto de la interpretación jurídica, en la práctica, la cuestión fundamental es determinar si lo que se interpreta son normas o textos (disposiciones), aunque esta discusión pueda enmarcarse dentro de otras más importantes o fundamentales.

Una primera oposición enfrenta a (1) quienes vinculan interpretación y lenguaje, porque consideran que lo que se interpreta son solo signos lingüísticos (concepción 'lingüística'), y suelen indicar que el lenguaje, como producto cultural está sujeto al proceso histórico o evolutivo, de tal manera que, al realizar una tarea de interpretación jurídica, se debe contextualizar el objeto interpretado en ese proceso de origen y de evolución¹⁵, y (2) quienes creen que también fuera del lenguaje hay objetos con sentido susceptibles de interpretación, concepción 'cultural', que admite la interpretación de cualquier realidad que tenga significado en una cierta cultura humana¹⁶.

Una segunda oposición, más radical, enfrenta (a) a quienes entienden que la interpretación del derecho se ocupa de los sentidos o las ideas con relevancia jurídica; y (b) a quienes entienden que se ocupa de las realidades o hechos que portan esos sentidos. La primera concepción, que podemos llamar 'idealista', es la que puede hablar propiamente de interpretación de normas, entendidas estas como prescripciones (al modo de Kelsen, por ejemplo: como el sentido objetivo de un acto de voluntad que

⁹ MANTILLA (2009), pp. 538-546

¹⁰ HUERTA (2004), p. 445.

¹¹ RODRIGUEZ-TOUBES (2014), pp.320-321

¹² QUINTANA (2015), pp. 73-78.

¹³ RODRIGUEZ-TOUBES (2014), pp.321

¹⁴ Lorca

¹⁵ ROMERO (2014), p. 90.

¹⁶ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp.317

prescribe una conducta); o de interpretación de la cultura jurídica o del sentimiento o espíritu jurídico de un pueblo (el Volkgeist de Puchta y de Savigny); o de la interpretación de la voluntad de un legislador o de la intención de unos contratantes. La segunda concepción, que podemos llamar 'empirista' porque solo reconoce la interpretación de hechos y de cosas, particularmente de textos, es la que prefiere hablar de interpretación de disposiciones o de documentos normativos, y solo habla de 'interpretación de normas' en sentido figurado. Por hipótesis, aunque no necesariamente, la concepción empirista admite interpretar sucesos y conductas, y entre ellas las costumbres jurídicas¹⁷.

2. SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA. Las escuelas de interpretación jurídica hasta la escuela histórica.

Aún resueltas todas estas cuestiones, queda por responder a la pregunta acerca de cómo interpretar correctamente una norma, pregunta que ha recorrido toda la historia del derecho moderno. Así, en la época medieval, y estrechamente ligada al desarrollo de las primeras universidades europeas, la renovación jurídica llevada a cabo en el siglo XII por los glosadores de la Universidad de Bolognia, dará origen a una actividad interpretativa y creadora de jurisprudencia hasta mediados del S.XVI que será conocida como la *escuela de los glosadores*, quienes se preocuparon fundamentalmente por enseñar el derecho romano justiniano, convirtiéndolo en un derecho universitario¹⁸ y, luego, de *los comentaristas*¹⁹, quienes, en base al trabajo de los glosadores, se empeñaron, además, en adaptarlo a la práctica forense de su época, a esta corriente de interpretación del derecho romano se le conoce como *mos italicus*²⁰, mediante la actividad consistente en la "lectura" y explicación de los textos incluidos en dichas obras. Aquí, el texto es tomado en serio en todas sus particularidades, incluso aquellas locuciones que al moderno historiador del derecho le parecen irrelevantes, añadidas incluso ocasionalmente (los *obiter dicta*), fueron valoradas y utilizadas como argumentos generales. El comentario avanza en la interpretación de los textos incorporando a la explicación la misma glosa. El comentario de cada ley suele constar de los siguientes elementos (a) *divisio*, esquema del texto, (b) *summa*, resumen o visión general de su contenido; (c) *casus*, solución del caso hipotético contenido en la ley; *expositio litterae*: explicación del sentido literal de la ley; (d) *notabilia*: aspectos o puntos importantes de la ley que había que tener en cuenta; (e) *oppositioes*: objeciones al sentido expuesto o dificultades que plantea; .*quaestiones*: problemas jurídicos que podían tener alguna relación con el texto a explicar.

Los juristas, al examinar los textos, buscan en ellos la duplex interpretatio: en primer lugar la *ratio decidendi* del caso particular (esta decisión es aceptada como norma vinculante para un caso de este tipo; rige el principio de la subsunción); en segundo lugar se busca también el principio general contenido en el pasaje analizado, aplicable a otros casos. Estos principios generales se deducen uniendo pasajes a veces con circunstancias completamente diferentes. Así, por ejemplo, el principio "*communis error facit ius*" (importancia de la apariencia jurídica) Bártolo lo deduce uniendo pasajes muy diversos (D.1.14.3 pr.; C.6.23.1; C.4.28.2)²¹. Fue bajo esta escuela que se efectuó la distinción entre "tenor literal" - las palabras por medio de las cuales la ley se manifiesta externamente - y "sentido de la ley" - el pensamiento que el autor quiso expresar por

¹⁷ RODRIGUEZ-TOUBES (2014), pp.318

¹⁸ MORINEAU (2004) P. 190

¹⁹ CASINOS (2002), P.351

²⁰ MORINEAU (2004) P. 188

²¹ PÉREZ (1999), pp. 85-86

medio de esas palabras²² y la meta de la actividad interpretativa, para ellos, era la determinación del sentido de la ley²³.

Sin embargo, la búsqueda de las "*rationes legis*" llevó a los juristas a irse apartando cada vez más de la letra de la ley y de la glosa, buscando, por medio de la lógica aristotélica, una interpretación creativa de los textos romanos, orientada a la práctica, lo que, junto con el surgimiento del estado moderno y bajo la idea de un legislador racional que expresa en forma clara su pensamiento normativo a través de cuerpos legales exhaustivos y exentos de contradicciones²⁴ hizo surgir la *escuela de la exégesis* - expresión empleada para designar la obra de los comentaristas del Código Napoleón entre 1804 y 1904, en referencia tanto al método de interpretación como al respeto frente al texto, asuntos propios de la exégesis bíblica²⁵ - la cual predicaba

*"que la ley era la fuente única del derecho, por tanto, los aplicadores jurídicos debían limitarse a dicho espacio para cumplir con su función"*²⁶

de manera tal que el juez debía buscar la voluntad del legislador únicamente en el texto jurídico, transformándose, por tanto, en un mecánico operador del derecho cuyas palabras solo son la boca del legislador de tal manera que solo debe individualizar lo que este prescribe²⁷.

La exégesis, en el plano jurídico, fue fruto de una recepción de la exégesis teológica, especialmente católica, con la cual se esperaba entronizar al Estado y sus normas en forma similar a como Dios y sus testamentos fueron entronizados por la interpretación religiosa, siendo la primera escuela positivista que, encontrándose adjunta a un estado liberal de Derecho, fue legicentrista en el plano jurídico, es decir, tenía a la ley como centro del Derecho - aunque esta no implicó la exclusión de otras fuentes jurídicas, como la doctrinaria-, y estatista en lo político - y conllevó, igualmente, una visión de lo que debería ser el discurso académico-universitario del Derecho, la reproducción de la norma, en tanto que el doctrinario tanto como el juez letrado y el profesor de Derecho deben, con su inteligencia, desentrañar el sentido sabio y racional de la norma soberana para permitir su adecuada aplicación sin menoscabar su letra, su literalidad, lo que, por demás, supone que, en la exégesis, el jurista se concibió, en la práctica, como intérprete autorizado de la voluntad de la ley, que reemplazó a la voluntad general y dio un impulso crucial para la juridicación del Derecho²⁸.

Sin embargo, el interés por una nueva profundización de lo jurídico se manifiesta particularmente fecundo cuando, a lo largo del siglo XIX, el positivismo racionalista francés se ve confrontado radicalmente por el historicismo alemán. Empieza así a reconocerse que las fuentes del Derecho participan de la misma versatilidad que cualquier otro fenómeno social. El Derecho, además de texto legal, es costumbre, realización de una mentalidad común y permanente, es incluso sentimiento y emoción. El Derecho no es sólo razón, sino historia, globalización de las propias experiencias históricas de un pueblo que, como los demás -sobre todo como la Francia postrevolucionaria- pretende tomar conciencia de sí mismo²⁹.

²² SQUELLA (2000), p. 426

²³ GARCÍA (2007), p.10-11.

²⁴ SQUELLA (2000), p. 429.

²⁵ HALPÉRIN (2017), pp. 266.

²⁶ NIETO IBÁÑEZ (2003), CITADO POR FRANCISCO RIVAS SANDOVAL (2015).

²⁷ SILVA (2006), p. 332.

²⁸ BOTERO-BERNAL (2012), pp. 127-131.

²⁹ OPALEK (1973), pp. 226.

En esta confrontación se encuentra François Geny, quien realizó la primera crítica sistemática y contundente a la escuela exegética³⁰, rechazando el legalismo positivista de la escuela de la Exégesis e intentando elaborar un método de conocimiento de lo jurídico a partir de lo que, de razonable, ofrece la naturaleza y de lo que históricamente le ofrece la época en la que vive³¹ encabezando la denominada *escuela de la libre investigación científica*, la que se oponía a cualquier posibilidad de omnipotencia del legislador y de que toda solución a un conflicto encontrara siempre sustento en la ley, pretendiendo, a su vez, entregar al juez la posibilidad de colmar las lagunas jurídicas que se produjeran en virtud de la imprevisión del legislador³², razón por la cual, más que un método de interpretación, se ha entendido que lo propuesto por la escuela libre sería un mecanismo de integración de la ley en caso de lagunas, de tal manera que, a falta de ley que regule el caso en concreto y en los que ni la costumbre ni la doctrina ni los precedentes proporcionen al juzgador la solución, este debe integrar la ley atendiendo a cuatro tipos de datos, los reales, los históricos, los racionales y los ideales³³.

Lejos también de las ideas de la escuela exegética, se encontraba la llamada *escuela histórica*, la que, iniciada a comienzos del Siglo XIX, postulaba que el derecho es el producto de la cultura de un pueblo³⁴ y

“admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia” y que *“cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna”*³⁵.

Esta posición surge de la obra de Friedrich Karl Von Savigny *“System des heutigen römischen Rechts”* en la cual su autor señala que las reglas jurídicas expuestas por las distintas fuentes del derecho han de ser asimiladas por el intérprete y, aunque esta asimilación es susceptible de cumplirse de modos diversos, sin embargo, éste debe buscar un elemento común que se halle presente en todas ellas.³⁶

Para él la interpretación de la ley consiste en una operación intelectual que permite la reconstrucción del pensamiento expresado en una ley³⁷, y al ser obra de la ciencia jurídica deben, de acuerdo a paradigmas científicos, concebirse sus instrumentos, funciones y objetivos. Pero esta labor de hermenéutica no es privativa de la doctrina, sino que, con una mayor preponderancia, le corresponde al juez.³⁸

Savigny distingue entre una interpretación auténtica, fundada en la ley, una interpretación usual, basada en una costumbre arraigada, y una interpretación doctrinaria, que describe como una actividad libre o científica. Señala que en todos estos casos lo que se persigue es lograr el conocimiento del contenido de la ley y, para dar cumplimiento a este objetivo, ha de valerse el intérprete de distintos métodos interpretativos, distinguiendo cuatro: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, concluyendo que ellos pueden ser sintetizados en la vivencia que el intérprete logra de la actividad espiritual que dio origen a la expresión del pensamiento que tiene ante sí, afirmando, a renglón seguido, que también es requisito, para lograr la

³⁰ SQUELLA (2000) P. 432-433.

³¹ OPALEK (1973), PP. 230-231

³² RIVAS (2015), PP. 386.

³³ SQUELLA (2000), P.434.

³⁴ Cornejo (2006), p. 133.

³⁵ MORELLI (), PP. 77.

³⁶ LACLAU (2010), PP. 233-234.

³⁷ HUERTA (2004), P. 450.

³⁸ BARRÍA (2011), P. 259.

correcta interpretación, que tengamos una intuición del todo histórico-dogmático (die Anschauung des historisch- dogmatischen Ganzen) que permita poner al descubierto las relaciones de esa expresión particular con la totalidad dentro de la cual ella se inserta³⁹. Así, lo que nos indica Savigny es que toda interpretación radica en lograr la comprensión del texto y para ello es preciso reconstruir en nuestra mente los procesos mentales que operaban en la mente del autor de ese texto, la cual no difiere de la interpretación de todo otro pensamiento que se exprese a través del lenguaje, pero que, en el caso del derecho, reviste un carácter particular que se hace evidente al descomponerla en sus partes constitutivas, a través de los cuatro elementos antes señalados⁴⁰.

Es necesario tener en cuenta que en la época de Savigny el derecho era pensado como el producto a-histórico de la razón humana y dicho autor recordó que este tiene importantes componentes históricos y que se desenvuelve en la historia, fuera de la cual no puede ser explicado ni comprendido adecuadamente. Todo estudio a-histórico del derecho resulta así incapaz de brindar un conocimiento adecuado de este y toda propuesta jurídica que pretenda desvincularse de la historia será siempre imperfecta⁴¹.

3. EL MÉTODO O CRITERIO DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICO

Como es sabido, la formulación de un criterio metodológico para interpretar las leyes según un "elemento histórico" procede de Friedrich Karl von Savigny.

En el curso que impartió en 1802-1803 (con veintitrés años), Savigny presentaba el punto de vista histórico como uno de los componentes de la interpretación de la ley, señalando que:

*"Toda ley debe expresar un pensamiento en forma tal que valga como norma. Quien interprete, pues, una ley, debe analizar el pensamiento contenido en la ley, debe investigar el contenido de la ley. Interpretación es lo primero: reconstrucción del contenido de la ley. El intérprete debe colocarse en el punto de vista del legislador y producir así artificialmente su pensamiento. Esta interpretación no es posible sino por una triple composición de la tarea. La interpretación debe tener, por tanto, una constitución triple: lógica, gramática e histórica. Las dos primeras son consideradas como clases de interpretación, pero incorrectamente, pues todas deben estar así concebidas. Cada una debe tener (1) una parte lógica, que consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre sí. Es también la genética presentación del pensamiento en la ley. Pero el pensamiento debe ser expresado, por lo cual es preciso también que haya normas de lenguaje, y de ello surge (2) la parte gramática, una condición necesaria de la lógica. También se relaciona con la parte lógica (3) la parte histórica. La ley es dada en un momento determinado, a un pueblo determinado; es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. La presentación de la ley es sólo posible por la presentación del momento en que la ley existe"*⁴².

Al introducir el elemento histórico en la interpretación jurídica, Savigny pretendía romper la bipolaridad tradicional entre un enfoque metodológico "gramatical", que atendía a la literalidad del texto legal; y otro "lógico", que buscaba más bien su razón de ser, finalidad o espíritu, lo cual había llegado a identificarse con la voluntad o intención del legislador. Por tanto, lo que hoy conocemos como criterio histórico de la interpretación jurídica no es en su formulación original un método para indagar la intención del legislador. Por el

³⁹ LACLAU (2010), pp. 235-244

⁴⁰ LACLAU (2010), pp.238

⁴¹ MORELLI (), pp. 84.

⁴² VON SAVIGNY (1979), pp.12-13.

contrario, el joven Savigny rechaza expresamente el enfoque subjetivista de la interpretación común en su época:

"Se dice generalmente que en la intención todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece en la ley".

Si bien con el tiempo Savigny modificó su visión, este insiste en presentar la interpretación de la ley como una reconstrucción del pensamiento contenido en ella, encaminada hacia una investigación histórica del contexto cultural en que nació la ley. Así, señala que el método histórico

"tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer".

A Juicio de Savigny, el legislador no crea el Derecho mediante la ley, sino que lo recoge de una fuente espiritual o cultural previa, de manera tal que la interpretación jurídica no busca conocer el pensamiento del legislador (su intención) sino captar la idea misma del Derecho en la que se fundamenta la ley y, bajo estas condiciones, el criterio histórico no es una invitación a vislumbrar los motivos y objetivos del autor de la ley, sino una ayuda para reconocer la cultura jurídica que la subyace⁴³, poniendo de relieve el estado en que se encontraba la materia sobre la cual versa la ley en el momento en que ésta es sancionada: la ley actúa sobre la sociedad e introduce modificaciones en ésta, transformación que es puesta en evidencia por el elemento histórico⁴⁴.

Ahora, la Historia es uno de los puntos de vista o elementos que todo intérprete debería tener en cuenta, cualquiera que sea la teoría interpretativa por la que se guíe⁴⁵, de manera que tanto lo que el intérprete busque en la historia como los resultados que obtenga dependerán de la teoría que lo gobierne, pero esto no hace del criterio histórico una técnica excluyente de otras⁴⁶.

Asimismo, se debe tener presente que recurrir a la historia para interpretar el derecho es un criterio del que cabe valerse con argumentaciones distintas e incluso incompatibles y que desemboca en un argumento con que motivar la respuesta. Se diferencia así la argumentación jurídica, en cuanto técnica de interpretación, de las razones o argumentos que se aducen para justificar las soluciones interpretativas. Por ejemplo, tomando como premisas (a) que los debates parlamentarios previos a la aprobación de la ley son un indicador de lo que perseguía el legislador, y (b) que lo que perseguía el legislador determina el significado buscado, el intérprete puede construir un "argumento histórico" para atribuir a la disposición el significado que a su entender se desprende de esos debates. De esta forma, un argumento histórico –una justificación resultante de un

⁴³ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp.603

⁴⁴ LACLAU (2010), p. 238.

⁴⁵ NO ES DABLE CONFUNDIR ENTRE TEORÍA INTERPRETATIVA Y CRITERIO O ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN. EN EFECTO, LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS SON LOS ELEMENTOS EN LOS QUE PUEDE (Y DEBE) BASARSE EL INTÉRPRETE, Y SON DIFERENTES DE LAS DIRECTRICES, PAUTAS O CÁNONES QUE PUEDEN (Y DEBEN) GUIAR SU ACTIVIDAD INTERPRETATIVA. LAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DISCUTEN LA FORMA EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD Y SE ALCANZA EL RESULTADO. EN GENERAL, LAS TEORÍAS COGNOSCITIVISTAS TRATAN DE LA CONSTATAción DE UN SIGNIFICADO, LO CUAL PUEDE CONSISTIR O BIEN EN SU CAPTACIÓN O APREHENSión INTUITIVA O BIEN EN SU ELUCIDACIÓN O CONSTRUCCIÓN RACIONAL. EN CONTRASTE, SE ENCUENTRAN LAS TEORÍAS ESCÉPTICAS QUE TRATAN DE LA ADSCRIPCIÓN DE UN SIGNIFICADO, LO CUAL PUEDE CONSISTIR O BIEN EN UNA DECISIÓN QUE SELECCIONA ENTRE POSIBLES OPCIONES INTERPRETATIVAS O BIEN EN LA CREACIÓN DE UN NUEVO SIGNIFICADO.

LAS TEORÍAS NORMATIVAS, SON AQUELLAS QUE TRATAN DE LIGAR LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA CON UN PATRÓN DE RACIONALIDAD PRÁCTICA, EN QUE, DESLIGADA LA INTERPRETACIÓN DE TÉRMINOS ESTRICTOS DE VERDAD, SE PUEDE DIFERENCIAR SUS RESULTADOS POR EL GRADO DE RACIONALIDAD QUE PERMITAN OTORGAR AL JUEZ CRITERIOS DE CORRECTA INTERPRETACIÓN Y PROPORCIONAR PARÁMETROS PARA EL ENJUICIAMIENTO NO MERAMENTE SUBJETIVO O CAPRICHOSO DE SU LABOR. TENEMOS AQUÍ, ENTRE OTRAS, LA DOCTRINA ESTÁNDAR DE LA INTERPRETACIÓN, LA HERMENÉUTICA NO GADAMERIANA Y LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. (RODRIGUEZ-TOUBES [2014])

⁴⁶ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp. 605-606.

razonamiento basado en datos históricos- no debe confundirse con el criterio o punto de vista histórico, que es valorativamente neutro y simplemente incorpora los datos históricos en la interpretación. Con esta distinción evitamos vincular de forma innecesaria y equívoca los elementos en los que debe fijarse el intérprete con las técnicas y las doctrinas particulares que les aplica⁴⁷.

4. EL MÉTODO HISTÓRICO COMO MÉTODO TRADICIONAL DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA.

En la comunidad jurídica chilena, las técnicas o métodos de interpretación son variados, aunque no confusos, sin embargo, la ambigüedad de los textos normativos y la posibilidad de atribuir diferentes significados derivados de diferentes normas a partir de un mismo texto, es un fenómeno bastante frecuente y, aunque existan acuerdos individuales sobre qué significado atribuir a cada disposición, no parece que estos puedan ser explicados, de manera general, como el producto de la adopción y aplicación de una misma doctrina acerca de la interpretación, es decir, no hay ninguna doctrina sobre la correcta interpretación en Chile⁴⁸, lo que se reflejará a continuación al revisar a los tratadistas nacionales más relevantes.

El elemento histórico ha sido desarrollado por los tratadistas y la jurisprudencia chilena en relación con la interpretación de la ley y las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil (artículos 19 a 24), las cuales reflejan una cuestión metodológica que siempre ha estado presente en la historia de su formulación y traza, como siempre, una vía que debe transitar el entendimiento para alcanzar un fin determinado, constituyéndose en una fórmula destinada a regir la actividad cognoscitiva que tiene lugar en las leyes humanas⁴⁹ y que en el derecho chileno están contenidas en el párrafo cuarto del Título Preliminar del Código Civil, origen de nuestro sistema de interpretación. Y es precisamente el inciso 2º del artículo 19 el que, según los tratadistas y la jurisprudencia, se refiere a dicho elemento, al expresar *"Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento"*.

Entre los juristas más destacados en nuestro país, debemos señalar a Luis Claro Solar, frecuentemente citado por otros juristas así como por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Claro Solar, adscribiendo al pensamiento de Savigny, señala que la interpretación es *"la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley"* y distingue, en la interpretación de las leyes, cuatro elementos, el gramatical, lógico, histórico y sistemático. Sin embargo, indica que *"estos diversos elementos no son cuatro clases distintas de interpretación, entre las cuales se puede elegir según el gusto o capricho de cada cual "*, sino que se trata de *"cuatro operaciones diversas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley"*⁵⁰.

Estos cuatro elementos que tomó de Savigny serán acogidos rápidamente y mantenidos hasta la actualidad, dado que, en general, la doctrina y la jurisprudencia razonan en los términos de dichos elementos⁵¹, como se verá a continuación.

⁴⁷ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp.601.

⁴⁸ NUÑEZ (2016), pp.131-132

⁴⁹ QUINTANA (2016), p. 46.

⁵⁰ CLARO SOLAR (1942), p. 121.

⁵¹ QUINTANA (2006), p. 132.

Según Claro Solar el elemento histórico, *"tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley, para precisar el cambio introducido en la legislación por la ley interpretada"*⁵².

Tanto Antonio Vodanovic⁵³ y Arturo Alessandri, al referirse a los elementos de la interpretación, hacen referencia a Savigny y señala que este *"distingue cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático"*⁵⁴.

Respecto al elemento histórico, indican que *"tiene por objeto la indagación del estado existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar. Si consideramos que todas las instituciones del presente llevan gérmenes de las del pasado, podemos comprender el valor del elemento que nos ocupa. La búsqueda de los antepasados de la ley, si así pudiéramos decir, nos permitiría precisar las analogías y diferencias de ayer con respecto a la de hoy, descubriéndose así el sentido de esta última.*

*El conocimiento de los antecedentes o de la historia del establecimiento de la ley, que es el que resulta de los proyectos, actas de comisiones legislativas, debates en las cámaras, preámbulos y exposición de motivos con que se acompañan los proyectos, tiene por lo general apreciable valor porque trasunta el pensamiento legislativo"*⁵⁵.

Sin embargo, para estos autores, estos elementos se clasifican en dos, la interpretación gramatical, que tiene por objeto el elemento gramatical, y la interpretación lógica, que contiene a los otros tres elementos. Esta clasificación está determinada en virtud de si el sentido de la ley es claro u obscuro. Antes de seguir avanzando en este punto es necesario aclarar que existen dos dualidades contra las cuales siempre se ha enfrentado el mundo de la interpretación jurídica, la primera, la dualidad intención-espíritu, y la segunda, la dualidad claro-oscuro.

Respecto a la dualidad intención y espíritu se ha señalado, según parte de la doctrina, que ambos son elementos que conducirían a un mismo resultado y según otros, que estaríamos tratando con elementos completamente distintos. Sin embargo, cualquiera sea la doctrina elegida, existen serias dificultades para establecer cuál sería la interpretación conforme a la supuesta intención del legislador, ya sea porque las leyes son aprobadas por entes colectivos o colegiados (y, aunque se diga que estos pueden tener una intención común, esta también sería difícil de determinar, básicamente porque en las democracias se producen fenómenos como el voto de intercambio, desconocimientos sobre lo que se está aprobando, etc.) y, por último, porque el término intención puede significar al menos dos cosas diferentes (i) la voluntad de incorporar al ordenamiento una norma y (ii) la voluntad de alcanzar determinados resultados prácticos, por lo que la determinación de la intención a elegir es difícil, cuando no imposible de verificar, problema que es común a la mayoría de las ciencias sociales⁵⁶. Respecto al espíritu, si fuera algo distinto de la intención, sería necesario establecer qué es, y si este hiciera referencia a las razones que servirían para justificar, más allá de su autor, la presencia de una norma, habría que tener en consideración que diferentes sujetos pueden realizar diferentes reconstrucciones sobre la razón de una norma, por lo que mal podría existir un criterio para elegir entre ellas⁵⁷.

Sin perjuicio de la discusión de los tratadistas, lo cierto es que no está claro cuando se puede recurrir a la intención o espíritu de la ley, puesto que no existe acuerdo acerca de

⁵² CLARO SOLAR (1942), p. 121.

⁵³ VODANOVIC, p.101.

⁵⁴ ALESSANDRI (AL IGUAL QUE CLARO SOLAR), HACE REFERENCIA AL LIBRO "SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL", TRADUCIDO AL FRANCÉS POR GUENOUX Y VERTIDO AL CASTELLANO POR MESÍAS Y POLEY EN 1878.

⁵⁵ ALESSANDRI (1998), p. 174.

⁵⁶ NÚÑEZ (2016), pp. 145-146.

⁵⁷ NÚÑEZ (2016), pp. 146-147.

cuándo un significado es oscuro dado que los contornos de la zona de vaguedad también lo son.

Esto está directamente relacionado con la otra dualidad que se presenta en el pensamiento jurídico moderno y también, por supuesto, en el pensamiento nacional, que es la dualidad claro-oscuro.

La doctrina de la claridad fue presentada por Descartes y buscaba garantizar la búsqueda del conocimiento cierto y verdadero, y en materia de interpretación, significa que el intérprete conoce con certeza, fuera de toda duda, el significado "auténtico" que tiene la ley y que su autor, el legislador, instaló en ella. La oscuridad, a su vez, aunque constituye un grado inferior a la certeza, se situó como opuesta a la claridad y equivalente a la imposibilidad de distinguir el objeto⁵⁸.

Entonces, de acuerdo a los tratadistas nacionales, seguidores de la doctrina establecida por Claro Solar, la ley siempre debe ser interpretada, sin embargo, cuando la ley es clara, solamente se ocupará el elemento gramatical y si la ley es oscura, entonces se ocupan, para su interpretación el elemento histórico, sistemático y lógico.

Aquí ya vislumbramos las diferencias entre la doctrina de la escuela histórica establecida por Savigny y la establecida por la doctrina nacional.

La primera es que la escuela histórica postula solo 3 elementos de interpretación a ser usados, el lógico, el histórico y el gramatical.

La segunda es que dichos métodos siempre se ocupan para interpretar la norma, y sobre todo le método histórico. En efecto, como señalamos, la introducción del método histórico tienen por objeto "el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer", de tal manera que este siempre debe ser ocupado para interpretar una norma, de tal manera que para la escuela histórica la interpretación no constituye una actividad residual que se realiza frente a normas especialmente oscuras o contradictorias, sino que es una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico. Es cierto que Claro Solar no señala que la ley no debe interpretarse, sino que al contrario, establece que esta debe interpretarse siempre, pero con una salvedad, cual es que siendo una ley clara se utilizará para su interpretación únicamente el elemento gramatical, sin embargo, dicha posibilidad no es compatible con la doctrina de la escuela histórica, pues, como estudiamos, esta nació como una oposición a la exégesis o la interpretación literal de las normas.

En la actualidad es Agustín Squella quien, referirse al método histórico, distingue entre elemento histórico en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, el elemento histórico es aquél que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo para ello a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Dicha historia se ve reflejada, documentalmente, en cada una de las fases o etapas del proceso de formación de la ley, en especial en el texto del correspondiente mensaje o moción y en las actas en que se hubiere dejado constancia de las discusiones habidas al interior del órgano legislativo con ocasión de la tramitación del respectivo proyecto de ley⁵⁹. Este elemento parte de la base "que toda ley tiene una historia que es posible de ser reconstruida a partir de distintos documentos que dan cuenta de su respectivo proceso de formación". Ahora, en sentido amplio "este elemento alcanzaría también a la identificación y ponderación de las circunstancias sociales, o de cualquier otro orden, que existían al momento de aprobarse la ley y que puedan haber ejercido influencia en el contenido y objetivos de esta. Este elemento opera sobre la base de reconocer que el estado general del derecho al momento de aprobarse la ley que se trata de interpretar,

⁵⁸ QUINTANA (2016), pp. 94-100.

⁵⁹ SQUELLA (2000), p.409.

así como las fuentes materiales que sea posible identificar en el origen de esta, constituyen datos relevantes al momento de tener que acordar a dicha ley un determinado sentido y alcance”⁶⁰, que es precisamente el sentido en que debería aplicarse el elemento histórico.

Siguiendo, entonces, con el texto del inciso segundo del artículo 19º del Código Civil, algunos tratadistas nacionales, entre ellos, Carlos Ducci, señalan que al recurrir a su intención o espíritu lo que se pretende es establecer la finalidad de la ley, su *ratio iuris* y no la causa o motivo de ella (*ocassio legis*). Asimismo, cuando hace referencia a “expresión”, se está refiriendo al contenido conceptual de la disposición, más que al sentido de término o palabra, puesto que, al entenderlos de otra forma, el elemento histórico sólo podría emplearse para fijar el significado de un término y no el sentido de la disposición⁶¹.

De tal manera, señala, dicho precepto autoriza a que, frente a un sentido oscuro de la ley, recurramos a su intención o espíritu, entendiendo este como la determinación de su voluntad en relación a un fin, la cual considera Ducci un concepto absolutamente objetivo y lo que debe buscarse, entonces, es la finalidad claramente manifestada en la propia ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento, expresión que utiliza para determinar el método histórico, el cual está constituido por la discusión habida en el congreso al tiempo de tratarse el proyecto, los informes de las comisiones respectivas, etc. Señala, sin embargo, que se recurre a ella para determinar la razón o espíritu objetivo de la ley y no la intención subjetiva del legislador, más aún si se tiene en cuenta lo señalado por el artículo 24 del Código Civil, al considerar que se debe realizar una interpretación de la ley “del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación”, lo que claramente “no da cabida alguna a la búsqueda de una voluntad del legislador”⁶².

Según Guzmán Brito, al hablarse del espíritu de la ley, se está refiriendo a la *ratio legis*, es decir, la razón de la ley, que es la razón suficiente de la misma, en cuanto explica haber sido emitida bajo la fórmula en que lo fue, lo que no es similar a la intención de la ley, la cual asimila a la “voluntad” o ánimo” del legislador⁶³, que deben estar claramente manifestados en la ley o en la historia fidedigna de su establecimiento. Dicha manifestación puede ser expresa o tácita (dado que lo que está manifestado no se dice necesariamente estar expresado), exigiendo, por tanto que la intención o espíritu de la norma sean patentes, evidentes, palmarios, notorios, ostensibles y perspicuos, y deben constar en ella misma, es decir, en la ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento (no habla Guzman de un elemento histórico), la cual debe ser digna de toda fe, señalando, como ejemplos, la relación de los debates ocurridos en el cuerpo legislativo al tiempo de discutirse el proyecto, el texto del mensaje, las mociones, actas de sesiones de las comisiones que suelen elaborar los proyectos, etc.⁶⁴.

Pareciera no existir discrepancia en cuanto a que la expresión “historia fidedigna de su establecimiento” hace referencia a los instrumentos utilizados para establecer la intención y/o espíritu de la ley, sin embargo, no es claro si puede referirse a cualquier otro documento o información histórica que tengamos. De partida está claro que este debe ser fiable, si se pretende incluir, surgiendo a la dificultad de determinar cuándo lo es⁶⁵.

Es dable señalar que entre los materiales jurídicos del registro histórico relevantes para el intérprete destacan los (1) precedentes legislativos, (2) los materiales prelegislativos y (3) las explicaciones legislativas, así como (4) los pronunciamientos judiciales y (5)

⁶⁰ SQUELLA (2000), P. 410.

⁶¹ DUCCI, PP.121-122.

⁶² DUCCI, PP. 125-128.

⁶³ GUZMÁN PP.92-100.

⁶⁴ GUZMÁN PP.101-105.

⁶⁵ NÚÑEZ (2016), P. 148.

los trabajos doctrinales. La Legislación, la jurisprudencia y la doctrina informan la interpretación tanto a través del criterio sistemático como a través del criterio histórico, y en ocasiones sin solución de continuidad. Sin perjuicio de que las fuentes jurídicas históricas son especialmente útiles para interpretar la Legislación antigua, no cualquier referencia a las fuentes jurídicas del pasado cuenta como aplicación del criterio histórico, sino solamente aquel registro histórico invocado para arrojar luz sobre el significado de una disposición actual. Algunas sentencias hacen referencias a Derecho antiguo sin aportar a la argumentación nada más (y nada menos) que una ilustración histórica sin consecuencias interpretativas; y en ese caso no sirven de ejemplo de empleo del criterio histórico en los estudios sobre la interpretación jurídica⁶⁶.

Los materiales pre legislativos o trabajos preparatorios, documentos producidos en el curso de la elaboración de la ley y que acreditan las actividades y las discusiones que tuvieron lugar durante ese procedimiento, una vez promulgada la ley a la que se destinan, sirven de fuentes informativas para precisar su contenido, porque –se alegan pistas sobre los fines que con ella perseguía su autor. Son los borradores, anteproyectos, proyectos de ley y proposiciones de ley; los informes y dictámenes que emitieron sobre el proyecto los letrados y servicios jurídicos y los órganos consultivos a los que se pidió opinión; los diarios de sesiones y las actas de las reuniones de las asambleas legislativas donde constan las propuestas y enmiendas debatidas y los argumentos presentados en comisiones o plenos; y en general cualquier documento que forme parte o dé constancia del iter legislativo⁶⁷. Lo mismo sucede con las exposiciones de motivos y las explicaciones que se elaboran durante la tramitación de los textos legales pueden ser aprobadas junto a ellas, en su versión inicial o modificadas, porque si bien el legislador no está obligado a exponer sus motivos en las leyes que aprueba, cuando lo hace, sus explicaciones tienen interés para interpretar el texto dispositivo al que se refieren, pues son un medio bastante fiable de conocer su intención y de aclarar el significado de preceptos indeterminados. Por supuesto, el interés interpretativo de estas explicaciones legislativas complementarias dependerá de su precisión y detalle, que suele ser mayor en las disposiciones con fines específicos. En la jurisprudencia hay abundantes ejemplos de recurso a los preámbulos y a las exposiciones de motivos de las leyes como argumento para sostener o reforzar una interpretación, sin embargo, esta utilización no suele ser propiamente un ejemplo de aplicación del criterio histórico, por cuanto lo que sirve de apoyo a la interpretación tiene la misma fecha que lo interpretado⁶⁸.

De tal manera que, y así ha quedado establecido hasta el día de hoy, el elemento histórico se ha reducido al estudio de la historia fidedigna de su establecimiento que se confunde con el estudio de actas legislativas, mensajes, etc., por lo que dicho método nunca fue aplicado en los términos en que, efectivamente, estableció la escuela histórica. Luego de todo lo indicado, y llegado a este punto, cabe preguntarse si solamente la referencia del Código a “la historia fidedigna de su establecimiento” es la sentencia que nos permite establecer el elemento histórico como método de interpretación de las leyes en la legislación nacional. Al respecto, sería conveniente destacar, además, que el primer inciso del artículo 22 del Código Civil nos indica que “*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”. ¿Qué entendemos entonces por “contexto de la ley”? Dicha expresión podría ser interpretada de varias maneras, y entre ellas, podría ser considerada como una remisión al criterio histórico, pudiendo referirse a las condiciones sociales en las que se aprobó el texto normativo y a los objetivos que el legislador intentaba alcanzar, es decir, no significaría texto lingüístico, sino contexto

⁶⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES (2013), pp. 612-613.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-TOUBES (2013), pp. 613-614.

⁶⁸ RODRÍGUEZ-TOUBES (2013), pp. 615-617

social de aprobación de la ley, a las circunstancias políticas en que se aprobó⁶⁹. De cualquier forma, en la doctrina nacional esta discusión apenas es planteada.

Sin perjuicio de la gran influencia que tuvo el método de interpretación de Savigny, con el pasar del tiempo se ha ido imponiendo en la doctrina la conciencia del papel creativo del juez, atendiendo la particularidad que en el ordenamiento jurídico hay muchos más vacíos que normas resolutorias, lo que da lugar a una enorme gama de significaciones y formaciones de distintas escuelas y metodologías de interpretación, modificándose también la visión que se tiene del método histórico, a lo cual nos referiremos a continuación.

CAPÍTULO II. EL METODO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DESDE EL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.

Desde la segunda mitad del siglo XX, se ha consolidado, en el derecho continental, una práctica jurídica y política que algunos han llamado "constitucionalista" o "Neo constitucionalismo"⁷⁰, la cual ha generado un nuevo paradigma jurídico que se caracteriza, en primer lugar, por la importancia entregada a los principios⁷¹, además de las reglas, para comprender la estructura y funcionamiento del sistema jurídico⁷², en segundo lugar, por la importancia del derecho como una realidad dinámica, no siendo solo un conjunto de normas, sino también una práctica social compleja que incluye normas, procedimientos, valores, acciones, etc.⁷³ y, por último, por encontrarse enfocado principalmente en la lógica, el discurso moral práctico, la argumentación jurídica⁷⁴, la jurisprudencia⁷⁵ y la teoría del discurso, con el objeto de justificar racionalmente las decisiones de los jueces, como característica esencial de una sociedad democrática⁷⁶.

En virtud de esto, la interpretación ha dejado de ser analizada solo como una mera precisión del significado de las palabras sino como una actividad reconstructiva, es decir, como una actividad valorativa⁷⁷, encarnada en la protección de derechos y libertades fundamentales⁷⁸.

Para entender este cambio de paradigma, es necesario recordar que el estado legal de derecho, tal como se le conoce en la época moderna, nació en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVII y XIX y tiene un origen claramente liberal, en el cual se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista y cuya tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, así como la promoción del bienestar individual y, de esa manera, conformar su carácter como "ente común" (*res publica*)⁷⁹, reconociendo su

⁶⁹ NÚÑEZ (2016), p. 152.

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS (2001), pp.210

⁷¹ EHMKE (2008), pp.9

⁷² PACHANO (2002), pp.77-79

⁷³ LIFANTE (2008), pp.275-276

⁷⁴ ATIENZA (2015), pp.

⁷⁵ DÍAZ (2008), pp.10-15

⁷⁶ ARCOS (2002), pp.197

⁷⁷ LIFANTE (2008), pp. 277

⁷⁸ AGUILERA (2005), pp. 22

⁷⁹ VILLAR (2007), pp.73-74.

fundamento en la doctrina del derecho natural racional, lo que no debe entenderse, en su origen, como la sujeción del Estado al derecho estatal, sino al derecho supra-positivo, permanente y universal que emana de la razón.^{80 81.}

Este estado legal de derecho, arraigado en una concepción iusnaturalista del derecho constituyó, en un comienzo, "una concepción material del Estado de derecho", basada en una noción de justicia y fuertemente impregnada de la ideología liberal de la burguesía revolucionaria⁸². Sin embargo, dicho concepto de Estado, influenciado principalmente por el predominio del positivismo jurídico en la ciencia del derecho desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo xx, fue desplazado por una idea formal del Estado de derecho, para la cual ya no cuenta el fin y contenido del Estado, sino que lo reduce exclusivamente a sus principios formales, tales como los postulados de "legalidad de la Administración, prelación y reserva legal, primacía de la ley formal y la protección del derecho de la Administración mediante tribunales independientes⁸³, quedando reducido a un "Estado de leyes", a través de un concepto puramente formal, cuya principal preocupación se encuentra en la seguridad jurídica y la previsibilidad y control de la acción del Estado, partiendo de la presunción de la ley como la máxima expresión de la voluntad y de la soberanía estatal.

En ese estado legal del derecho, de carácter formal, la única fuente de derecho es la ley, la cual determinaba la autoridad y la estructura del poder⁸⁴, de tal manera que el intérprete jurídico operaba solamente respecto de la ley y cualquier reconocimiento a otra fuente lo era como subordinada a la que ostentaba la máxima jerarquía, y estas eran utilizadas únicamente para desentrañar su sentido y contenido y en el cual no cabe el control jurisdiccional de la constitución⁸⁵.

En este estado, el trabajo del intérprete era buscar las respuestas que se encontraban en la ley, de tal manera que no podía apartarse del "sentido de la ley" sin cometer prevaricación. Un ejemplo claro de esa forma de pensamiento, aun arraigada en la doctrina actual (y más aún en la doctrina y jurisprudencia chilena) es la confesión del profesor Bugnet en cuanto señalaba que no enseñaba derecho civil, sino que enseñaba el Código de Napoleón, así como también la célebre definición de interpretación de Savigny como "reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley⁸⁶.

⁸⁰ MARSHALL (2010), p. 187.

⁸¹ LA VERSIÓN MÁS INFLUYENTE DE ESTA FUNDAMENTACIÓN, DENTRO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL ES LA DE KANT, QUIEN CONSIDERA QUE PARA LA CONSTITUCIÓN DE UN ESTADO SEGÚN LOS PRINCIPIOS DE LA RAZÓN ES NECESARIO EL RESPETO DE CIERTOS PRINCIPIOS, A SABER (I) LA LIBERTAD HUMANA, QUE KANT EXPRESA MEDIANTE LA FÓRMULA "NADIE ME PUEDE OBLIGAR A SER FELIZ A SU MODO, SINO QUE ES LÍCITO A CADA UNO BUSCAR SU FELICIDAD POR EL CAMINO QUE MEJOR LE PAREZCA, SIEMPRE Y CUANDO NO CAUSE PERJUICIO A LA LIBERTAD DE LOS DEMÁS PARA PRETENDER UN FIN SEMEJANTE, LIBERTAD QUE PUEDE COEXISTIR CON LA LIBERTAD DE TODOS SEGÚN UNA POSIBLE LEY UNIVERSAL";.(II) LA IGUALDAD JURÍDICA, QUE PUEDE FORMULARSE ASÍ "CADA MIEMBRO DE LA COMUNIDAD TIENE DERECHOS DE COACCIÓN FRENTE A CUALQUIER OTRO (...). POR TODO CUANTO EN UN ESTADO SE HALLE BAJO LEYES DE COACCIÓN LO MISMO QUE TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD (...). A CADA MIEMBRO DE LA COMUNIDAD LE HA DE SER LÍCITO ALCANZAR DENTRO DE ELLA UNA POSICIÓN DE CUALQUIER NIVEL HASTA EL QUE PUEDAN LLEVARLE SU TALENTO, SU APLICACIÓN Y SU SUERTE. Y NO ES LÍCITO QUE LOS CO SÚBDITOS LE CIERREN EL PASO MERCED A UNA PRERROGATIVA HEREDITARIA, MANTENIÉNDOLE ETERNAMENTE, A ÉL Y SU DESCENDENCIA, EN UNA POSICIÓN INFERIOR". (III) FINALMENTE, KANT PROPONE LA IDEA DE AUTO-LEGISLACIÓN PÚBLICA "(...) UNA LEY PÚBLICA, QUE DETERMINA PARA TODOS LO QUE LES DEBE ESTAR JURÍDICAMENTE PERMITIDO O PROHIBIDO, ES UN ACTO DE UNA VOLUNTAD PÚBLICA, DE LA CUAL PRECEDE TODO DERECHO, Y POR TANTO, NO HA DE COMETER INJUSTICIA CONTRA NADIE. MÁS, A ESTE RESPECTO, TAL VOLUNTAD NO PUEDE SER SINO LA VOLUNTAD DEL PUEBLO ENTERO (YA QUE TODOS DECIDEN SOBRE TODOS Y CADA UNO SOBRE SÍ MISMO), PUES SÓLO CONTRA SÍ MISMO/NADIE PUEDE COMETER INJUSTICIA, MIENTRAS QUE, TRATÁNDOSE DE OTRO DISTINTO DE UNO MISMO, LA MERA VOLUNTAD DE ÉSTE NO PUEDE DECIDIR SOBRE UNO MISMO NADA QUE PUDIERA SER JUSTO" (MARSHALL, PP. 188-189).

⁸² VILLAR (2010), p. 74-75.

⁸³ VILLAR (2010), pp. 75.

⁸⁴ ÁVILA (2009), p. 777.

⁸⁵ ÁVILA (2009), p. 786.

⁸⁶ VIGO (2012), p. 193-194.

Respecto a la interpretación constitucional, el concepto de supremacía de la ley llevó a extender las reglas generales de la hermenéutica jurídica al campo constitucional, es decir, incorporar al Derecho Constitucional las reglas y los principios de interpretación propios de la ley⁸⁷, desconociendo que la Constitución, en cuanto norma, es distinta a la ley, por lo que la interpretación constitucional no podría realizarse bajo las mismas reglas que aquellas establecidas para la interpretación legal⁸⁸.

El estado legal de derecho fue un modelo exitoso que imperó - y en algunos casos sigue imperando - casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta luego de finalizada la segunda guerra mundial. Sin embargo, este estado legal comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica—, debido el impacto del totalitarismo nazi y su desenlace, el que fue decisivo en el cambio de la historia institucional Europea y marca una nueva etapa en el derecho, reflejado, por ejemplo, en testimonios como los de Radbruch, en cuyos escritos posteriores a su retorno a Alemania luego de la caída del nazismo, pueden leerse las acusaciones al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia de los juristas y la necesidad de incluir en el análisis de validez jurídica la dimensión ética de manera que frente a la "injusticia extrema" ya no había derecho ("extremes Unrecht ist kein Recht") .

Frente a la crisis del Estado Legal de Derecho, comienza su sustitución por lo que se conocerá como Estado Constitucional de Derechos, cuya formación teórica y práctica – aun no consolidada- empieza al finalizar la segunda guerra mundial, y con ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978)⁸⁹, la cual exigiría la existencia de una constitución formal, rígida – es decir, en que las formalidades de reforma constitucional no pueden asemejarse a las del procedimiento legislativo, pues ellos provocarían no solamente la inexistencia de control de constitucionalidad sino que también confundiría al poder constituyente y a los poderes constituidos de forma que una ley inconstitucional no solo no podría ser expulsada del ordenamiento jurídico sino que estaría reformando la constitución⁹⁰-, y un sistema político que reuniera algunas características específicas, entre las cuales destaca, en primer lugar, el que la Constitución deba responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, mediante la imitación del poder político y la garantía de los derechos, siendo, por tanto, Constituciones constitutivas y regulativas (esos valores y fines se han incorporado a las constituciones en forma de derechos y principios liberales y del Estado social, comprometidos con la erradicación del autoritarismo y de la exclusión social) y, en segundo lugar, que esa constitución formal responda a los parámetros normativos del constitucionalismo en cuanto tiene que ser, además, comúnmente practicada, en el sentido de que tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que puede ser considerada como su norma fundamental y, por lo tanto, que juega un papel central en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico.⁹¹

El estado constitucional de derechos, sin embargo, no será solo aquel que consagre la primacía de la constitución, su reserva y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que también lo será aquél que establezca un marco jurídico político de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, cuyos principios, valores deben servir de guía para que los poderes públicos implementen las políticas públicas necesarias para que estos se promuevan y respeten⁹².

⁸⁷ PACHANO (2002), pp.78

⁸⁸ ARIAS (2015), pp.76

⁸⁹ GIL (2011), pp.50-51

⁹⁰ ARIAS (2013), p.254.

⁹¹ LIFANTE (2008), pp. 266-267.

⁹² BELLOSO (2014), p.147.

El advenimiento de este Estado Constitucional de derechos significará también un cambio en la teoría constitucional actual, en permanente construcción, la cual postula que la Constitución ya no puede ser entendida solamente como un programa de intenciones políticas, debiendo superarse así la concepción positivista que arrastró durante todo el Siglo XIX y parte del XX, para transformarse en el orden jurídico fundamental de la sociedad, en el cual se contienen no solo la organización política de una comunidad, sino que previene los procedimientos para resolver los conflictos dentro de ella, crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto⁹³. Se habla entonces de un estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico y de un constitucionalismo, en cuanto teoría que pretende dar cuenta de ese fenómeno.

Así, este nuevo constitucionalismo tendría, como rasgos sobresalientes, más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, una omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y la coexistencia de una constelación plural de valores y que se encuentra integrado, de forma necesaria e ineludible con los derechos fundamentales y que se diferencia del estado de derecho en cuanto se produce un desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, un desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la Constitución y también un desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad⁹⁴.

De esta forma, bajo este nuevo paradigma, la revalorización del texto constitucional, derivada de la nueva visualización de los derechos fundamentales, superaría su formulación escrita, impulsando un nuevo debate en relación a los valores y principios reconocidos por el texto constitucional⁹⁵, en el cual encuentran legitimidad sus afirmaciones escritas⁹⁶ y que, para su determinación, requiere una hermenéutica particular de interpretación, colocando al juez constitucional como un elemento central de las transformaciones del derecho contemporáneo⁹⁷, el cual ya no se identifica exclusivamente con el principio de legalidad⁹⁸. Es así como la interpretación constitucional está en el núcleo del Derecho constitucional puesto que de ella depende, gran medida, la garantía de los derechos, y la determinación de las formulaciones legales o las prácticas sociales, de tal manera que, para su aplicación, es necesario saber qué son los derechos y cómo se accede al conocimiento del Derecho o, en otras palabras, cuál es la función de la interpretación para el conocimiento de este. De esta manera, el surgimiento de la interpretación como eje de las discusiones ius-filosóficas tiene una relación directa con cuestiones de epistemología jurídica, pues desde el fracaso de los métodos formalistas decimonónicos para aprehender y explicar lo jurídico se ha

⁹³ PALACIOS/CASTELLANOS (2007), pp. 731-732.

⁹⁴ AGUILERA (2005), p.20-24.

⁹⁵ EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SE HA PRONUNCIADO SOBRE ESTA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN SENTENCIA ROL N° 346, EN CUYOS CONSIDERANDOS 93° Y 94° SEÑALA "QUE...NO SE DEBE OLVIDAR QUE HOY SE ACEPTA UNIVERSALMENTE QUE LA GRAN GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ES LA CONSTITUCIÓN - CONCEPCIÓN GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN-..." Y "QUE, SI BIEN ES EFECTIVO QUE ESTA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN HA DADO ORIGEN AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y AL RECONOCIMIENTO DE SU FUERZA NORMATIVA, NO ES MENOS CIERTO QUE EN SUS ORÍGENES HISTÓRICOS ESTABAN EN LAS BASES DE ESTOS PRINCIPIOS, COMO TAN BRILLANTEMENTE LO EXPUSO EL JUEZ MARSHALL EN LA SENTENCIA DE MARBURY VERSUS MADISON 'O LA CONSTITUCIÓN ES UNA LEY SUPERIOR Y SUPREMA, INALTERABLE POR MEDIOS ORDINARIOS; O SE ENCUENTRA EN EL MISMO NIVEL QUE LAS LEYES Y, COMO CUALQUIERA DE ELLAS, PUEDE REFORMARSE O DEJARSE SIN EFECTO SIEMPRE QUE AL LEGISLATIVO LE PLAZCA".

⁹⁶ CARBONELL (2008)

⁹⁷ ANSUÁTEGUI (2012), pp.13-23

⁹⁸ ARAGÓN (1997), pp.79-183

afirmado, siguiendo a Dworkin, que "el Derecho es un concepto interpretativo y que los textos por sí solos no dicen nada"⁹⁹.

Sabemos que son diversos los criterios para la diferenciación entre la interpretación constitucional y la interpretación legal. Así, desde un punto de vista orgánico, la diferenciación dependería de qué tipo de juez proviene la interpretación, entonces básicamente el Tribunal Constitucional realiza la interpretación constitucional, mientras que los jueces ordinarios la interpretación de legalidad. Sin embargo, para muchos tratadistas el criterio principal de dicha diferenciación recae sobre la norma a utilizarse, vale decir, el juez ordinario funda su decisión en la ley, en cambio el juez constitucional en la Constitución. En efecto, la Constitución y la ley, se diferencian por su origen, ya que la Constitución emerge del poder constituyente a diferencia de la ley que emerge de un poder constituido, por su estructura lógico-jurídica, es decir, por el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico y las funciones que cumplen ya que estas son diferentes, y por su contenido, pues la ley rige las conductas particulares de los individuos a diferencia de las normas constitucionales que rigen políticamente a la sociedad, situación que explica el mayor grado de abstracción de la Constitución respecto a las leyes¹⁰⁰.

Además, no se ha de olvidar que la Constitución no es solo norma jurídica sino también política. Esta característica hace surgir la necesidad de determinar si la norma constitucional, revestida de sus características singulares, supone una nueva forma de interpretación o esta responde a los mismos principios y criterios del ordenamiento jurídico en general¹⁰¹.

Si bien no cabe duda de que participa de las características propias de la interpretación jurídica, al tratarse de una norma jurídica, atendido su rango, contenido y finalidad, muchos estiman que debería configurar un proceso distintivo, en el cual podrían aplicarse elementos y criterios propios de la interpretación jurídica legal, aunque con matices, los cuales, sin embargo, resultarían insuficientes y deberían ser complementados con criterios propios¹⁰².

Entre estos criterios propios de interpretación suelen describirse ciertos principios interpretativos como el principio de la unidad constitucional, el de armonización o concordancia práctica, el de corrección funcional, el de la eficacia normativa, de la función integradora, de la fuerza normativa de la constitución¹⁰³.

El Tribunal Constitucional Chileno se ha pronunciado sobre esta materia en algunas de sus sentencias y especial mención se puede hacer de la sentencia recaída en la causa rol N° 3729 (3751)-17-CPT de 2 de agosto de 2017, sobre despenalización del aborto, que en el punto 5 del capítulo II, sobre consideraciones previas, los Ministros señora Máriaol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar, quienes estuvieron por acoger los requerimientos, citando en este punto a Guastini, pretenden afirmar que la interpretación de la Constitución difiere totalmente de la de otras normas.

En efecto, señalan dichos Ministros que

"...interpretar la Constitución no es lo mismo que interpretar cualquier ley. Como dice Guastini, "La existencia misma de una (amplia) bibliografía sobre la interpretación constitucional sugiere con toda evidencia que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular): se supone que la interpretación de la Constitución demanda métodos especiales,

⁹⁹ PULIDO-ORTIZ (2012), pp. 124.

¹⁰⁰ ARIAS (2015), p. 76.

¹⁰¹ DE MONTALVO (), pp. 52-53

¹⁰² DÍAZ REVORIO (2008), p.10

¹⁰³ CONTRERAS (2005), pp. 315-318.

diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley." (Guastini, Riccardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Editorial Trotta, 2008, pp. 53-54).

Sin embargo, y reconociendo que efectivamente tal controversia existe y que, como señala Guastini, "es una idea ampliamente difundida en la doctrina que la interpretación de los textos constitucionales es **algo** diferente de, e irreducible a, interpretación la "normal" de las leyes y del resto de las fuentes del derecho. Esto lo atestigua la existencia misma de una vasta literatura sobre la interpretación constitucional."¹⁰⁴, la cita efectuada por los ministros obvia lo indicado a continuación por Guastini¹⁰⁵ en cuanto a que "en la mayor parte de los casos esta idea es enunciada, **pero no argumentada**"¹⁰⁶. Es decir, si bien se muestra una supuesta diferencia entre la interpretación constitucional y la de otras fuentes, por regla general, no se han otorgado suficientes argumentos para establecerlo como un hecho irreducible. Lo anterior no hace sino reafirmar lo ya indicado en este trabajo en cuanto a que no existe un método o criterio especial de interpretación de la constitución y, por tanto, pueden ser utilizados todos aquellos existentes.

Sin embargo, salvo por la conceptualización de los métodos a los que no hemos referido, pareciera que no existe aún una teoría general de la hermenéutica propiamente constitucional, sino solamente algunas reglas dispersas que la doctrina ha elaborado, y que, a pesar del esfuerzo, aun no son plenamente reconocidas en nuestro medio como reglas de interpretación¹⁰⁷.

2. LA APLICACIÓN DEL CRITERIO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LA CONSTITUCIÓN

Teniendo en consideración que ni la doctrina, y menos la jurisprudencia, han zanjado el tema referido a una teoría y método de interpretación particular de la Constitución, podemos, al menos por el momento, aplicar a su interpretación además de los criterios propios, los métodos tradicionales de interpretación legal, entre los que se encuentra el método histórico, entendiéndose éste como el método encargado de explicar una determinada relación jurídica por sus orígenes y el modo en que fue desarrollándose a través del tiempo¹⁰⁸ y que consistiría en asignar significado a una norma "atendiendo a los antecedentes existentes, empezando por los inmediatos", considerando alguno o algunos casos resueltos con anterioridad – de ser necesario-, en los que se haya interpretado una norma bajo los mismos razonamientos¹⁰⁹ recurriendo principalmente a los antecedentes históricos y legislativos, y, en el caso de la norma fundamental, a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación¹¹⁰.

¹⁰⁴ GUASTINI (2015), pp. 2011-2012

¹⁰⁵ Y QUE EN EL PRESENTE TRABAJO SI HEMOS SEÑALADO.

¹⁰⁶ GUASTINI (2015), p. 2012.

¹⁰⁷ PICA (2006), p. 145.

¹⁰⁸ LA CUAL PUEDE SER ESTÁTICA O DINÁMICA, LA PRIMERA ES AQUELLA FORMA TRADICIONAL O USUAL DE ENTENDER UNA INSTITUCIÓN O FIGURA JURÍDICA Y LA SEGUNDA, CONSISTE EN TOMAR LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMO UNA TENDENCIA HACIA EL FUTURO, CON CARÁCTER PROGRESISTA, COMO UN PROCESO DE CAMBIO CONTINUO, EN EVOLUCIÓN, O COMO UN PROCESO IRREGULAR, CON RUPTURAS Y CAMBIOS EN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN ENTENDER LAS REGLAS ACTUALES CON LOS CRITERIOS PROPORCIONADOS POR REGULACIONES YA DEROGADAS.

¹⁰⁹ ANCHONDO (2012), pp. 45-47.

¹¹⁰ DÍAZ REVORIO (2008), p. 15.

Sin embargo, es de suma importancia aclarar que el concepto de criterio interpretativo histórico es distinto, en la actualidad, que cuando fue concebido, existiendo hoy una pluralidad de concepciones y modalidades en su aplicación, de tal manera que tanto la integración armoniosa de los criterios interpretativos como la desvinculación entre el criterio histórico y la voluntad subjetiva del legislador - rasgos característicos del Sistema de Savigny - se han matizado en el desarrollo posterior de la metodología jurídica, hasta llegar a desaparecer en algunos estudios, en los cuales los manuales de Teoría del Derecho llegan a presentar el criterio histórico de la interpretación jurídica como una aplicación de la teoría subjetiva y una opción del intérprete, obligado a elegir entre criterios alternativos. En otros casos, quizás más frecuentes, la vinculación entre el criterio histórico y la doctrina subjetiva se presenta como una posibilidad; y la relación entre los distintos criterios interpretativos como polémica y potencialmente conflictiva¹¹¹. Así, pese a lo anterior, podemos distinguir, en la actualidad, al menos tres modalidades importantes en las cuales se aplica el criterio histórico, a saber (a) la interpretación originalista, (b), el criterio histórico evolutivo y (c) el principio de la constancia terminológica.

2.1. La interpretación originalista

Uno de los mecanismos a través de los cuales se aplica el criterio histórico en la Constitución es la llamada interpretación originalista, en sus diferentes vertientes. Desde ya corresponde hacer presente que hay quienes estiman que el método de interpretación originalista no debe confundirse con el empleo del criterio histórico, aunque obviamente este es especialmente útil para aquella. Pese a esta divergencia, real o ficticia, la interpretación originalista es "histórica" por cuanto que persigue un significado del pasado, y así la denomina Guastini en sus "Estudios sobre la interpretación jurídica", trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 1999, p. 50, indicando que "Se llama "histórica" a la interpretación que adscribe a una disposición de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada"¹¹². Efectuada esta salvedad, debemos empezar por señalar que el originalismo no constituye una teoría homogénea, sino una "familia de teorías" sobre la interpretación constitucional, la cual fue sistematizada por Lawrence Solum, quien distingue entre (1) la *tesis de la fijación*, en virtud de la cual el contenido semántico de cualquier disposición constitucional fue fijado al momento en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado, salvo que mediase una reforma o enmienda y (2) la *tesis de la contribución*, que afirma que el significado original de la Constitución contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales. La *tesis de la contribución* sostiene que el originalismo de intenciones es capaz de guiar a los intérpretes constitucionales actuales frente a la resolución de casos reales y concretos¹¹³.

¹¹¹ RODRÍGUEZ-TOUBES (2013) pp. 601-604. SEÑALA RODRÍGUEZ-TOUBES COMO EJEMPLOS DE LO INDICADO, LOS SIGUIENTES: L. PRIETO SANCHÍS, APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO, TROTTA, MADRID, 2005 [LOS "ARGUMENTOS" O "MÉTODOS" DE INTERPRETACIÓN SON «REGLAS QUE HAN DE SER A SU VEZ INTERPRETADAS» Y «EL EMPLEO DE UNA U OTRA DIRECTIVA QUEDA EN PRINCIPIO AL ARBITRIO DEL INTÉRPRETE» (P. 264)]. AUNQUE VINCULA EL "ARGUMENTO HISTÓRICO" CON LA HIPÓTESIS DEL LEGISLADOR CONSERVADOR, COMO TARELLO (INFRA §3.5), TAMBIÉN OBSERVA: «A VECES SE PRESENTA COMO UNA VARIANTE DEL ARGUMENTO HISTÓRICO EL LLAMADO ARGUMENTO PSICOLÓGICO, QUE RECOMIENDA ATENDERÁ LA VOLUNTAD DEL SUJETO QUE DICTÓ LA NORMA, CONSULTANDO PARA ELLO LOS INFORMES O DICTÁMENES DE LA ÉPOCA, LOS TRABAJOS PREPARATORIOS, LAS ACTAS PARLAMENTARIAS, ETC.» (IBÍD., P. 271). EN UNA LÍNEA SEMEJANTE: R. DE ASÍS ROIG, "LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO", EN G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ Y R. DE ASÍS ET AL., CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO, MARCIAL PONS, MADRID, 1999, P. 236 («SE TRATA DE UN CRITERIO EN EL QUE PUEDEN DESTACARSE DOS DIMENSIONES: LA HISTÓRICA ESTRICTA Y LA QUE SE RELACIONA CON EL LLAMADO CRITERIO PSICOLÓGICO ODE LA VOLUNTAD»).

¹¹² RODRIGUEZ-TOUBEZ (2013), PP. 607-608.

¹¹³ LAISE (2017), PP.246-247.

Pues bien, los partidarios del originalismo intencionalista en la interpretación de la Constitución aplican el criterio histórico para conocer la voluntad de quienes la aprobaron o de quienes la redactaron¹¹⁴, sin embargo, esto significaría (i) determinar las intenciones de las personas que redactaron el texto constitucional, es decir, lo que los autores efectivamente pretendieron significar con cada una de las formulaciones lingüísticas o lo que quisieron prescribir públicamente al momento de enunciar una norma constitucional a través de una determinada formulación lingüística incorporada al texto constitucional, como también (ii) correspondería especificar cuáles son aquellas intenciones sobre las cuales se habrá de desarrollar la metodología interpretativa que propone el originalismo intencionalista. Para ello una primera variante propone (a) llevar a cabo prácticas interpretativas dirigidas a determinar cuáles eran las intenciones originales de los Constituyentes al momento de sancionar el texto constitucional, de tal manera que el método para interpretar la Constitución supone la especificación de lo que públicamente pretendieron significar los constituyentes al enunciar cada una de las normas constitucionales y, una segunda variante (b) mantiene que "las intenciones originales" remiten al significado que los ratificadores – las personas que ratificaron el texto constitucional– pretendieron prescribir al momento de poner en vigencia el texto constitucional.

Desde el punto de vista del significado, el originalismo de intenciones distingue entre el "*significado del hablante*", el cual supone preguntarse centralmente que fue lo que pretendieron prescribir los constituyentes al enunciar cada una de las normas que integran el texto constitucional, y el "*significado de las oraciones*", según el cual el contenido semántico de las normas que integran el texto constitucional – originario y reformado – se reduce al significado convencional que compartiría un usuario razonable de la época en que ese texto fue puesto en vigencia. Ahora, la noción del "*significado del hablante*" propone que se le asigne preeminencia o prioridad a lo que pretendió comunicar el emisor por sobre lo que literalmente se transmitió– significado de la oración–.

En definitiva, en caso de conflicto entre el significado convencional original de un concepto y aquello que fue pretendido por los constituyentes, el originalismo de intenciones originales sostiene que ha de prevalecer lo segundo por sobre lo primero. Por último, en relación a la cuestión semántica, plantea que cuando una asamblea constituyente aprueba una Constitución existirían suficientes razones para afirmar que el significado de las normas constitucionales equivale a lo que los autores o ratificadores de esas normas pretendieron prescribir.

En consecuencia, el originalismo de intenciones originales descansaría en una concepción convencionalista del lenguaje constitucional y, por lo mismo, la mencionada versión del originalismo identifica el concepto de significado de las palabras que integran el texto constitucional con las convenciones semánticas de la época en que ese texto fue puesto en vigencia. Dicho de otro modo, la posibilidad de comprender el significado de las normas constitucionales depende de lo que convencionalmente se entendía cuando fue aprobada la Constitución, lo anterior, serviría como garantía de fijación y objetividad de la interpretación constitucional, evitando que este se diluya en preferencias morales o políticas de los jueces, es decir, pretende evitar lo que se llama "*discrecionalidad judicial*". Sin embargo, pareciera que esto no se logra evitar, dado que el juez no se limita a aplicar un puro silogismo al momento de evaluar si un caso particular se subsume –o no– al significado lingüístico original de una determinada norma constitucional. Además, tanto las variadas concepciones acerca de los finales globales del derecho y de las normas jurídicas en particular, como también los múltiples grados de conocimiento sobre tales fines, bastan para demostrar que la selección de la norma jurídica a la cual

¹¹⁴ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp.623

se subsume el caso concreto no es una operación exclusivamente mecánica o silogística. En otras palabras, el intérprete jurídico, al momento de subsumir un caso concreto al significado lingüístico original, no puede evitar terminar agregando o creando algo que no estaba meramente enunciado en el texto original de la Constitución¹¹⁵.

Una versión menos difundida del originalismo contemporáneo, que ha venido tomando fuerte impulso en la teoría y práctica constitucional estadounidense en los últimos quince años, es el originalismo del "*significado público original*", cuyos principales defensores son Randy E. Barnett, Lawrence B. Solum, Keith E. Whittington y Antonin Scalia¹¹⁶.

A grandes rasgos, se podría distinguir a esta versión del originalismo de intenciones por centrarse en la interpretación objetiva del texto constitucional –y no en las intenciones semánticas de los constituyentes– y, además, por defender la idea de que el significado de las disposiciones constitucionales remite al uso lingüístico de la época en que fue adoptada la constitución. Tal preeminencia, en rigor, no implica considerar que las intenciones de los autores de la constitución serían completamente irrelevantes para determinar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales sino que, como afirma Whittington, la evidencia histórica que respalda aquello que los constituyentes o ratificadores pretendieron significar podría ser una fuente de información para dilucidar el significado público y original del texto constitucional. En este caso, el método interpretativo originalista radica en discernir lo que un "*usuario razonable del lenguaje*" hubiera entendido que significaban las palabras del texto constitucional, en la época de su aprobación y/o ratificación. Ese discernimiento o dilucidación, en efecto, resultaría una actividad de naturaleza eminentemente empírica, puesto que consistiría en el esclarecimiento de elementos facticos que, por lo mismo, serían de naturaleza verificable. Así, de acuerdo a Barnett, la actividad interpretativa se caracterizaría por ser eminentemente descriptiva o, como dice Solum, "*escasamente normativa*". Aun más, interpretar consistiría en dilucidar el significado de conceptos que se encuentran determinados por prácticas sociales; siendo más específicos, por prácticas lingüísticas de carácter convencional. Sin embargo, el nuevo originalismo se apoya en una semántica convencionalista y, por lo mismo, conlleva la imposibilidad de alcanzar una interpretación objetivista de la constitución. Esto se debe a que los esfuerzos para evitar incurrir en una sucesión infinita de interpretaciones suponen un corte en tal cadena que no podría ser justificado con base a criterios objetivos. En consecuencia, podrá detenerse la cadena de remisión por medio de una práctica interpretativa que descansa en una semántica convencionalista pero no será posible brindar una justificación que no descansa sino en convenciones lingüísticas que remiten a otras convenciones y así hasta el infinito. En otras palabras, en tanto y en cuanto el originalismo se apoya en presupuestos semánticos convencionales no será posible garantizar la inteligibilidad del lenguaje por el cual se expresan las disposiciones constitucionales¹¹⁷.

Este método de interpretación histórico no se encuentra exento de críticos, entre los que encontramos a Schauer, Fried y Strauss, quienes acusan que el originalismo tiene tres problemas fundamentales insalvables, cuáles serían, a) que en la práctica no siempre es fácil descubrir las intenciones de quienes redactaron un texto constitucional; b) aunque pudiéramos descubrir las intenciones originales de quienes redactaron la Constitución, tendríamos el reto de intentar aplicar esas intenciones a problemas de nuestros días, algunos de los cuales no pudieron ser previstos en su momento por la generación constituyente, y c) el tercer problema ya había sido avizorado hace mucho tiempo por Thomas Jefferson, cuando dijo que el mundo pertenece a los vivos y que las generaciones muertas no tienen derechos: ¿por qué deberíamos resolver problemas

¹¹⁵ LAISE (2015), pp.205-216.

¹¹⁶ LAISE (2015), pp. 68.

¹¹⁷ LAISE (2015) pp. 70-115.

actuales siguiendo el criterio de personas que murieron hace muchos años? ¿qué ventajas obtenemos al hacerlo?¹¹⁸.

Pese a sus críticos, el originalismo, como de método interpretación histórico, se mantiene plenamente vigente en los Estados Unidos y en la discusión doctrinaria internacional, lo que, según Strauss, se debería (a) primero, a que naturalmente la interpretación constitucional debe ser consistente con el texto. Rutinariamente, cuando se interpreta la Constitución se piensa en qué pensaron los autores y cómo entendieron sus palabras. Esto puede ser útil al interpretar la carta de un sujeto o la orden de un funcionario: ¿pero lo es para interpretar la Constitución? (b) La segunda razón es que el originalismo no es actualmente una forma de interpretación constitucional, sino una " rethorical trope", en que sus seguidores defienden una posición atribuyéndola a los fundadores, pero sin demostrarlo. (c) La tercera razón radica en que el originalismo no tiene un competidor, pues la noción de *living constitution* es infinitamente flexible e indeterminada¹¹⁹.

2.2. El criterio histórico evolutivo

Según Rodríguez-Toubes, otra de las formas en que suele aplicarse el criterio histórico en la interpretación jurídica consiste en la investigación de las circunstancias sociales y económicas en que se gestó, para entender su razón de ser o necesidad.

Sabemos que existen tres factores normativos fundamentales en la determinación de la adaptación de la ley a la vida social cambiante:

- a) El tenor literal (*verba sententia*).
- b) La razón legal (*ratio legis*).
- c) El objeto de regulación (*ocassio legis*).

La inexistencia de algunos de estos, convierte a la ley en un texto obligatorio, pero sin un fundamento o correlato mínimo con la realidad social cambiante. Por tenor literal (*verba sententia*) hemos de entender lo que usualmente se comprende para el 'elemento gramatical' como método de interpretación. Ello implica que el ámbito de análisis habría de ser la expresión formal de una relación social, a la que el derecho se refiere para su regulación en la expresión lingüístico-normativa.

Por razón legal (*ratio legis*) se ha de colegir el fundamento teleológico de la disposición legal o la ley en su totalidad, esto es, el para qué de su regulación o prescripción. El objeto de regulación (*ocassio legis*) se refiere al contenido de la regulación, por qué se está regulando o prescribiendo un hecho, acto, acción o relación. Sin situaciones descritas o referidas, no existe vínculo alguno con realidad alguna. Sin una razón legal, se tiene una ley sin racionalidad. Sin objeto de regulación, obtenemos una ley sin fundamento prescriptivo¹²⁰.

De esta manera, conocer el contexto histórico en que nació una disposición puede ser determinante para comprender su finalidad y sentido. Pero esto no implica que el intérprete tenga necesariamente que preservar la misma idea original cuando los tiempos han cambiado¹²¹. Aplicar el criterio histórico evolutivo, en cierto modo significa también aplicar el método de comparación, con el objeto de mostrar que las circunstancias en las que nació la ley en cuestión, y que en su momento justificaban atribuirle un cierto contenido, ya no se mantienen y, a partir de ahí, argumentar que procede una interpretación evolutiva que le atribuya un contenido diferente acorde con

¹¹⁸ CARBONELL (2012), pp. 611-612.

¹¹⁹ RISSO (2014), p. 246.

¹²⁰ CARRASCO (2017), pp. 570.

¹²¹ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), pp.621.

las nuevas circunstancias¹²², interpretación que, según Guastini, consistiría en la atribución al texto constitucional diverso del significado que tenía en el momento de su creación¹²³ y que tendría su origen en el concepto de la Constitución Viviente, la cual, dice David Strauss, es una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta conforme a las necesidades sociales y está integrada por los precedentes y las tradiciones, pese a que no es formalmente modificada a través del procedimiento de reforma constitucional¹²⁴ pero que se complementa con el propio texto constitucional, al existir ciertas disposiciones constitucionales cuyo contenido está claramente establecido y su grado de interpretación se considera mínimo, tales como la edad para ser diputado o el número de senadores y cuya importancia se encuentra en el establecimiento de ciertas pautas o puntos comunes de referencia ("common ground") las que disminuyen el costo de una indeterminación en todos los ámbitos del sistema; es decir, impone ciertas reglas y establece principios que funcionan como base de la interpretación constitucional, sin embargo, dado que una Constitución contiene principios u otro tipo de normas abstractas que deben ser interpretadas por el juzgador progresivamente y de conformidad con las necesidades sociales, el mejor modelo de interpretación constitucional es aquél que asigna un contenido teniendo en cuenta en todo momento el sistema de precedentes y el orden público. El juzgador tendrá una libertad interpretativa pero, limitada por el common law. Asimismo, señala Strauss que, si se toma en serio la idea de una "Constitución viviente" debe aceptarse que existe más que el texto constitucional y que hay más formas de cambio constitucional que las enmiendas realizadas a partir del procedimiento establecido en el Artículo V de la Constitución Norteamericana. A su juicio, este procedimiento no debe ser el primordial para la solución de los problemas constitucionales, sino el efectuado a través de la evolución de los precedentes y las tradiciones. En la mayoría de los casos, dice David Strauss, las enmiendas constitucionales no hacen más que ratificar los cambios logrados por la "Constitución viviente", como los casos más importantes en los que se desarrollaron estos derechos, tales como *Brown v. Board of Education* y *New York Times v. Sullivan*, son incompatibles con una interpretación originalista y, más bien, se asemejan a su modelo de interpretación constitucional¹²⁵.

2.3. La presencia del criterio histórico en el principio de la constancia terminológica

Otro modo de aplicación del criterio histórico al interpretar leyes es indagar el significado tradicional de las palabras y expresiones que emplean.

El Derecho sin duda evoluciona, pero también tiene una importante continuidad a lo largo del tiempo. Partiendo de esta base, al intérprete de una disposición jurídica le es de utilidad conocer si aquello cuyo significado quiere precisar viene siendo entendido de modo uniforme y continuado de una cierta manera. Así entienden el criterio histórico conocidos teóricos del Derecho, como Perelman o Tarello. *Minime mutanda sunt, quae interpretationem certam semper habuerunt* (lo que siempre tuvo una interpretación clara, no debe cambiarse), decía Paulo (Digesto, 1, 3, 23).

Este principio es la proyección histórica de la regla interpretativa de la constancia terminológica, asociada usualmente al criterio sistemático, según la cual ha de suponerse que las palabras no cambian su significado en un mismo texto (ni incluso en textos afines). A su vez este canon interpretativo guarda relación, pero no se identifica,

¹²² PÉREZ/DÍAZ (2013), p. 132

¹²³ GUASTINI (1999), p.86.

¹²⁴ CARBONELL (2012), p. 609.

¹²⁵ NUÑEZ (2012), pp. 197-199.

con el que reclama poner los preceptos a la luz de normas jurídicas ya consolidadas; el cual lleva a aplicar de forma mixta el criterio sistemático y la primera versión del criterio histórico, y a menudo se refleja en referencias históricas eruditas¹²⁶.

Sin perjuicio de todas las formas o mecanismos actuales de su aplicación, es dable reconocer que el método histórico-jurídico sintetiza la relación entre formación histórica, ciencia jurídica y modos de actuación del jurista, a la vez que contiene la secuenciación de los procedimientos generales que, desde el dominio de los contenidos históricos, permite solucionar problemas jurídicos importantes¹²⁷.

Sin embargo, cierta parte de la doctrina suele estimar como irrelevante la aplicación de este criterio tradicional de interpretación histórica dada, específicamente, la calidad y la propia singularidad de la actividad interpretativa constitucional, que implica preferentemente control y evaluación de normas¹²⁸, prefiriendo la aplicación de los principios propios de interpretación constitucional como los de unidad, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, fuerza normativa y pro homine, como marcos de interpretación de la Constitución, por sobre los criterios particulares de la interpretación legal presentados por Savigny, teniendo en consideración, principalmente que la constitución debe ser comprendida dentro un marco especial de protección de la persona humana y, por tanto, no puede ser perjudicada por un erróneo ejercicio de la interpretación constitucional¹²⁹.

Pese a lo anterior, la doctrina no ha sido, al menos por ahora, totalmente reacia a la aplicación de los principios generales de la interpretación legal en la interpretación constitucional, aunque siempre indicando que éstos no son suficientes, atendidos las características propias de la Constitución, y quienes favorecen la aplicación del criterio histórico suelen argumentar a su favor indicando que este es necesario para la comprensión de la constitución material, efectiva, de un país, que requiere de un enfoque multidisciplinario de la realidad política encarnada en su génesis histórico social, en su ser institucional, en el comportamiento de sus actores, etc., puesto que no se puede llegar a una comprensión cabal de la normatividad sin enfocar, también, las instituciones y conductas reales subyacentes a la norma, y la axiología, que le inspira los fines a lograr. Estiman que los principios fundamentales, que se estiman como los más valiosos para colmar lagunas y esclarecer dudas constitucionales derivan de tradiciones que se arraigan en creencias consustanciales con el ser histórico nacional y cuyo conocimiento lleva a la más profunda comprensión de dichos principios, por lo que la sola lectura de la constitución formal de un país puede darnos una idea engañosa de su realidad política jurídica si no se acude a otros conocimientos y métodos de interpretación, como el histórico¹³⁰.

En efecto, el pensamiento político del cual deriva la constitución es un elemento capital sin cuyo análisis cualquier trabajo de historia constitucional está condenado al fracaso, siendo clave, entonces, la "contextualización" para poder efectuar una interpretación histórica de una constitución¹³¹.

CAPÍTULO III. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICO APLICADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

¹²⁶ RODRIGUEZ-TOUBES (2013), PP. 626-628.

¹²⁷ PEREZ/DIAZ (2013), P. 135.

¹²⁸ SOLOZÁBAL (1990), P. 181.

¹²⁹ HAKANSON-NIETO (2009), P 61-69.

¹³⁰ RAMÓN (1979), PP. 61-62.

¹³¹ FERNÁNDEZ (2013), PP. 418-423.

Intentaremos establecer, en este capítulo, si el tribunal constitucional chileno ha recurrido, en mayor o menor medida, a un argumento histórico para fundar sus sentencias, y si este recurso es de carácter sustancial o simplemente formal o auxiliar. Para ello, hemos decidido analizar algunos de los fallos más importantes que el Tribunal Constitucional ha dictado en los últimos años, con el objeto de establecer si ese recurso al criterio histórico ha sido potenciado o ha disminuido con el pasar del tiempo.

i. *El método histórico de interpretación entendido como "la historia fidedigna del establecimiento de la norma". La aplicación de los principios de la interpretación legal en la interpretación constitucional.*

El criterio histórico siempre ha sido entendido como recurso a los antecedentes legislativos (historia fidedigna de su establecimiento) y, en el caso de la norma fundamental, a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación, y es en este sentido que ha sido utilizado y reconocido por la doctrina y jurisprudencia constitucional nacional, lo que puede constatarse en varias sentencias del tribunal constitucional. Así, por ejemplo, en la sentencia dictada en el rol 346, de 8 de abril de 2002, en que se solicita se declare contrario a la constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y sus rectificaciones posteriores, por atentar contra el principio de la soberanía nacional establecido en el artículo 5º del Capítulo I de la Constitución Política nacional, el tribunal, al hacerse cargo de este requerimiento, utiliza como modalidad del criterio histórico, aquel referido a "la historia fidedigna del establecimiento de la norma", cuando, en el Capítulo VI, sobre la jerarquía de los tratados, pretende determinar la interpretación que debe darse al artículo 5º de la Constitución Política nacional. En dicha sentencia, en sus considerandos 62º y 63º, señala que la historia fidedigna de dicha norma corrobora que esta

"no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley",

para luego hacer referencia al Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, e 12 de Junio de 1989, y afirmar

"...que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la ley fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado".

Asimismo, en su considerando 65º confirma que el criterio de que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales, utilizando para ello el acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre la reforma a la Constitución de 1980, de noviembre de 2001, según el cual "no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional"¹³², señalando que dicha afirmación tiene gran importancia para determinar el sentido del artículo 5º, inciso segundo, cual es

"que el constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no solo los derechos asegurados en la Constitución, sino que

¹³²ES DABLE DESTACAR QUE DICHO CRITERIO SE BASA EN UN INFORME DEL AÑO 1963 Y EN SENTENCIA ROL N° 46 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

*también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*¹³³

De la misma manera, en la sentencia recaída en la causa rol 1365-09-INA, de fecha 8 de abril de 2010, en la cual se discutía si los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, en este caso particular, si la aplicación del artículo 5º, referido al Registro de Condenados, el artículo 16, sobre incorporación de las huellas genéticas en los Registros del Sistema (que incluye el Registro de Condenados), el artículo 17, que trata de la incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados, y el artículo 1º transitorio, inciso segundo, que consigna la obligación de Gendarmería de Chile de informar a los condenados que no estuvieren recluidos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación, todos de la ley 19.970, producen un resultado contrario a la Constitución, específicamente a sus artículos 1º, incisos primero y cuarto, 5º, inciso segundo, 19 N.ºs. 1º, 2º, 3º, inciso séptimo, y 4º, en la apelación del recurso de protección que actualmente sustancia la Corte Suprema bajo el Rol N.º 1.972-2009, el Tribunal Constitucional hace una expresa utilización del criterio histórico para fundamentar sus argumentos destinados a rechazar el requerimiento, lo que expresa en su considerando décimo quinto, al hacer referencia a los *“objetivos que tuvo presente el legislador para establecer el Sistema Nacional de Registros de ADN, a que se refiere la Ley N.º 19.970”*, analizando el contexto de la ley en que se ha establecido el registro, con el objeto de determinar las razones que tuvo en vista el legislador para afectar derechos fundamentales.

También en el considerando trigésimo primero del fallo en comento, el Tribunal Constitucional, en relación a la incorporación de las huellas genéticas al Registro de Condenados, contemplada en el artículo 16 de la Ley No 19.970, acude a la historia de su tramitación, especialmente a los informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, para determinar que

“la incorporación de huellas genéticas al Registro de Condenados que contempla la Ley No 19.970 se produce solo respecto de aquellas personas condenadas por delitos que, a juicio del legislador, revisten particular gravedad y que, consecuentemente, a la sociedad toda le interesa evitar y reprimir de manera especial”.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional también analiza el Mensaje¹³⁴ que dio origen a la tramitación del Proyecto de Ley que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN –contemplado hoy en la Ley No 19.970– para expresar, en su considerando trigésimo segundo que

“... sobre la base de los antecedentes recordados, puede afirmarse que la obligación de las personas condenadas por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 17 de la Ley No 19.970, de facilitar su huella genética para integrar el Registro de Condenados que prevé ese cuerpo legal, resulta razonable y sólida por su debida justificación, pues, por razones de política criminal, al Estado le interesa prevenir y sancionar, con particular energía, ese tipo de delitos atendida su gravedad”.

Esta forma de entender el método de interpretación histórico es aún más claro al analizar la sentencia rol N.º 2897-15-INA, de 4 de julio de 2017, que se pronuncian sobre la constitucionalidad de la norma contenidas los artículos 195, 196 bis y 196 ter, todos de la Ley N.º 18.290 (Ley de Tránsito), modificadas por la Ley 20.770, denominada **Ley**

¹³³ STC N.º 346, CONSIDERANDO 71º.

¹³⁴ DE LA MISMA FORMA HACE REFERENCIA AL MENSAJE DE LA LEY N.º 19.970 EN EL CONSIDERANDO TRIGÉSIMO QUINTO.

Emilia, y principalmente respecto de este último artículo, el cual dispone que “*Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado*”.

Para entender el fallo, primeros haremos un breve resumen de los argumentos sostenidos por los requirentes para declarar su inaplicabilidad por inconstitucional. Así, Respecto del artículo 195, señala que este infringe la dignidad humana, el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de interdicción de la doble incriminación en sentido sustantivo (ne bis in ídem) y el principio de interdicción de la autoincriminación (no auto-incriminación). Además que la disposición cuestionada no se ajusta al principio de proporcionalidad y limita sus derechos al punto de afectarlos en su esencia. Asimismo, indica que el deber de auto denuncia contemplado en la primera norma legal impugnada vulnera los artículos 1°, y 19, N°s 26° y 7°, letra f), de la Constitución, este último en vinculación con el artículo 8°, inciso segundo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al artículo 196 bis, estima que esta norma legal altera la aplicación de las reglas generales del Código Penal sobre la determinación de penas privativas de libertad (artículos 67, 68, 68 bis), estableciendo reglas especiales más estrictas para los delitos contemplados en la LT, como sería el aumento de las penas y la limitación a la aplicación de atenuantes, independientemente del número de éstas que concurra, configurando reglas que no operan respecto de otros delitos, en los que el resultado es igualmente la muerte de una persona, genera una vulneración al principio de la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, así como la conculcación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las penas, toda vez que no existe justificación constitucionalmente razonable para la diferenciación que establece el legislador en este punto.

Por último, en relación con el artículo 196 ter, considera que esta es inconstitucional toda vez que modifica el sistema de concesión de penas sustitutivas a las privativas de libertad, impidiendo a todo evento que aquéllas operen antes de un año del cumplimiento efectivo de la condena. La suspensión por un año y la obligatoriedad de cumplimiento de la pena privando de libertad por dicho lapso de tiempo infringe, asimismo, el principio de igualdad, así como el de proporcionalidad, estableciéndose un trato desigual carente de fundamento razonable, además de constituir una medida inidónea al fin perseguido por el legislador.

El tribunal, para resolver el asunto, decidió desarrollar separadamente la argumentación en 3 capítulos, referidos a cada uno de los artículos.

En los primeros dos capítulos, el Tribunal Constitucional inició su argumentación haciendo referencia a los antecedentes legislativos:

i. Sobre el artículo 195, en el primer capítulo de impugnación, en su considerando segundo, hace referencia a “los antecedentes legislativos” y señala que

*“resulta indispensable adentrarse en el proceso legislativo mismo que culminó con la aprobación de la norma específica en análisis -además de las otras que también son objeto de la presente impugnación-, de cuya aplicabilidad constitucional se trata aquí. **Revisada la historia legislativa de la así llamada “Ley Emilia”** (Cfr. “Historia de la Ley N° 20.770”, en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/>, passim, PDF,[consulta: 14.10.2016]), resaltan las siguientes ideas de relevancia, para los efectos de su evaluación constitucional;*

A continuación, entre los considerandos tercero a décimo tercero, el Tribunal Constitucional procedió a realizar el estudio y posterior desglose tanto del (a) mensaje

presidencial contenido en la ley Emilia como de (b) las actas legislativas, con el claro objeto de recrear el pensamiento del legislador y precisar cuál era su intención¹³⁵. Asimismo, al referirse a los fundamentos constitucionales de la punibilidad de los delitos de omisión, en especial al artículo 19, número 3, inciso noveno de la Constitución, que establece que *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*, en el considerando décimo quinto, luego de establecer que *"un ... razonamiento puramente literalista sería sencillamente insostenible, por diversas razones"*, hace una clara y directa referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional individualizada, como método de interpretación constitucional, al señalar que

"Desde luego, en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional transcrita no hay una sola palabra o antecedente que aborde la temática de los delitos de omisión, sino que da cuenta de que la discusión se centró únicamente en las llamadas leyes penales en blanco, tocante al grado de detalle exigible para la descripción legal de la conducta prohibida, pero -repetimos- nada se discutió sobre la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión, per se, en razón de no ser "conducta... descrita en ella [la ley]", según manda la Constitución",

procediendo luego, en el considerando siguiente a hacer una revisión de la historia de la disposición y la discusión doctrinaria existente desde la constitución del año 25, respecto a la constitucionalidad de los delitos de omisión¹³⁶.

Todo lo anterior, sumado a los demás análisis de fondo que realiza el tribunal, lo llevará a determinar que dicho artículo no es reprochable¹³⁷.

ii. En cuanto al estudio de constitucionalidad del art. 196 bis, en el capítulo segundo de la sentencia analizada, el tribunal constitucional procede en igual forma que respecto al artículo 195, iniciando su estudio buscando a través de la historia del establecimiento del precepto, la intención legislativa y su alcance, haciendo mención a los antecedentes legislativos existentes¹³⁸, con la salvedad que este constituyó uno de los argumentos fundamentales para rechazar, en este punto, el requerimiento, al indicar que

*"la sociedad chilena ha llegado a considerar intolerables hechos como los que son materia de la gestión sub lite, así como el tratamiento judicial que recibieron hechos de la misma especie, con anterioridad a las reformas que se impugnan. Ello consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, hecha constar supra, que constituye la ratio legis, que no una discriminación arbitraria. Por todo lo cual el requerimiento será rechazado también a este respecto"*¹³⁹.

iii. Por último, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 196 ter, el tribunal rechaza su requerimiento de inaplicabilidad por no tener la aptitud de producir, respecto de la requirente, un resultado contrario a la Constitución, por lo que estimó innecesario entrar al análisis de fondo de la conformidad de dicha norma con la Constitución Política¹⁴⁰.

En el mismo sentido procede el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el asunto rol 1287-08-INA, de 8 de septiembre de 2009, en que requiere al Tribunal Constitucional para determinar si el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley No 1 (Ministerio de Salud), de 2005, produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por el requirente, a saber, el quebrantamiento del derecho a la libre elección del sistema de salud y el derecho de propiedad, asegurados en los numerales 9o y 24o

¹³⁵ CONSIDERANDO 13º.

¹³⁶ CONSIDERANDO 16º

¹³⁷ CONSIDERANDO 40º.

¹³⁸ CONSIDERANDO 42º A 45º.

¹³⁹ CONSIDERANDO 45º.

¹⁴⁰ CONSIDERANDO 53º.

del artículo 19 de la Carta Política, respectivamente, el cual, en definitiva, acoge el requerimiento;

Que, para nuestro estudio, basta señalar que el tribunal hace referencia a las actas de la Comisión Ortúzar en su considerando vigésimo noveno, con el objeto de analizar la evolución histórica del artículo 19, N° 18°, de la Carta Fundamental hoy en vigor, señalando

"que en el proceso nomogenético del artículo 19, No 18o, de la Carta Fundamental hoy en vigor estima imperativo es referirse al Acta Constitucional No 3, contenida en el Decreto Ley No 1552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976, el cual dispuso lo que se inserta a continuación:

"Artículo 1o.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

21.- El derecho a la seguridad social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras";

Que en su considerando trigésimo el tribunal da cuenta que "...la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional No 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica. Corrobora lo dicho la revisión de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de la cual se extrae el pasaje siguiente, atendido que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente a propósito del principio de solidaridad:

"El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia.

(...)

El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la seguridad social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de seguridad social, sino de algún sistema de ahorro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no." (Acta de la sesión 204a, pp. 4 y 6);

Po último, cabe mencionar la sentencia rol 1710, de 6 de agosto de 2010, que declara inconstitucional algunos criterios que definen la tabla de factores conforme a la cual se determinan los precios de los planes de las Isapres, la que, en su capítulo D, se refiere a la historia fidedigna de la declaración de inconstitucionalidad en la Constitución Política de la República (considerandos 24° a 28°) y, desde el considerando 67° al 83° se refiere a la génesis y evolución del artículo 38 ter de la ley 20.015.

Uno de los grandes problemas que presenta la aplicación del criterio histórico, entendido como "la historia fidedigna de sus establecimiento", no es solo el referido a la aplicación de criterios de interpretación legales a la hermenéutica constitucional, sino que también la persistente práctica del medio nacional por recurrir a las actas de la Comisión Ortúzar con ese objetivo, y aunque dicho recurso se debe a las ventajas que proporciona, este genera problemas que no pueden ser obviados. El primero de ellos es que estamos frente a una comisión asesora de la dictadura militar y por tanto, carente de potestades de cualquier tipo, siendo su valor meramente ilustrativo, por lo que no podría identificarse al "constituyente" con la Comisión Ortúzar. El segundo problema es que el anteproyecto elaborado por dicha Comisión no fue acogido en su totalidad por la quienes conformaban la Junta Militar, ya que fue sometido a una revisión por el llamado "Consejo de estado", cuyas actas son incompletas, de difícil acceso y que no estaba compuesto solo por profesionales, y finalmente, fue modificado. El tercer problema de uso de dichas actas es la ilegitimidad que caracterizó la labor de quienes intervinieron a lo largo de la redacción del texto¹⁴¹. Bajo este contexto, aunque no se desconoce la existencia histórica de la Comisión Ortúzar y del trabajo que realizó en la redacción de los primeros borradores del actual texto constitucional, relativizar su trabajo se hace inevitable y será necesario contextualizarlo en cada momento histórico concreto y el papel que cumple hoy el trabajo de la Comisión Ortúzar en la interpretación de la Constitución vigente no puede ser equiparable a la historia fidedigna de la norma, más aún si consideramos los casi 30 años transcurridos desde que terminó su labor, en 1978¹⁴².

ii. *Método histórico y originalismo. La visión del Tribunal Constitucional. Su utilización como un elemento auxiliar para la interpretación de la constitución. ¿Hacia un interpretación histórico evolutiva de la Constitución?*

Talvez una de las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional referidas a la utilización del criterio histórico de interpretación, su relación con el originalismo y el recurso residual al mismo, es la recaída en la causa rol N° 3729 (3751)-17-CPT de 2 de agosto de 2017, sobre despenalización del aborto.

Se trata de un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que "*regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*", correspondiente al Boletín N° 9895-11, que se interpone en virtud de lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política.

En este requerimiento, los conflictos constitucionales denunciados fueron los siguientes:

1. El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.
2. El proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley.
3. El articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos.
4. El proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios. Unido a ello, controvertiría el principio de servicialidad del Estado.

Para resolver los conflictos constitucionales constatados por el tribunal, se estimó necesario efectuar un estudio de la regulación histórica del aborto y las distintas etapas por las cuales ha atravesado en nuestro país, estudio breve realizado en el considerando

¹⁴¹ MUÑOZ (2007), p. 385-386.

¹⁴² BASSA (2008), p. 140.

décimo tercero, que se refiere a las distintas etapas de su regulación y en la que indica que

"la regulación penal del aborto ha pasado por distintas etapas. La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión "maliciosamente". La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N ° 226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N ° 725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L N°226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos. La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N ° 18.826. Esta dispuso que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta es la norma que el proyecto reemplaza;".

Sin embargo, para nuestro estudio, adquiere gran relevancia lo establecido en el considerando vigésimo noveno. En este considerando el Tribunal Constitucional hace referencia a los criterios interpretativos que guiaron su razonamiento e indica que

"un cuarto criterio es la dinamicidad de la interpretación constitucional" la que "por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades" y " por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento en que se la aplica", para indicar luego que "...existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar"

En efecto, no se está refiriendo aquí sino a la modalidad sobre la que habíamos dado cuenta y que no es más que conocer el contexto histórico en que nació una disposición para comprender su finalidad y sentido, lo cual no implica que el intérprete tenga necesariamente que preservar la misma idea original cuando los tiempos han cambiado¹⁴³, aplicando también el método de comparación con el objeto de mostrar que las circunstancias en las que nació la ley en cuestión, y que en su momento justificaban atribuirle un cierto contenido, ya no se mantienen; y a partir de ahí argumentar que procede una interpretación evolutiva que le atribuya un contenido diferente acorde con las nuevas circunstancias¹⁴⁴, y pareciera que, en la interpretación de la constitución, el tribunal constitucional ha preferido un método evolutivo, cuando señala que es

*"...particularmente complejo recurrir exclusivamente a un criterio originalista de interpretación constitucional... porque la Constitución ha tenido 40 reformas constitucionales, que han alterado profundamente el diseño original. También, porque ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada. Asimismo, la Constitución tiene dictadas todas las leyes que la complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance"*¹⁴⁵.

Para luego señalar, en forma fehaciente, que entiende por originalismo indicando que *"...el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades [en este caso]"*¹⁴⁶.

Sin embargo, y pese a haber indicado que utilizaría el método histórico como elemento de interpretación (que el Tribunal confunde con originalismo) el Tribunal Constitucional

¹⁴³ RODRÍGUEZ TOUBES (2013), pp.

¹⁴⁴ PÉREZ/DÍAZ (2013), p. 132

¹⁴⁵ CONSIDERANDO 30º.

¹⁴⁶ PARA EL TRIBUNAL EL ORIGINALISMO Y EL CRITERIO HISTÓRICO DE INTERPRETACIÓN, EN CONFORMIDAD A LO QUE ENTIENDEN LOS JURISTAS NACIONALES TRADICIONALES, SERÍAN LO MISMO.

aprovecha de manifestar la influencia que el criterio histórico tiene en la interpretación de la Constitución indicándonos que

"...el uso de este tipo de criterios interpretativos debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto";

Es decir que, para el Tribunal Constitucional, el criterio histórico, en cualquiera de las modalidades en que se utilice, jamás constituirá el argumento principal de decisión de un asunto controvertido.

Pese a ello, esta visión del Tribunal no es unánime. En el mismo fallo los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez, señalan que

"...el rol de los Tribunales Constitucionales, en general, tanto en Chile como en otros países, es el de ser el máximo intérprete del texto constitucional (parafraseando a Montesquieu, sería "la boca que pronuncia la Constitución")"

y que

"... la Constitución no puede ser interpretada de cualquier forma, lo que importa un desafío para el ejercicio de nuestra jurisdicción, lo cual debe traducirse en una fidelidad interpretativa al texto y sentido de la Constitución y la adopción adecuada de las reglas de hermenéutica".

En razón de lo anterior, estiman que la interpretación constitucional

*"... debe hacerse con plena objetividad y racionalidad tanto jurídica como constitucional, a fin de servir de complemento efectivo y constructivo a la labor legislativa, en el marco de colaboración interinstitucional y del principio de supremacía constitucional", para luego indicar que "[e]n este sentido, **el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2° del N° 1 del artículo 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente**, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, fluye incontestablemente para estos Ministros que no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la norma del inciso 2° del N° 1 del artículo 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla".*

De la misma forma, el Tribunal Constitucional recurre al originalismo (criterio histórico) para efectuar un análisis de la historia de la discusión constitucional respecto al aborto entre los considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo¹⁴⁷.

Situación distinta es la que se vislumbra en el numeral 20° del voto de los ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar los requerimientos de autos en lo concerniente a la impugnación en materia de objeción de conciencia, utilizando el criterio histórico para determinar el sentido y alcance de la expresión "libertad de conciencia"¹⁴⁸.

Sin perjuicio de lo expresado, y pese a que no ha sido reconocido en estos términos por el Tribunal Constitucional, este suele aplicar otra modalidad del criterio histórico en la interpretación de la Constitución (método histórico evolutivo), al investigar las circunstancias en que se gestó alguno de los preceptos cuyo sentido pretende

¹⁴⁷ CONSIDERANDO 31°.

¹⁴⁸ OTRA SENTENCIA INTERESANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ES LA ROL N° 2922, QUE EN SUS CONSIDERANDOS 8° A 13° HACE UN ANÁLISIS DE LA HISTORIA DEL ARTÍCULO 29 DEL DL 3538 DE 1980.

determinar, para así entender su razón de ser con el objeto de demostrar que las circunstancias de origen de una ley que le atribuían un significado ya no se mantienen para, a partir de ahí, argumentar que procede una interpretación evolutiva que le atribuya un contenido diferente acorde con las nuevas circunstancias.

Esta forma de interpretación, la podemos encontrar, por ejemplo, en el voto particular concurrente de los ministros señores Francisco Fernández Andes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino en la sentencia rol 1881, en cuyo N° 17, indican que

"...como enseña la historia, la familia ha evolucionado profundamente hasta nuestros días, como se puede advertir, por ejemplo, de la simple lectura del artículo 815 del Código Civil. El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia.

Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, porqué las normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales (Tapia Rodríguez, Mauricio: "Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El Caso Chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, N°8, 2007). De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia;"

Asimismo, en sentencia rol Rol 3111, en su capítulo V, al mencionar los criterios interpretativos¹⁴⁹, señala que

"el segundo criterio tiene que ver con la evolución que ha tenido el acceso a la información sobre informes y antecedentes que las empresas privadas deben proporcionar a las entidades encargadas de su fiscalización",

para determinar que

"la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan;"

iii. ¿Posible aceptación del Tribunal del método histórico al aceptar el criterio de la constancia terminológica?

Otra modalidad de aplicación del criterio histórico lo encontramos en el polémico fallo del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después", rol 740, en el que el Tribunal constitucional se pronuncia sobre el requerimiento en el cual solicitan que se declare la inconstitucionalidad de "todo o parte" del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial, en su edición del día tres de febrero del año dos mil siete, que aprueba las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

En este requerimiento, las normas se impugnan sólo en cuanto autorizan la distribución y el uso de la denominada "Píldora del Día Después", ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75 mg., o a través

¹⁴⁹ Considerando 21º.

de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", y "la utilización del dispositivo intrauterino (DIU)". "Éste corresponde a uno (sic) de las posibilidades de la llamada anticoncepción con progestágeno solo", afirmando los requirentes que el mecanismo de acción de los métodos individualizados sería idéntico, en cuanto a que producen una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido y, desde tal perspectiva, indican, serían contrarios a lo preceptuado en los artículos 5º, inciso segundo, 6º, 7º y 19, Nºs. 1 y 26, de la Carta Fundamental.

Lo que llama la atención de este fallo es que el Tribunal Constitucional hace referencia, en su considerando trigésimo cuarto a

" un criterio hermenéutico, de carácter general, que se contiene en el artículo 21 del Código Civil, según el cual 'las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso'."

Para indicar que el intérprete

"está obligado a entender las palabras técnicas en el sentido que los especialistas que cultivan la respectiva ciencia o arte las entienden, sin que pueda atribuirles otro significado distinto",

Y que dicho significado es

*"...particularmente vinculante para el juez, quien debe juzgar con arreglo a las normas jurídicas, pero **sin desconocer los elementos de hecho que las rodean y que, por cierto, en un proceso como el que motiva el pronunciamiento de este Tribunal, deben ser acreditados a través de las distintas fases a través de las cuales se ha desarrollado el proceso**".*

Este punto es bastante interesante, pues, como hemos señalado, una de las modalidades de interpretación que utiliza el modelo histórico en la actualidad, es el que hemos denominado "de la constancia terminológica", la cual se prepara en los considerandos anteriores, pero se desarrolla en el considerando cuadragésimo tercero, en que el tribunal, con el objeto de determinar el sentido y espíritu del enunciado "la constitución asegura a todas las personas", hace referencia al "...debate sostenido al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución...", y procede a señalar la discusión, para luego indicar que

"...del párrafo transcrito ha de ponerse de relevancia la calidad de "sujeto de derecho" y, por ende, titular de derechos, que caracteriza a toda persona a quien se aseguran los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, como también aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 5º de la Ley Suprema."¹⁵⁰

A continuación, el tribunal vuelve a hacer referencia a lo debatido en dicha Comisión, para tener en consideración lo señalado por el "profesor Alejandro Silva Bascuñán...a propósito de la palabra "**personas**", todo con el objeto de afirmar

"...que la propia Constitución se ha encargado de caracterizar a la persona – entendida en la forma que se ha venido explicando- en una visión humanista que, precisamente, enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho"¹⁵¹.

De la misma forma, en el considerando quinquagésimo segundo, el tribunal, al discutir sobre el concepto de protección de la persona desde el momento de su concepción, hace referencia a la discusión sostenida durante la reforma del artículo 1º, inciso primero de

¹⁵⁰ CONSIDERANDO 44º.

¹⁵¹ CONSIDERANDO 45º.

la Constitución, sobre todo respecto a la constancia dejada en ese momento en actas, en cuanto a que

"El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida", para luego incorporar las razones entregadas por los integrantes de la comisión para dejar dicha constancia y así determinar que "...para el Constituyente -y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción"¹⁵².

En definitiva, el tribunal acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", así como la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.

De la misma forma, en sentencia Rol N° 1432, el tribunal Constitucional declaró:

"Que en tal sentido cabe tener presente, además, que el legislador ha utilizado al menos desde 1940 el concepto [convivencia] en diversas regulaciones, ya sea reconociéndole efectos jurídicos positivos a la convivencia, como titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones (Ley No 16.282, sobre sismos o catástrofes naturales; Ley No 19.696, que introdujo el Código Procesal Penal; Ley No 19.968, que crea los tribunales de familia; Ley No 19.980, que amplía los beneficios de la Ley No 19.123 sobre reparación; DFL No 1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del Código del Trabajo); así como fundamento de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley No 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley No 19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley No 19.927, que penaliza la pornografía infantil)¹⁵³;

Que, finalmente, hay que recordar que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. En efecto, el término "convivencia" (anteriormente "concubinato") se utiliza desde hace varios años y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Desde ya, nuestra Corte Suprema ha utilizado estos conceptos desde el año 1904 (Díaz Vargas con Carvajal, sentencia de 16 de diciembre, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. II, secc. 1a, pág. 227), y le ha otorgado efectos jurídicos y un reconocimiento a dicha relación como una institución que posee un lugar propio en el derecho privado. El reconocimiento de efectos jurídicos por los jueces a la convivencia es una constante en nuestro derecho civil (Ramos Pazos, René, "Derecho de Familia", T. II, 6a ed., 2009, págs. 627 y siguientes). Sus elementos, de acuerdo a la doctrina especializada, son, por una parte, un elemento objetivo (corpus), el vivir juntos, y, por otra parte, un elemento subjetivo (affectio), la conciencia de compartir la vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual (Donoso Vergara, Florencia, y Rioseco López, Andrés, "El concubinato ante la jurisprudencia chilena", Santiago, Lexis-Nexis, 2007; Barrientos Grandón, Javier, "De las uniones de hecho", Santiago, Lexis-Nexis, 2008,

¹⁵² CONSIDERANDO 54º.

¹⁵³ STC 1432, considerando 37º.

págs. 28 a 51, y Ramos Pazos, René, ob. cit., págs. 627 y 628; y la numerosa jurisprudencia citada por dichos autores);¹⁵⁴

La importancia de estos fallos, entonces, radican en el recurso al criterio histórico para determinar el sentido de ciertos términos, y establecer que las palabras (“personas”, “nasciturus”, “convivencia”) cuyo significado se quiere precisar, vienen siendo entendidas de modo uniforme y continuado (criterio de la constancia terminológica). Sin embargo, esta distinción es solo doctrinaria, y no es ampliamente reconocida por la jurisprudencia nacional, y, para el Tribunal Constitucional, se estima como una parte de la historia fidedigna del establecimiento de la norma.

¹⁵⁴ STC 1432, CONSIDERANDO 38º.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Incoamos esta investigación con el objetivo buscar una respuesta a la pregunta inicial sobre ¿cuál es el uso, frecuencia e influencia del método histórico en la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional chileno?

Sin embargo no podíamos responderla sin previamente determinar que se entiende y cómo se aplica el método histórico de interpretación en la actualidad.

De esa manera, hemos podido constatar que, si bien el método histórico tuvo su origen en la escuela histórica, en el siglo XIX, dicho método sigue presente en la discusión de la interpretación legal, pero sobre todo de la constitucional.

En efecto, hoy existe una gran controversia acerca de su papel en la interpretación de la constitución que se da entre los llamados "originalistas" y "evolucionistas" y, si bien esta discusión tiene su origen en un contexto de pensamiento distinto al nuestro (Common law) muchas de sus ideas puede ser aplicadas al llamado derecho continental y, aun cuando se estime que ello no es así, de cualquier forma revela su importancia tanto a nivel formal como sustancial para la interpretación de la constitución, sin perjuicio de la existencia de otras modalidades de aplicación del mismo, fruto de la evidente evolución que debe tener el estudio de cualquier método interpretativo.

Sin embargo en Chile, cuando hablamos de método histórico de interpretación, se pretende definir como un método de interpretación de la norma que pretende la reconstrucción del pensamiento del legislador contenido en ella, olvidándose que, además, dicho método debe encaminarse hacia una investigación histórica del contexto cultural en que nació la ley y tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley había sido dada, determinando así el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debía esclarecer, pero que la doctrina nacional dejó de entender de esa forma, transformándolo en un mero recurso a los antecedentes históricos específicos.

En ese mismo sentido ha sido entendido el método histórico por el Tribunal Constitucional Chileno, reduciéndose mayoritariamente, al estudio de aquellos documentos, dignos de toda fe, que contienen "la historia fidedigna de su establecimiento", y que se encuentra restringido a los debates ocurridos en el cuerpo legislativo al tiempo de discutirse el proyecto, el texto del mensaje respectivo, las mociones, actas de sesiones de las comisiones que suelen elaborar los proyectos, etc., con el objeto de establecer el sentido de una disposición acudiendo a la intención del constituyente que, supuestamente, se encuentra contenida en ellos.

Lo anterior no significa que el Tribunal Constitucional no utilice dicho método al interpretar la constitución, ni que no lo entienda bajo otras modalidades, sino que al contrario, en la jurisprudencia constitucional existe una práctica persistente de recurrir al método histórico, como hemos podido apreciar en las sentencias estudiadas, lo que da respuesta a la primera parte de nuestra pregunta.

Sin embargo este recurso tiene el problema de constituir una perenne cita a las actas de la Comisión Ortúzar con el objetivo de recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones constitucionales, confundiendo dicha comisión con el constituyente, lo que empieza a ser criticado por la doctrina nacional y, en cierta forma, dicha crítica, entre otras, ha hecho que el Tribunal Constitucional estime que el recurso al criterio histórico siempre debe ser "auxiliar, no central ni decisivo y utilizado solo en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto", por lo que, claramente, pareciera no tener influencia en la interpretación constitucional que realiza, es decir, se utiliza (y frecuentemente), pero no sería "central ni decisivo" en la interpretación que se hace de la norma constitucional.

Esta visión, en todo caso, se condice con lo que se ha demostrado a través de las sentencias analizadas, y es que, en todos esos casos (que constituyen algunas de las sentencias más relevantes, socialmente, emanadas de dicha magistratura), pese a que

el sentido de una norma o de una palabra ha sido determinado, específicamente, recurriendo al criterio histórico, este no ha tenido especial relevancia al momento de emitir una decisión específica, salvo en determinados casos.

Pese a ello, creemos que la opinión que ha emitido el tribunal constitucional y la aplicación que hace de dicho método deriva de la errada concepción que tiene del criterio histórico. Por ejemplo, el simple hecho que el Tribunal Constitucional chileno confunda el método histórico con el originalismo, señalando que este último se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado, da cuenta que dicho Tribunal – y la doctrina - jamás ha efectuado un debido, completo y claro desarrollo teórico del método interpretativo histórico, dedicándose únicamente a manosear una doctrina establecida a inicios del Siglo pasado, siendo esa, quizás, la razón de su errático recurso a dicho criterio y la poca importancia que al mismo le asigna.

O quizás ello se deba a que se considera al elemento histórico, en los términos en que en la actualidad lo presenta tanto la doctrina nacional como el Tribunal Constitucional, como un método que transforma a la Constitución en un testamento político forzoso de quien la dictó, cercenando al pueblo y a sus representantes el derecho mínimo de pensar e interpretar su constitución dentro de la diversidad del cuerpo político en constante evolución¹⁵⁵, o simplemente sea el resultado de que tanto la doctrina mayoritaria nacional como el Tribunal Constitucional se han olvidado que cuando el juez interpreta una norma, debe esforzarse no solo en juzgar conforme a ella, sin en juzgar “justamente”¹⁵⁶, siendo esta – la norma - un medio para alcanzar un fin, cual es la justicia, y que, si bien uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el intérprete es que la legislación nunca es clara respecto a la manera en que debe realizarse dicha interpretación – de forma restrictiva, extensiva, declarativa, analógica, histórica, etc.,- siempre es necesario tener presente que la interpretación del ordenamiento jurídico se encuentra claramente determinada por la evolución que experimentan sus instituciones, las que, a su vez, obedecen al consenso político que presenta la sociedad y que el derecho no es una realidad estática cuya aplicación se mantiene inalterable en el tiempo sino que experimenta periódicamente importantes procesos de transformación, ya sean violentos, o bien pacíficos e imperceptibles, de tal forma que es la dinámica de la sociedad la que determina la estructura del ordenamiento jurídico cuya evolución puede implicar un cambio en el sistema jurídico, en su interpretación y aplicación, o en ambas instancias a la vez y su permanente evolución genera, inevitablemente, una brecha entre realidad constitucional y norma¹⁵⁷, de tal manera que el intérprete debe aplicarla y superar esa brecha consultando también la realidad social existente, otorgándole así el sentido que mejor se ajuste a la solución que pudo prever el legislador al momento de dictarla, sentido que no puede establecerse sin la aplicación de un criterio histórico que tome en cuenta dichos elementos.

¹⁵⁵ PICA (2006), p. 146

¹⁵⁷ BASSA (2008), pp. 140-143.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILERA PORTALES, RAFAEL E. (2005): "Estado Constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional". Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo *Estado, derecho y democracia en el momento actual*. UNAM-IIJ, pp.19-38.
2. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2009): "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII, pp. 443 - 484.
3. ALESSANDRI R., ARTURO - SOMARRIVA U., MANUEL A.- VODANOVIC H., ANTONIO (1998): *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
4. ANCHONDO PAREDES, VÍCTOR E. (2012) "Métodos de interpretación jurídica". Revista Quid Iuris, Vol. 16, pp. 33-58.
5. ANSUÁTEGUI Roig, Francisco Javier (2012): "Jueces constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad), en Revista de Estudios Socio-Jurídicos (N 14), pp. 13-33.
6. ARAGÓN REYES, MANUEL (1997): "El juez ordinario. Entre legalidad y constitucionalidad", en Temas de Derecho Público (Vol. 44), pp. 179-202.
7. ARCE GÓMEZ, CELIN (1990): *Derecho Educativo (Costa Rica, UNED)*.
8. ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO (2002): "La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho: De la previsibilidad a la argumentación", en Anuario de Filosofía del Derecho (Nº 19), pp. 191-217.
9. ARIAS LÓPEZ, BORIS W. (2013) "Rigidez e interpretación constitucional". Revista Pensamiento Constitucional Nº 18, pp. 252-264.
10. ARIAS LÓPEZ, BORIS (2015): "Interpretación constitucional e interpretación legal: límites inciertos". Revista Estudios Constitucionales. Año 13, Nº 1, pp 73-90.
11. ARRÁZOLA JARAMILLO, FERNANDO (2015): "La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho", Revista de Derecho Público, Nº 34, pp. 2-28.
12. ATIENZA, MANUEL (2015): "Curso de argumentación jurídica" (España. Editorial Trotta).
13. ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO (2009): "Del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derechos y Justicia". Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, pp. 775-793.
14. BASSA MERCADO, JAIME - VIERA ÁLVAREZ, CHRISTIAN (2008). "Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución Chilena con el estado constitucional: Notas para su reinterpretación". Revista de Derecho Vol. XXI, Nº 2, pp. 131-150.
15. BARRÍA PAREDES, MANUEL (2011): "El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional". Revista Ars Boni Et Aequi. Año 7, Nº 2, pp. 257-279.
16. BELLOSO MARTÍN, NURIA (2014): "El neo constitucionalismo a debate: Entre la principiología y la arbitrariedad". Revista da Faculdade de Direito- UFPR, Curitiba, Vol. 59, Nº 1, pp. 145-178.
17. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2008): "la doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXX, pp. 185-219.
18. BOTERO-BERNAL, ANDRÉS (2012): "Matices a la interpretación tradicional de la exégesis. Revista Jurídicas, Vol. 9, Nº 2, pp. 120-135.
19. CARBONELL, Miguel (2008): "Constitucionalización" [fecha de consulta: 12 de febrero de 2017] [Disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/constitucionalizacion.shtml>]
20. CARBONELL, MIGUEL (2012). "Sobre la constitución viviente". Revista de Estudios Constitucionales. Año 10, Nº 2, pp. 609-616.

21. CARRASCO JÍMENEZ, EDISON (2017) "Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la "elasticidad de la ley". Revista Ius et Praxis. Año 23, Nº 1, pp. 555-578.
22. CASINOS MORA, FRANCISCO J (2002). "Nueve siglos de romanismo jurídico". Rivista di Diritto Romano. Vol II, pp. 351-399
23. CELIS CHAGÍN, WILMA (2001). "La interpretación jurídica". En Anuario, Vol. 24, [fecha de consulta: 18 de octubre de 2017] [Disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-2.pdf>].
24. CORNEJO GUERRERO, CARLOS (2006): "La escuela histórica y la investigación jurídica". Revista Jurídica "Docentia el Investigatio", Vol. 8, Nº 2, pp. 133-137.
25. CLARO SOLAR, LUIS (1942). *Derecho Civil y Comparado (Santiago)*.
26. CONTRERAAS MATUS, PAMELA ANDREA (2005): "Interpretación Constitucional: Un régimen especial". Revista Derecho y Humanidades, Nº 11, pp. 311-321.
27. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, FEDERICO. "La interpretación constitucional: problemas de método e intérprete". Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Nº 82 (2011), pp. 45-99.
28. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J. (2008) "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional". Revista Quid Juris. Año 3, Vol. 6, pp. 7-38.
29. DUCCI CLARO, CARLOS (1989): *Interpretación Jurídica en General y en la Dogmática Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
30. EHMKE, HORTS (2008): "Principios de la interpretación constitucional", en Themis, Revista de Derecho (Nº 5), pp. 7-12.
31. FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO (2013). "A la búsqueda de un método de la historia constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 92, pp. 411-424.
32. FIGUEROA-MEJÍA, GIOVANNI A. "Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en General e Interpretación constitucional en particular". Revista DIKAION, Año 24, Vol. 19 Nº 1, Junio-2010, pp. 139-161.
33. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (2003). "Filosofía Hermenéutica y Derecho". Revista de Filosofía Azalea. Nº 5, pp.191-211.
34. GARCÍA BARRENA, MYRNA E. (2007): "La jurisprudencia y la interpretación en la teoría jurídica contemporánea y posmoderna". Letras Jurídicas, Revista Electrónica de Derecho, Nº 4, pp. 1-33.
35. GIL RENDÓN, RAYMUNDO (2011): "El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales". Revista Quid Iuris, Año 6, Vol. 12, pp. 43-60.
36. GUASTINI, RICCARDO (1999): "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?". En Estudios sobre la interpretación jurídica. México, UNAM -IIJ, pp. 76-101.
37. GUASTINI, RICCARDO (2015): "La interpretación de la Constitución". Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. 3, pp. 2011-2086.
38. GUASTINI, RICCARDO (2003) "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico", Carbonell, Miguel *Neoconstitucionalismo* (España, Ed. Trotta).
39. GUASTINI, RICARDO (2015). "Interpretación y construcción jurídica". Revista Isonomía. Nº 43, pp. 11-48.
40. HAKANSSON-NIETO, CARLOS (2009): "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una aproximación". Revista DIKAION, Año 23, Nº 18, pp. 55-77.
41. HUERTA, CARLA (2004). "Savigny en el contexto actual de la interpretación". Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Tomo XVI, pp.187-200
42. LACLAU, MARTÍN (2010). "Interpretación del derecho e intuición en el pensamiento de Savigny". Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 11, pp. 225-252

43. LAISE, LUCIANO. "La interpretación de la constitución de los Estados Unidos según el originalísimo intencionalista. Método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades". *Revista de historia constitucional*. Nº 18 (2017), pp. 245-292
44. LAISE, LUCIANO. "El originalismo de intenciones originales: Tres tesis y dos objeciones". *Revista de Derecho*. Año 22. Nº 2, p.199-220.
45. LAISE
46. LIENDO TAGLE, FERNANDO. "La interpretación originalista de la Constitución según Antonio Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental?". *Revista Forseti*. Nº 1. Año 2015, pp. 192-221.
47. LIFANTE VIDAL, ISABEL (1999): "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos", *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 36, pp. 41-46.
48. LIFANTE VIDAL, ISABEL (2008) "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista". *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 25, pp. 257-27.
49. MANTILLA ESPINOZA, FABRICIO (2009): "INTERPRETAR: ¿Aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho*, Vol. XXXIII, pp. 537-597.
50. MARSHALL BARBERÁN, PABLO (2010): "El Estado de derecho como principio y su consagración en la Constitución Política". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 17, Nº 2, pp. 185-204.
51. MELERO C., MARIANO (2007): "Derecho e interpretación en Dworkin" II Taller Derecho y Justicia. Getafe: Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GDYJ), 13 p. [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2017] [Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/14204>].
52. MORELLI, MARIANO G. "Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el pensamiento de Savigny". *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Año, pp. 69-100.
53. MORINEAU, MARTA (2004): "Un acercamiento a Savigny". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. Nº 16, pp. 187-200.
54. MUÑOZ LEÓN, FERNANDO (2007). "La interpretación originalista de nuestra constitución. ¿Es posible y deseable?". *Revista de Derecho Público*. Vol. 69, pp. 383-388.
55. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia". *Revista Estudios Constitucionales*, Año 13, No 2, pp. 301-350.
56. NUÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (2016). "Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación: veintitrés problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil Chile sobre la interpretación". *Revista Ius et Praxis*. Año 22, Nº 1, pp.129-164.
57. NUÑEZ VALADES, MIGUEL ANTONIO (2012). "The Living Constitution. David A. Strauss. (2010) Oxford University Press, Oxford, 150 pp.". *Revista Eunomía*. Nº 1, pp. 196-201
58. OPALEK, KAZIMIERZ (1973): "Doing Things with Word" and the Law, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 17, pp.225-232.
59. PACHANO ORDOÑEZ, FERNANDO (2002): "Apuntes sobre la interpretación constitucional", en *Iuris Dictio*. *Revista del Colegio de Jurisprudencia* (Nº 6), pp. 75-79.
60. PALACIOS ALCOCER, MARIANO – CASTELLANOS MADRAZO, J. FRANCISCO. (2007) "Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional". Diego Valadés/Miguel Carbonell *El proceso constituyente mexicano*, pp. 731-765.
61. PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE (1999). "Aproximación a la escuela histórica del derecho". *Boletín de la Facultad de Derecho*. Nº 14, pp. 15-43.

62. PÉREZ VÉLIZ, ALIE – DÍAZ DOMÍNGUEZ, TERESA. "El método histórico – jurídico: Hacia una nueva concepción en la formación histórica del jurista". Revista de Pedagogía Universitaria. Vol. XVIII, Nº 2 (2013) pp. 127-146.
63. PÉREZ MARTÍN, ANTONIO (1999): "El Ius Commune: Artificio de Juristas". Tomàs de Montagut *História del Pensament Jurídic*, pp. 69-93.
64. PICA, RODRIGO (2006): "Acerca de los aspectos generales de la hermenéutica constitucional". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 13, nº 1, pp. 143-169.
65. PRIETO SANCHIZ, LUIS (1991): "Notas sobre interpretación constitucional". Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 9, pp. 175-198.
66. PRIETO SANCHÍS, LUIS (2001): "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Revista, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Nº 5), pp. 201-228.
67. PULIDO-ORTIZ, FABIO ENRIQUE (2012): "Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional". Revista DIKAIÓN, Vol. 21, Nº 21, pp.119-158.
68. QUINTANA BRAVO, FERNANDO (2006): *Interpretación y Argumentación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
69. QUINTANA BRAVO, FERNANADO (2016): *Estudios sobre la Teoría de la Interpretación Jurídica* (Santiago, Legal Publishing Chile).
70. QUINTANA, LAURA (2015): "¿Un derecho que no es un derecho? El derecho como estructura política del desacuerdo". Revista de Ciencia Política. Vol. 10, Nº 19, pp. 69-93.
71. RAMÓN REAL, ALBERTO.(1979) "Los métodos de interpretación constitucional". Jornadas de derecho Constitucional, pp. 57-69.
72. RISSO FERRAND, MARTÍN (2014): "Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay". Revista de Estudios Constitucionales. Año 12, Nº 1, pp. 239-283.
73. RIVAS SANDOVAL, FRANCISCO J.- SERRANO MORÁN, JOSÉ A. (2015) "Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica". Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas. Vol. 4, Nº 8. pp. 382-395.
74. RIVEROS FERRADA, CAROLINA (2013). "Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al artículo 206 del Código civil: Tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica". Revista de Derecho, Vol. 20, Nº 1, pp. 377-392.
75. RODRÍGUEZ – TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN (2014). "Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)". AFD Vol. XXX, pp. 339-369.
76. RODRÍGUEZ – TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN. "El criterio histórico en la interpretación jurídica" AFD. Vol. XXII, Año 2013, pp. 599-632.
77. ROMERO PÉREZ, JORGE E. (2014): "Notas sobre la interpretación jurídica". Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 133, pp. 79-102.
78. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO (2006): "La función del juez como creador de normas jurídicas en el derecho internacional privado", Revista de derecho UNED, Nº 1, pp. 331-357.
79. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, JUAN J. (1981) "Sobre el principio de la separación de poderes". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº 24, pp. 215-234.
80. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, JUAN J. (1990) "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº 69, pp. 175-188.
81. SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN (2000): *Introducción al Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
82. VERDUGO R., SERGIO – GARCÍA G., JOSÉ F. "El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del caso de Luciano Cruz Coke". Revista de Derechos Fundamentales. Nº 10. Año 2013, pp.137-156.

83. VILLAR BORDA, LUIS (2007): "Estado de Derecho y Estado Social de Derecho". Revista Derecho del Estado. Nº 20, pp. 73-96.
84. VODANOVIC H., ANTONIO (1996): *Manual de Derecho Civil. Partes preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.)
85. VON SAVIGNY, F.K (1979) *Metodología Jurídica* [ed. de G. Wesendberg (1951) sobre los apuntes de J. Grimm], trad. de J.J. Santa-Pinter (Bueos Aires, Depalma ed.).
86. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO (2006): "Control de Constitucionalidad y sentencia", en Cuadernos del Tribunal Constitucional, Nº 34.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Sentencia rol 346 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2002, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998.
2. Sentencia rol 1710 del Tribunal Constitucional, de 6 de agosto de 2010. Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933.
3. Sentencia rol 1881 del Tribunal Constitucional, de 3 de noviembre de 2011. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil.
4. Sentencia rol 1432, del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 2010. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art.93, Nº 6, de la Constitución Política de la República).
5. Sentencia Rol 740-07-INA del Tribunal Constitucional, de 18 de abril de 2008. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art. 93, Nº 16, inciso 19º de la Constitución Política de la República).
6. Sentencia Rol Nº1287-08-INA del Tribunal Constitucional, de 8 de septiembre de 2009. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art.93, Nº 6, de la Constitución Política de la República).
7. Sentencia Rol 1365-09-INA del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de abril de 2010. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art. 93, Nº 6, de la Constitución Política de la República).
8. Sentencia Rol Nº 2897-15-INA del Tribunal Constitucional, de 4 de julio de 2017. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art. 93, Nº 6, de la Constitución Política de la República).
9. Sentencia Rol Nº 3729 (3751)-17-CPT de 2 de agosto de 2017, sobre despenalización del aborto. Requerimiento de Constitucionalidad (art. 93 Nº 3 de la Constitución Política de la República).