

## AUTORESTRICCIÓN EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO\*

CARLOS CARMONA SANTANDER\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
ccarmona@tcchile.cl

RESUMEN: El artículo analiza las modalidades a través de las cuales el Tribunal Constitucional chileno puede autorestringirse en el ejercicio de sus facultades. Para ello, por de pronto, analiza los distintos modelos de justicia constitucional. Enseguida, examina las distintas perspectivas que se han entregado para fundar dicha justicia. A continuación, pasa revista a las críticas que la doctrina ha dirigido a la justicia constitucional. Asimismo, producto de las posiciones irreconciliables que se genera entre los que aceptan y los que rechazan la justicia constitucional, examina dos posiciones que pretenden superar esa posición binaria. Por una parte, aquella que propone examinar una serie de factores para decidir su legitimidad. Por la otra, aquella que postula el diálogo interorgánico y las Cortes o Tribunales Constitucionales. Luego, para salvar el carácter democrático de las decisiones del Tribunal Constitucional, el autor examina sobre si existe o no una teoría de la autorestricción. Esta, según el autor, se manifiesta de distinta manera. En primer lugar, por una serie de áreas que el Tribunal se inhibe conocer. Estas tienen que ver con las cuestiones de hecho, la legalidad y el mérito. En segundo lugar, con los criterios de interpretación. Aquí destaca la presunción de constitucionalidad y el principio de interpretación conforme, sin perjuicio de anotar otra serie de criterios que el Tribunal ha elaborado a raíz de acciones de inconstitucionalidad ejercidas en contra de ciertos preceptos legales, después que han sido declarados inaplicables. Una tercera manifestación de la autorestricción es el método de análisis que el Tribunal emplea para resolver. Aquí considera a los precedentes, los *test* y la fundamentación de sus decisiones.

Palabras clave: *Autorestricción, presunción de constitucionalidad, objeción contramayoritaria, precompromiso, razón pública, diálogo interorgánico, precedente, test.*

\* Presentación en el V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional, 18.08.2011. El autor agradece a Rodrigo Kaufmann por su ayuda en la traducción del inglés de ciertos textos utilizados en esta presentación. Trabajo recibido el 27 de abril y aprobado el 29 de mayo de 2012.

\*\* Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional.

## SELF-RESTRAINT IN THE CHILEAN CONSTITUCIONAL COURT

**ABSTRACT:** The article analyzes the modalities through which the Chilean Constitutional Court can to self-limit in the exercise of its powers. To do this, first of all, discusses various models of constitutional justice. Next, examine the different perspectives that have been delivered to found such justice. It then reviews the criticisms that the doctrine has led to constitutional justice. Also, due to irreconcilable positions generated between accepting and rejecting the constitutional justice, examines two positions to outrange to the binary position. First, one that proposes to examine a number of factors to determine their legitimacy. On the other hand, we hypothesize that inter-agency dialogue and the Courts or Constitutional Courts. Then to save the democratic nature of the decisions of the Constitutional Court, the author examines whether or not a theory of self-restraint. This, according to the author, is manifested in different ways. First, for a number of areas that the Court was inhibited know. These relate to questions of fact, the legality and merit. The second point is the criteria of interpretation. Here stands the presumption of constitutionality and the principle of consistent interpretation, subject to score another set of criteria that the Court has developed as a result of unconstitutional actions exerted against certain rules of law, after they have been declared unenforceable. A third manifestation of self-restraint is the method of analysis that the Court employs to solve. Here considers the previous tests and the rationale for their decisions.

**Keywords:** *self-restraint, presumption of constitutionality, countermajoritarian objection, precommitment, public reason, inter-agency dialogue, legal precedent, test.*

Se nos invita a reflexionar en este panel sobre quién nos protege del guardián de la Constitución.

A veces las preguntas insinúan o inducen respuestas, porque se hacen desde cierta perspectiva.

La pregunta no es ¿es legítimo que exista guardián? o ¿necesitamos protección? Se da por hecho: existe. No es tampoco: ¿De verdad nos protege? La pregunta nos remite a un algo o alguien misterioso: ¿quién nos protege? o ¿quién nos quiere proteger de esta amenaza?

Se trataría de una amenaza per se; es decir, constitutivamente el Tribunal Constitucional estaría destinado a cumplir ese rol. Su tarea sería la de generar un mal inminente en el proceso democrático o en los derechos de las personas.

Se trata, entonces, de una inquietante pregunta. El Tribunal Constitucional, más que proteger, amenazaría los derechos y los procesos de toma de decisiones de los órganos públicos.

Existe, en efecto, una manera de ver al Tribunal Constitucional como un órgano que además de no ser electo, afecta las atribuciones de órganos electos. Se afirma que el Tribunal Constitucional, al controlar los proyectos de ley, las leyes, pudiendo incluso derogarlas, distorsiona el proceso democrático.

El Tribunal Constitucional recibe sus atribuciones de la Constitución. Se trata de un órgano constitucional. Ha sido creado y configurado por la Carta Fundamental. En eso, no se distingue de otros órganos, como el Presidente de la República, el Congreso Nacional, el Banco Central, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República. A todos ellos la Constitución le fija sus potestades y sus finalidades, lo mismo que al Tribunal Constitucional. Sin embargo, sus potestades son de tal naturaleza, que a pesar de ello, es una amenaza. De ahí que el presente trabajo parta por constatar la discusión sobre la legitimidad del Tribunal Constitucional. Ese es el origen del cuestionamiento. Esto nos llevará a la manera en que los distintos ordenamientos buscan conjurar esa amenaza. Pero nuestro objetivo no es detenernos en este punto. Más bien queremos explorar si nuestro Tribunal Constitucional, a partir del ejercicio de sus propias atribuciones, tiene una doctrina que restrinja su ejercicio.

Queremos examinar si nuestro Tribunal Constitucional, cuando ejerce ese rol de guardián que le impone la norma que lo creó, se autorestringe, se autolimita.

El Tribunal no puede modificar la Constitución y anularse. No puede dejar de ejercer sus atribuciones. Pero sí puede ser respetuoso con las facultades que se le dio, y actuar prudentemente, en una relación de coexistencia con los poderes del Estado cuyos actos está llamado a controlar.

Intentaremos, entonces, responder a la siguiente pregunta: ¿Existe realmente una doctrina de la autorestricción en la jurisprudencia Tribunal?

El trabajo tiene cuatro partes. En la primera, se examina el origen de nuestro Tribunal Constitucional (números 1 y 2). En la segunda, se examinan las distintas maneras en que los actores han fundado la justicia constitucional (número 3). En la tercera, se pasa revista a las principales críticas que han surgido sobre su existencia (números 4, 5 y 6). En la cuarta, se exploran los elementos de una autorestricción del Tribunal Constitucional (números 7, 8, 9, 10, 11 y 12). Finalmente, hay un capítulo de conclusiones (número 13).

Advertimos, de partida, que, para facilitar la lectura, hemos trasladado a notas, las citas de autores y las citas de jurisprudencia.

1. Antes de 1970, no existió en nuestro país un Tribunal Constitucional. Ni la Constitución del 25 ni las que la precedieron, lo consagraron.

Fue mediante la ley de reforma constitucional N° 17.284, de enero de 1970, que se incorporó a nuestro ordenamiento constitucional<sup>1 2</sup>. Ello no significa que antes no existiera una función de control constitucional de ciertos actos normativos o de actuaciones de algunos órganos del Estado. Por de pronto, la Constitución de 1925 establecía el recurso de inaplicabilidad<sup>3</sup>. Enseguida, en las Constituciones del siglo XIX, algunos órganos debían velar por la observancia de la Constitución<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La reforma incorporó tres artículos a la Constitución (artículo 78 a), b) y c)). El inciso primero del artículo 78 a) señalaba: “Habrà un Tribunal Constitucional, compuesto de cinco Ministros que durarán cuatro años en sus funciones pudiendo ser reelegidos. Tres de ellos serán designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros.” Antes de esta reforma, se había intentado su incorporación por proyectos de reforma constitucional propuestos por el Presidente de la República Jorge Alessandri Rodríguez (mayo de 1964) y también por el Presidente Frei Montalva, en su primer proyecto de reforma (noviembre de 1964). El Mensaje del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 17.284, lo envió el Presidente Frei Montalva, en enero de 1969.

<sup>2</sup> Este Tribunal funcionó entre el 10.09.1971 y el 10.11.1973, fecha en que fue disuelto por el D.L. N° 119. Dictó 17 sentencias. Sus primeros integrantes fueron los Ministros de la Corte Suprema Ramiro Méndez y Rafael Retamal; el Presidente de la República designó a Enrique Silva Cimma, Adolfo Veloso y Jacobo Schaulsohn.

<sup>3</sup> El artículo 86, inciso segundo, señalaba: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recursos interpuestos en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.” Bajo la vigencia de la Constitución del 33, la doctrina, uniformemente, sostenía que los tribunales no podían, en las causas que conocieran, dejar de aplicar la ley. Al respecto, ver HUNEEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, tomo II. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes, 1891, p. 238. A CARRASCO ALBANO, Manuel (*Comentarios sobre la Constitución Política de 1833 -2° Edición-*). Santiago, Chile: Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874, p. 198), le parecía lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial.

<sup>4</sup> Así, el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, establecía en su artículo VI, lo siguiente: “Si los gobernantes (lo que no es de esperar) diesen un paso contra la voluntad general declarada en Constitución, volverá al instante el poder a las manos del pueblo, que condenará tal acto como un crimen de lesa Patria, y dichos gobernantes serán responsables de todo acto, que directa o indirectamente exponga al pueblo.” Por su parte, la Constitución de 1818, en tres artículos de su capítulo III, establecía lo siguiente: “Art. 1.º El instituto del Senado es esencialmente celar puntual observancia de esta Constitución.”; el art. 2.º señalaba: “La infracción de la Constitución por algún cuerpo o ciudadano, será reclamada por el Senado al Director Supremo, quien deberá atenderla bajo su responsabilidad”; y el art. 3.º, “En todas las ciudades y villas del Estado habrá un Censor elegido por su respectivo Cabildo, y con asiento después de los alcaldes, el que en toda aquella jurisdicción cuidará como el Senado en todo el Estado, de la observancia de esta Constitución, conforme a los dos artículos anteriores; y en las transgresiones que notase, así en los funcionarios del pueblo como del campo, oficiará por primera y segunda vez al Gobernador o Teniente para su remedio, y en caso que éstos no lo hagan eficazmente, dará parte al Senado.”. En la Constitución de 1822, se encargaba a la Corte de Representantes cierta función constitucional. El artículo 67 señalaba: “Concluidas las sesiones de la Cámara del Senado, sólo quedará la Corte de Representantes investida de las atribuciones siguientes: 1.ª Cuidar del cumplimiento de la Constitución y de las leyes.”. Por su parte, los artículos 243, 244 y 245 señalaban: “Art. 243. Todo chileno tiene derecho a pedir la observancia de la Constitución, y a que se castigue al infractor de ella, sea cual fuere su clase o investidura.”; “Art. 244. Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, los Tribunales y demás autoridades mirarán este delito como uno de los de mayor gravedad.”; “Art. 245. El infractor perderá todos los derechos de ciudadano por diez años, sin perjuicio de las demás penas que señale la ley.” La Constitución de 1823, enseguida, le entregaba al Senado la siguiente función: “5.º Proteger y defender las garantías individuales, con especial responsabilidad.” (artículo 38 N° 5). La Constitución de 1828 reparte esta función en varios órganos. Por de pronto, el artículo 132 le encarga al Congreso lo siguiente: “Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos.” Enseguida, durante el receso del Congreso, operaba una comisión permanente, compuesta por un senador por cada provincia (artículo 90). Entre otras tareas, le correspondía a esta comisión: “1.º Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes.” (artículo 92, N° 1). A continuación, se entregaba a la Corte Suprema la facultad de conocer y juzgar “de las infracciones de Constitución” (artículo 96 N° 7). Finalmente, la Constitución de 1833, reiteraba el artículo 132 de la Constitución del 28, en los siguientes términos: “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.” (artículo 164). Y la Comisión Conservadora debía velar por “la observancia de la Constitución y las leyes”. En este mismo sentido, ver ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Elementos de jurisdicción constitucional*, tomo II. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Central, 2002, p. 230 y siguientes. También NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE; *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)* Santiago, Chile: Ediciones Tribunal Constitucional, 2011, p. 15.

Sin embargo, no ha existido desde 1970 en adelante un mismo Tribunal Constitucional. No sólo porque ha cambiado su integración y sus potestades, sino también porque ha evolucionado su sentido. En efecto, el Tribunal de 1970 tiene por misión fundamental resolver las discrepancias que surjan entre los órganos constitucionales. Ello se demuestra en los fundamentos del mensaje que inició la reforma constitucional respectiva. En él, se concibe al Tribunal como “encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consista en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental... Su objetivo primordial es la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales.”<sup>5</sup> <sup>6</sup> También se revela en las atribuciones que se le entregan<sup>7</sup>. El tribunal que crea la Constitución de 1980, en su texto original, mantiene esa función de resolución de conflictos<sup>8</sup>. De hecho, se le entregan otras en este sentido<sup>9</sup>. Pero, por una parte, se le atribuye la función de conocer y sancionar conductas contrarias a las bases de la institucionalidad, de personas, grupos, organizaciones, partidos o movimientos<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “El Tribunal Constitucional”, en: FREI, Eduardo, et al. “La reforma constitucional de 1970”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 219). El énfasis en el rol de resolver conflictos entre órganos, tiene una doble explicación. Por una parte, la existencia de conflictos constitucionales entre el Ejecutivo y el Congreso, que no tenían un mecanismo de resolución (al respecto, SILVA CIMMA, Enrique. *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 15 y siguientes). Por la otra, los modelos de Tribunal Constitucional que toma como referencia la reforma de 1970 (Austria - Constitución de 1920, artículo 138; España - Constitución de 1931; Italia - artículo 134, Constitución de 1947; Alemania - Constitución de 1949, artículo 93, N° 1 a 4; Yugoslavia), entregan a los tribunales este tipo de potestades, sobre todo para dirimir las cuestiones de competencia entre los estados y la Federación.

<sup>6</sup> Cuando el Tribunal Constitucional es disuelto en noviembre de 1973, por el D.L. N° 119, la Junta de Gobierno fundamenta la decisión en que su existencia es “innecesaria”, pues como “tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo”, y estos no “pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional” (Considerandos c) y d), D.L. N° 119).

<sup>7</sup> Estas atribuciones dicen relación con conflictos entre el Ejecutivo y el Congreso sobre proyectos de ley (78 B letra a), e)), respecto de la convocatoria a plebiscito (78 B letra c)) o de las inhabilidades de los Ministros de Estado (78 B letra d)). También tenía atribuciones para resolver conflictos entre el Ejecutivo y la Contraloría (78 B letra b).

<sup>8</sup> Artículos 82 N° 2, 3, 4, 5, 6.

<sup>9</sup> Por ejemplo, la de pronunciarse sobre las inhabilidades e incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios (82 N° 11).

<sup>10</sup> El pluralismo restringido era uno de los pilares del modelo de democracia que la Constitución de 1980 buscó instaurar. Mientras estuvo vigente esta facultad y el artículo 8°, en su texto original (“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.”), el Tribunal fue requerido en un par de ocasiones. La primera, en enero del año 1985, al declarar inconstitucional al Movimiento Democrático Popular, MDP; al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR; al Partido Comunista de Chile y al Partido Socialista de Chile, fracción Almeyda (STC Rol N° 21). La segunda, en diciembre del año 1987, en contra de don Clodomiro Almeyda Medina por “haber incurrido en actos que propagan doctrinas que propugnan la violencia como también en actos que propagan doctrinas que propugnan una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario, e igualmente en actos destinados a propagar doctrinas fundadas en la lucha de clases.” (Sentencia Rol N° 46);

Por la otra, se refuerza su rol de control de actos normativos<sup>11</sup>. Sin embargo, al igual que todos los órganos del Estado, estaba sujeto, al menos teóricamente, a una cierta tutela del Consejo de Seguridad Nacional<sup>12</sup>.

El Tribunal que surge con la reforma constitucional del año 2005, mantiene el rol de dirimir conflictos entre órganos<sup>13</sup> y de declarar la inconstitucionalidad de ciertas organizaciones, movimientos o partidos<sup>14</sup>. Sin embargo, refuerza considerablemente su poder de controlar actos normativos, pues se aumentan los que puede controlar y se refuerzan sus potestades en esa materia.<sup>15 16 17</sup>.

<sup>11</sup> El Tribunal adquiere la facultad de controlar preventivamente las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución (82 N° 1) y la de resolver la constitucionalidad de los decretos supremos (82 N° 12).

<sup>12</sup> A este organismo, integrado por el Presidente de la República, los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y por el General Director de Carabineros, le correspondía “representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer gravemente la seguridad nacional.” (artículo 96 letra b). Por reforma constitucional del año 1989, se reformó esta facultad por la siguiente: “hacer presente al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer gravemente la seguridad nacional.” Si bien este organismo nunca ofició al Tribunal Constitucional, era una potestad “presencial”, esto es, que no necesita ejercerse para producir efecto.

<sup>13</sup> Artículos 93 N° 3, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 14 y 15.

<sup>14</sup> Artículo 93 N° 10.

<sup>15</sup> El Tribunal controla, en primer lugar, normas con rango o fuerza de ley, pues ejerce un control preventivo y obligatorio de las leyes que interpretan la Constitución, de las leyes orgánicas y de los tratados internacionales que aborden materias propias de ley orgánica (artículo 93 N° 1); controla preventivamente y facultativamente proyectos de ley, de reforma constitucional, y de los tratados sometidos a aprobación del Congreso (artículo 93 N° 3); controla decretos con fuerza de ley (artículo 93 N° 4); controla represivamente la ley (artículo 93 N° 6 y 7). En segundo lugar, controla normas administrativas de los Tribunales (autos acordados, 93 N° 2) y del Presidente de la República (artículo 93 N° 9 y 16). Es decir, controla, de distintas formas, leyes, D.F.L., tratados, autos acordados, decretos supremos.

<sup>16</sup> La más importante de éstas es la de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, por 4/5 de sus miembros en ejercicio, produciendo la derogación del precepto legal (93 N° 7 y 94). Cabe señalar que el antecedente de esta facultad, se encuentra en el artículo 80 inciso segundo que propuso, durante la etapa de preparación de la Constitución, el Consejo de Estado. Este señalaba: “Si la Corte Suprema declarar inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de dicha publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos, lo que no empedirá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad.”

<sup>17</sup> Hay que resaltar que una de las innovaciones de la inaplicabilidad, es que puede ser formulada por el juez que conoce de la gestión pendiente. Esta facultad ha sido ejercida por la Corte Suprema (707/2007) por Cortes de Apelaciones (634/2007; 1615/2011; 1801/2011), por jueces de instancia (1340/2009). En el derecho comparado, también se permite esta inaplicabilidad solicitada por jueces. Así, en Alemania, el Artículo 100, N° 1, establece:

2. La existencia de una justicia constitucional es hoy día una realidad en los distintos países del mundo. En Europa, los autores hablan de “oleadas” para sintetizar su instauración<sup>18 19 20</sup>. En América Latina, la situación no es muy diferente<sup>21</sup>. En otros continentes, también se han instalado<sup>22</sup>. Sin embargo, no hay un único modelo de justicia constitucional. Habitualmente se distingue

---

“ Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.”. En España, el artículo 163 señala: “ Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”. En todo caso, la inaplicabilidad en nuestro país es un control jurisdiccional, de tipo concreto, represivo, facultativo y de preceptos legales. Al respecto, ZUÑIGA URBINA, Francisco; *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, 2010, pp. 16 y siguientes.

<sup>18</sup> FAVOREU, Louis; *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1994, p. 14. ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 14 y siguientes.

<sup>19</sup> Así, se distinguen cuatro oleadas. En primer lugar, tras la primera guerra mundial, se crean tribunales constitucionales en Austria (1920), en Checoslovaquia (1920) y en España (1931). La segunda etapa viene después de la Segunda Guerra. Se crea aquí el Tribunal austriaco (1945), el japonés (1947), el italiano (1948) y el alemán (1949). La tercera oleada de produce en los años 70, cuando Grecia (1975) Portugal (1976) y España (1978) crean sus tribunales constitucionales. La cuarta oleada comienza en la época de los ochenta, cuando Bélgica (1983), Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991), Bulgaria (1991), crean el suyo. De los 27 Estados de la Unión Europea, 18 han creado tribunales constitucionales.

<sup>20</sup> El resto de los países de la Unión están ubicados en distintas situaciones. Suecia, Finlandia y Dinamarca, tienen un modelo en que los tribunales ordinarios pueden declarar inconstitucional un precepto. Enseguida, en Irlanda, la High Court y la Supreme Court, tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. En Grecia todos los tribunales pueden inaplicar las leyes por motivos de constitucionalidad. En Chipre, la función corresponde al Tribunal Supremo. En una categoría especial se encuentran Holanda y Reino Unido. El primero, prohíbe a los jueces inaplicar leyes por motivos constitucionales (el artículo 120 de su Constitución establece: “el juez no juzgará la constitucionalidad de leyes y tratados”). Inglaterra tiene, a partir de 1998, una declaración de incompatibilidad con los derechos señalados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cargo de ciertos tribunales. La norma está establecida en la Human Rights Act. Al respecto, FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011, p. 27-28.

<sup>21</sup> Tienen Tribunal Constitucional Bolivia (artículo 196-202, de su Constitución); Colombia (artículo 239 a 245, de su Constitución), Ecuador (artículo 429 a 440), Perú (artículo 201 a 204); Chile (artículo 93 a 95). En otros países, la Corte Suprema cumple ese rol: Argentina, (artículo 108 a 116), Brasil (artículo 101 a 103 a)), México (artículo 94 a 105). Venezuela (artículo 211 a 216).

<sup>22</sup> Corea del Sur, Indonesia, Tailandia, Sudáfrica, Turquía.

entre el modelo americano y el modelo europeo<sup>23 24</sup>. Al primero, se le denomina descentralizado, pues el control se confía a todos los tribunales del país. Se trata de un control concreto, pues el

<sup>23</sup> De modo general, ver RUIZ MIGUEL, Alfonso; “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, en *Doxa* 23 (2000) p. 145-160. Otros autores realizan clasificaciones partiendo de otros puntos de vista. Por ejemplo Francisco Rubio Llorente (RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en: VVAA, *Manuel Fraga, Homenaje Académico*. Madrid, España: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pp. 1411 y siguientes) distingue entre un modelo centrado en la ley y un modelo centrado en la defensa de los derechos. El primero es abstracto, y el segundo, concreto. En Italia, Lucio Pegoraro (“PEGORARO, LUCIO. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Turín, Italia: Giappichelli, 1998) señala que hay cuatro modelos: el norteamericano, el austríaco, el mixto y los casos particulares, en que ubica a Grecia y Portugal. Víctor Ferreres (*op. cit.* (n.20) p. 31) señala que desde el punto de vista de la pureza de la función, hay distintos tipos de tribunales. En primer lugar, están los tribunales puros, cuya única función es enjuiciar la validez de las leyes (por ejemplo, Bélgica). En segundo lugar, hay tribunales que realizan tareas adicionales, pero cuya función principal sigue siendo el control de constitucionalidad de las leyes (Francia, Italia, Portugal). Finalmente, se encuentran aquellos tribunales que junto a la función básica ejercen otras, tan primordiales como aquella (Alemania, Austria y España).

En todo caso, mientras el modelo norteamericano se construyó a partir de la desconfianza hacia el Congreso que hacía la ley en Inglaterra y, por tanto, había que creer en la propia Constitución y en sus jueces, en Europa, por influencia de Francia, el modelo se retrasó en su partida por la desconfianza hacia los jueces, en que la ley era expresión de la voluntad soberana, en que a los jueces sólo les correspondía decir lo que la ley señalaba. Sobre el origen de estos modelos, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Trotta, 2009, pp. 21-100.

En Francia, los intentos por instaurar la justicia constitucional son casi simultáneos con la Revolución Francesa. Por ejemplo, Sieyès propone los jueces constitucionales. La Constitución de 1799, crea un Senado conservador, con facultades sobre la ley. La Constitución de 1852 otorga al Senado ser el guardián del pacto constitucional y de las libertades públicas. La tercera República omite cualquier referencia en la materia. La Constitución de 1946 convierte el control de constitucionalidad de las leyes en un incidente del procedimiento de reforma de la Constitución, que debía examinar un comité constitucional. Sólo recién en la Constitución de 1958, aparece el Consejo Constitucional, como un control abstracto. Para la evolución y explicación del sistema francés, PARDO FALCON, Javier. *El Consejo Constitucional francés*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990. Sin embargo, Francia si bien negó la justicia constitucional, se ha plegado entusiastamente a su sistema, pues por reforma constitucional del 23 de julio de 2008, los jueces ordinarios pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad, previo pase del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, abriendo paso al control concreto. Sobre la reforma de 2008, CARRILLO, Marc, “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008”, en *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 2, 2010, p. 587-600. La norma constitucional respectiva es la siguiente: “ARTICULO 61-1(1). Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.”

<sup>24</sup> TOCQUEVILLE, Alexis; “La democracia en América”, Madrid, España: Sarpe, 1984, señala, describiendo el modelo norteamericano, lo siguiente “¿Por qué, pues, posee un poder de que éstos carecen? En Francia, la Constitución es una obra inmutable, o considerada como tal. Ningún poder puede alterarla; tal es la teoría admitida. En Inglaterra se reconoce al Parlamento derecho para modificar la Constitución. En Inglaterra, por lo tanto, la Constitución puede cambiar continuamente o, mejor dicho, no existe. El Parlamento es a la vez cuerpo legislativo y cuerpo constituyente. Una Constitución americana no se considera inmutable, como en Francia, ni puede ser modificada por los poderes ordinarios de la sociedad, como en Inglaterra. Así pues, en América la Constitución puede variar, pero es el origen de todos los poderes tal como existe. La fuerza predominante sólo en ella radica” (p. 110). Más adelante agrega: “Sé que negando a los jueces el derecho de declarar inconstitucionales las leyes otorgamos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, puesto que no encuentra más barrera legal que lo detenga. Pero vale más otorgar el poder de cambiar la Constitución del pueblo a hombres que representen imperfectamente su voluntad, que a otros que se representan sólo a sí mismos. Sería menos razonable aún otorgar a los jueces ingleses el derecho de oponerse a la voluntad del cuerpo legislativo, puesto que el Parlamento, que es quien hace la ley, hace también la Constitución, y por consiguiente no puede tildar de inconstitucional a una ley que emana de los tres poderes. Ninguno de estos dos razonamientos es aplicable a América. En los Estados Unidos la Constitución

juez se pronuncia, por regla general, por vía de excepción con ocasión de la aplicación de la ley a un caso particular. Por la vía del precedente, los tribunales quedan vinculados a las decisiones de los tribunales superiores. También es un control que se realiza sobre una ley ya promulgada<sup>25</sup>. Al modelo europeo, se le denomina centralizado, porque es ejercido por un tribunal único y especial. Se trata de un control abstracto, ya que el juez se pronuncia por vía de acción dirigida contra la ley, al margen de un litigio concreto. Y en ocasiones, puede realizarse incluso sobre leyes no promulgadas<sup>26 27</sup>.

---

*está por encima tanto de los legisladores como de los simples ciudadanos. Es, pues, la primera de las leyes, por lo que ninguna ley puede modificarla. Por lo tanto, es justo que los tribunales obedezcan a la Constitución con preferencia a todas las leyes. Cuando ante los tribunales de los Estados Unidos se invoca una ley que el juez estima contraria a la Constitución puede, por tanto, negarse a aplicarla. Este es el único poder privativo del magistrado norteamericano, pero de él dimana una gran influencia política.”* (p. 111). Concluye su comentario, afirmando: “... o el pueblo cambia su Constitución o la legislatura anula su ley. Los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero al obligarlas a no atacar a las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder. Por una parte, la ley así censurada no queda destruida: su fuerza moral disminuye, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia llega al fin a sucumbir.” (p. 112).

- <sup>25</sup> El modelo norteamericano tiene varios matices. Sobre dos aspectos, es interesante el artículo de María Ángeles Ahumada Ruiz, El “certiorari”. “Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”; En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, p. 898-136. También el artículo de Eduardo Vígala Foruria; “Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos”, En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21 N° 62, mayo-agosto 2001; p. 77 a 124. Este último señala que a pesar del control concreto, existen casos de control abstracto. Menciona cuatro: 1. Procedimientos declarativos. Se utiliza para impugnar la inconstitucionalidad en abstracto de normas jurídicas. Especialmente por vulneración de la libertad de prensa. Sin embargo, también se utiliza en materia penal, por la elección diabólica del afectado: o cumple la ley, a riesgo de limitar sus derechos o la incumple y se arriesga a una acusación penal. 2. Los interdictos de suspensión de normas para impedir que los funcionarios apliquen una ley inconstitucional. 3. La impugnación directa y manifiesta por violación de la primera enmienda. (libertades de expresión y de asociación). Los argumentos que se utilizan aquí son los de la extralimitación o la vaguedad del lenguaje utilizado por la norma. (conceptos indefinidos que impiden que una persona sepa si su conducta es inocente o prohibida; hay un problema de adivinación). 4. Interdictos federales para suspender procesos en los tribunales de los estados miembros, en el que se esté aplicando o se vaya a aplicar una norma.
- <sup>26</sup> FAVOREAU, Louis, *op. cit.* (n.18) pp. 18 y siguientes, da cuatro razones para que en Europa no se haya recepcionado el modelo americano de justicia constitucional: 1. La sacralización de la ley; 2. La incapacidad del juez ordinario para ejercer la justicia constitucional, 3. La ausencia de unidad de jurisdicción; y 4. La insuficiente rigidez de la Constitución. Por otra parte, caracterizando el modelo europeo, señala que este se distingue por lo siguiente: 1. El Tribunal Constitucional tiene un estatuto constitucional; 2. Tiene un monopolio del contencioso constitucional; 3. Sus jueces no son magistrados provenientes de los tribunales ordinarios y los designan autoridades políticas; 4. Ejercen una verdadera jurisdicción; 5. El Tribunal se encuentra fuera del aparato jurisdiccional; y 6. Tienen una atribución común: el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.
- <sup>27</sup> Finlandia y Grecia tienen un sistema de control difuso. En Finlandia ese control se ejerce tanto respecto de la ley como de normas con rango inferior a ella. Respecto a la ley, el artículo 106 de su Constitución señala: “Si en un asunto en proceso en un Tribunal la aplicación de una norma con rango de Ley está en evidente contradicción con la Constitución, el Tribunal deberá otorgar jerarquía normativa a la norma constitucional.” En relación a las normas subordinadas a ley, el artículo 107 establece: “Si las disposiciones de un Decreto o de una norma de rango inferior al de Ley están en contradicción con la Constitución o con otra Ley, las mismas no podrán ser aplicadas por los Tribunales ni por otras autoridades.”. En Grecia, el control difuso lo consagra el artículo 93 de su Constitución, que dispone: “Los Tribunales no podrán aplicar ley alguna cuyo contenido sea contrario a la Constitución.”.

El modelo europeo se le denomina también kelseniano, pues se origina en la Constitución austríaca de 1920, que Hans Kelsen ayudó a redactar<sup>28 29 30</sup>.

3. Existen distintas maneras de fundar la justicia constitucional. Nosotros la dividiremos aquí en tres grandes enfoques<sup>31 32 33</sup>.

<sup>28</sup> Organizativamente, el Tribunal creado por la Constitución de 1920, estaba compuesto por un Presidente, un Vicepresidente, doce miembros y seis suplentes (artículo 147). El Presidente, El Vicepresidente, seis Ministros y tres suplentes, eran nombrados por el Presidente de la República a propuesta del gobierno federal, entre magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos. Los seis miembros restantes y los tres suplentes, eran designados por el Presidente federal, a propuesta interna del Consejo Nacional (artículo 147). Desde el punto de vista de sus atribuciones, el modelo se caracterizaba por lo siguiente: En primer lugar, el Tribunal Constitucional tenía el monopolio de la inconstitucionalidad de la ley federal (artículo 140). Los tribunales ordinarios carecían de competencia para examinar la validez de estas leyes (artículo 89). La inconstitucionalidad podía ser pedida por ciertos órganos públicos o directamente por una persona perjudicada (artículo 140). En segundo lugar, la anulación de la ley vinculaba a cualquier tribunal y órgano administrativo (artículo 140). En tercer lugar, la sentencia obligaba al Ejecutivo a publicar sin demora la derogación, produciendo efectos desde esa fecha. Dicha anulación hacía revivir las disposiciones derogadas por la ley inconstitucional. No obstante, la ley derogada podía seguir aplicándose a cuestiones de hechos consumadas antes de la anulación (artículo 140). En cuarto lugar, el Tribunal Constitucional tenía funciones adicionales a la declaración de inconstitucionalidad. Así, conocía de ciertas cuestiones de competencia (artículo 138), de la ilegalidad de decretos de autoridades federales o regionales (artículo 139), de impugnaciones electorales (artículo 141), y de infracciones al derecho internacional (artículo 145).

<sup>29</sup> Para el estudio comparado, CAPPELLETTI, Mauro; “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”; En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 13, enero-febrero 1980, p. 61-103; y “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, En *Revista Española de Derecho Constitucional*; año 6 N° 17, mayo-agosto 1986, p. 9-46.

<sup>30</sup> Aparte de los matices de cada país, y las actualizaciones que introducen a su legislación, este modelo está siendo objeto de dos grandes innovaciones. Por una parte, la presencia de tribunales internacionales (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y toda la normativa de la Unión Europea. Por la otra, la posibilidad que los jueces ordinarios puedan interpretar la Constitución, aunque no inaplicar o anular preceptos legales.

<sup>31</sup> Sobre una panorámica del debate, BAYÓN, Juan Carlos; “Derechos, democracia y Constitución”, En: *Discusiones: Derecho y justicia constitucional* N° 1, 2000. También RUIZ MIGUEL, Alfonso; “Constitucionalismo y democracia”, En: *Isonomía* N° 21, octubre 2004, p. 51-84; Asimismo, MORESO, José Juan; “Derechos y justicia procesal imperfecta”, En: *Discusiones: Derecho y justicia constitucional* N° 1, 2000, p. 15-51. Además, LAPORTA, Francisco. “El ámbito de la Constitución”, En: *Doxa*, N° 24, 2001, p. 459-484. Finalmente, de LORA, Pablo. “La posibilidad del constitucional Thayeriano”, En: *Doxa* N° 23, 2000, p. 49-75.

<sup>32</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1996, capítulos 2, 3, 4, 5 y 6; hace una separación entre la posición conservadora elitista, donde ubica a Hamilton y Marshall; la populista, donde está toda la tradición de la Revolución Francesa; los intermedios; y la tradición radical no popular. El distingo se funda en si son las mayorías (popular) o un grupo ilustrado de jueces (no popular) quienes tienen que responder a las cuestiones valorativas que se plantean en la sociedad. Otra gran clasificación sobre el enfoque de la fundamentación de la justicia constitucional, es la que hace Ackerman (ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1991) quien distingue entre las posiciones monistas, dualistas y fundamentalistas. Volveremos sobre ello más adelante. En Argentina, Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2002, pp. 674 y siguientes), distingue entre argumentos positivos (supremacía de la Constitución, el reconocimiento de derechos y la estructura del razonamiento práctico) y el argumento negativo o la dificultad contramayoritaria.

<sup>33</sup> No abordaremos aquí una manera de legitimar la justicia constitucional por la vía de resaltar ciertos aspectos vinculados con la tarea de los jueces constitucionales. En este sentido, Alexander Bickel señalaba que la tranquilidad y el aislamiento, era una ventaja que tenían los jueces para poder reflexionar acerca de los fines del Estado y los valores fundamentales. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 1986). Lawrence Sager (SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007, p. 202) señala en esta línea: “Los jueces constitucionales son imparciales, como mínimo en dos sentidos. En los regímenes constitucionales más modernos, los jueces de los tribunales superiores no son elegidos popularmente y, por ello, no están vinculados indirectamente a los intereses inmediatos (personales o políticos) de los miembros de su comunidad política. Además,

3.1. En primer lugar, se encuentra la fundamentación clásica. Esta se construye sobre dos planteamientos dogmáticos. Por una parte, el planteamiento que J. Hamilton hizo en *El Federalista*<sup>34</sup>. Este se articula sobre cuatro ideas básicas. Por de pronto, el que el Poder Judicial es el menos peligroso de los poderes<sup>35</sup>. Enseguida, que ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido<sup>36</sup>. A continuación, el que los jueces deben actuar frente a la Constitución como ley fundamental, sin que ello signifique una superioridad de éstos sobre los legisladores<sup>37</sup>. Finalmente, para evitar la discrecionalidad de los jueces, es indispensable que estén sometidos a precedentes<sup>38</sup>. Por otra parte, se encuentra la sentencia *Marbury vs. Madison*, de la Corte Su-

---

y sobre ello volveremos en breve, los jueces están obligados por los protocolos o criterios que definen la función jurisdiccional a aplicar principios comparativamente generales y duraderos, principios que se aplican a una diversidad de circunstancias. En consecuencia, los jueces resultan afectados de varias y conflictivas maneras por los casos que deben resolver. Los jueces se ven obligados a respetar principios que, por su alcance temporal, geográfico o sustantivo, abarcan áreas tanto de desinterés como de interés para los jueces. Así, los jueces están desvinculados en un doble sentido: están desvinculados de los intereses de los miembros de la comunidad política por la ausencia de responsabilidad política continuada, y lo están también respecto de sus propios intereses y proyectos inmediatos, por las exigencias de la función judicial.” Un tercer autor en esta línea es Owen Fiss (Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007, pp. 33-34) para quien los jueces están obligados a dar respuesta a las alegaciones de las partes. Y esa respuesta deben trascender las creencias personales y transitorias del juez. Por lo mismo, los jueces deben justificar sus decisiones en criterios universalizables.

<sup>34</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*. D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>35</sup> En *El Federalista*, LXXVIII, Hamilton señala: “*Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.*” (p. 330-331).

<sup>36</sup> Hamilton señala: “*ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.*” (p. 332).

<sup>37</sup> Expresamente sostiene: “*No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.*” (p. 332).

<sup>38</sup> “*Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presente; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado.*” (p. 335).

prema norteamericana de 1803. Esta sentencia formula la supremacía constitucional de manera clásica<sup>39</sup>, sosteniendo que si la ley se contrapone a la Constitución, es la primera la que debe ceder<sup>40</sup>. El legislativo no es absoluto<sup>41</sup>.

3.2. En segundo lugar, se encuentra la fundamentación que Kelsen hizo de la justicia constitucional<sup>42</sup>. Este parte por reiterar el argumento de la supremacía constitucional<sup>43</sup>. La Constitución es para él no sólo una regla de procedimiento, sino además una regla de fondo<sup>44</sup>. La anulación de un acto inconstitucional es la garantía principal y más eficaz de la Constitución<sup>45</sup>. Enseguida, Kelsen sostiene que esta función anulatoria no la puede realizar el parlamento,

<sup>39</sup> “Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario, el legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera. ... Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal, e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo. ... Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces una Ley contraria a la Constitución no es un Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite”. Seguimos la traducción de BELTRAN DE FELIPE, Miguel, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 117.

<sup>40</sup> “De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la Ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Este es el verdadero sentido de la función judicial. ... Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse. ... Quienes niegan el principio de que los tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los tribunales deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes.” (BELTRAN DE FELIPE, Miguel, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Ibid*, pp. 118-119).

<sup>41</sup> “Esta idea alteraría los fundamentos básicos de todas las Constituciones escritas. Supondría que una Ley por completo nula según los principios y la teoría de nuestro sistema de gobierno sería en realidad del todo obligatoria. Supondría declarar que si el legislativo hace aquello que está expresamente prohibido, dicha Ley, a pesar de la prohibición expresa, desplegaría plenamente su eficacia y efectos. Supondría también otorgarle al legislativo una omnipotencia casi absoluta, a pesar de que se dice que sus poderes están limitados. Se estarían estableciendo límites, y al tiempo se estaría declarando que dichos límites pueden ser sobrepasados a voluntad del sujeto limitado.” (BELTRAN DE FELIPE, Miguel, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Ibid*, p. 119).

<sup>42</sup> Esto lo hizo en su clásico artículo “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (la justicia constitucional); En: *Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número. 10, julio-diciembre 2008, p. 3-46.

<sup>43</sup> Al respecto, Kelsen señala: “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico...una Constitución en la que los actos inconstitucionales se mantienen válidos –no pudiéndose anular su inconstitucionalidad- equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.” (p. 41).

<sup>44</sup> “La Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.” (p. 12).

<sup>45</sup> En su polémica con Carl Schmitt, Kelsen parte diciendo que: “Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general, de una “garantía” de la Constitución. Dado que esta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión... Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla”. (KELSEN, Hans “¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?”, *en*: “Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2009, p. 291).

sino que debe ser un órgano independiente de toda autoridad estatal<sup>46</sup>. A su juicio este no se contrapone a la soberanía, puesto que esta pertenece a todo el ordenamiento estatal; por lo mismo, la legislación se encuentra subordinada también a la Constitución<sup>47</sup>. A continuación, Kelsen sostiene que esta actividad anulatoria tiene ciertos rasgos esenciales: equivale a crear una norma general<sup>48</sup>; se trata de una actividad de legislador negativo<sup>49</sup>; y la sentencia del Tribunal no debería tener efecto retroactivo<sup>50 51</sup>.

<sup>46</sup> “No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional.” (p. 23).

<sup>47</sup> “Pero –abstracción hecha de que no puede hablarse de la soberanía de un órgano estatal particular, pues la soberanía pertenece a todo el ordenamiento estatal– este argumento se desploma sólo por el hecho de que debe reconocerse que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente, de la misma forma en que la jurisdicción y la administración lo están a la legislación, y, por lo tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes, teórica como técnicamente, idéntica, por completo, al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.” (p. 23-24).

<sup>48</sup> “Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al “poder legislativo”, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga –por la independencia de sus miembros– la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales. Ahora bien, anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. (p. 24).

En ¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?, Kelsen complementa su razonamiento indicando: “La opinión de que sólo la legislación, pero no la auténtica jurisdicción es política, es tan falsa como la que considera que solamente la legislación es una función creadora del derecho, siendo empero la jurisdicción exclusivamente la aplicación reproductiva de derecho. En el fondo, se trata de dos variantes de un único y mismo error. Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter político que en una medida mayor tiene la legislación” (Ibíd. p. 306). Más adelante agrega: “es imposible afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea justicia, cuando la norma que deba aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido; pues es imposible poder afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de lo que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.” (Ibíd. p. 311). Para concluir, sostiene: “el hecho concreto, que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley es subsumido bajo la norma constitucional, no es una norma –hecho concreto y norma son dos nociones diferentes–, sino que es la producción de una norma; es un auténtico hecho concreto regulado por la norma constitucional, y que puede ser subsumido bajo la Constitución por estar regulado y en la medida que esté regulado por la Constitución, como cualquier hecho concreto bajo cualquier otra norma” (Ibíd. p. 312-313).

<sup>49</sup> “No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Se podría, por tanto, interpretar la anulación de las leyes por un tribunal ya sea, como una distribución del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión del Poder Legislativo.” (p. 24). Asimismo, sostiene: “la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.” (p. 25).

<sup>50</sup> “En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Pero este interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto –al momento en que la anulación se produce– de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados.” (p. 36).

<sup>51</sup> Evaluando el planteamiento de Kelsen, Luis Prieto Sanchis (“Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *En: Doxa* 23, 2000, p. 171) sostiene que: “En resumen, creo que el modelo kelseniano de justicia constitucionales pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendenciosamente contradictorios, el de constitucionalidad y de supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo una

3.3. El tercer tipo de fundamentación de la justicia constitucional, lo dan los autores contemporáneos. En esta línea, se ubican, primeramente, los que postulan el precompromiso. En esta variante se encuentran Jon Elster<sup>52</sup> y Stephen Holmes<sup>53</sup>. Para el primero de estos autores, la fábula de Ulises representa una manera de comprender lo que hacen las sociedades cuando elaboran una Constitución<sup>54</sup>. La estrategia de Ulises consiste en comprometer a las generaciones posteriores estableciendo una constitución que incluye cláusulas que impiden cambiarla fácilmente. En ese sentido, la asamblea constituyente tiene un carácter excepcional y privilegiado, pues las reglas básicas sólo puedan ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos, etcétera. Ello implica confiar ciertos poderes de decisión a la rama judicial; y genera la paradoja de la democracia. Esta consiste en que cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras<sup>55 56</sup>.

---

*vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos. La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces.”*

<sup>52</sup> El planteamiento de este autor está recogido en dos libros. De un lado, “*Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*”; Fondo de Cultura Económica, 3ª reimposición, 2000. Del otro, “*Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*”; Fondo de Cultura Económica, 3ª reimposición, 2000.

<sup>53</sup> La formulación de la tesis de este autor se encuentra en El precompromiso y la paradoja de la democracia; en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. “*Constitucionalismo y democracia*”. D.F., México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

<sup>54</sup> Elster, en *Ulises y las sirenas*, sostiene lo siguiente: “Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil, y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales.... La tesis general que estamos defendiendo es que atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos.” (ELSTER, John. *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 66-67).

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 159.

<sup>56</sup> En *Ulises desatado*, Elster hace tres precisiones sobre su tesis anterior. En primer lugar, sostiene que “*Como en muchos otros casos, el análisis del comportamiento de las colectividades a partir de conceptos utilizados para estudiar a los individuos –como si aquellas no fueran sino individuos agregados– puede llevar a conclusiones erróneas. En primer lugar, las constituciones, más que ser actos de autorrestricción, pueden atar o restringir a los demás. Por otro lado, puede que de entrada las constituciones no tengan poder para restringir. ... El precompromiso constitucional, por tanto, funciona a dos niveles. En el primer nivel, la Constitución puede diseñar la organización del Estado ordinaria para contrarrestar las pasiones, salvar la inconsistencia temporal y fomentar la eficiencia. A un nivel más elevado, el sistema de enmienda de la propia Constitución puede ser diseñado para ser lento y engorroso. Estas restricciones de más alto nivel tienen dos efectos. Por un lado, actúan directamente sobre los problemas de las pasiones, inconsistencia temporal y eficiencia. Por otro lado, refuerzan y estabilizan los mecanismos de primer nivel que, a su vez, actúan sobre los mismos problemas.* (p.115, 139-140). En segundo lugar, “*Se puede sostener que el efecto estabilizador de requerir mayorías calificadas para enmendar la Constitución constituye el aspecto más importante del precompromiso constitucional. Proporciona una justificación para el procedimiento aparentemente arbitrario de permitir que pueda ser cambiada sólo mediante una mayoría sustancialmente amplia. No estoy diciendo que este procedimiento sea justificado en todos los casos. Pero creo que el procedimiento es justificado cuando la minoría preferiría vivir bajo un régimen preferido por la mayoría, y protegido por un requisito de mayoría calificada, a vivir bajo un régimen propio que no estuviera igualmente protegido.*” (p. 174). En tercer lugar, sostiene que “*La tensión entre precompromiso y*

Holmes continúa la línea de Elster<sup>57</sup>; pero la profundiza en un doble sentido. De un lado, porque se hace cargo de por qué una generación puede obligar a las venideras<sup>58</sup>. Del otro, porque sostiene que el precompromiso no implica necesariamente una atadura, sino que puede ser creador<sup>59</sup>.

*democracia surge cuando los agentes que ejercen funciones de precompromiso viven al margen del control democrático. Incluso cuando las decisiones tomadas por un Tribunal Constitucional o un Banco Central no son ineficientes en ninguno de los sentidos técnicos del término —no optimalidad paretiana o no maximización de la utilidad—, sí pueden ser radicalmente discordantes con las preferencias estables de una amplia mayoría de los ciudadanos. Un Tribunal Constitucional puede prohibir o permitir el aborto en contra de los deseos estables de una gran mayoría de la población. Un Banco Central puede elegir, para sus decisiones, una tasa de descuento temporal que difiere de la de la mayoría de los ciudadanos. Dado que los ciudadanos tienen preferencias temporales hiperbólicas y el Banco simplemente se guía por sus preferencias temporales a largo plazo mientras ignora el intenso intercambio a corto plazo, esta divergencia no presenta un problema normativo.” (ELSTER, John. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*. D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 183-184).*

<sup>57</sup> Holmes señala: “Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies.” (HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”; en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 218).

<sup>58</sup> T. Paine había señalado “Cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la precedieron”. Y que “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos”; y que “los muertos no tienen derechos. No son nada”. Haciéndose cargo de este histórico argumento, Holmes sostiene una serie de réplicas. Por de pronto, que “La generación actual está obligada por las decisiones de sus predecesores, porque los muertos y los vivos constituyen un pueblo, unidos por las mismas continuidades que unen a una sola persona a las edades, por ejemplo. De 20 y 50 años. La defensa de Hooker al precompromiso constitucional, en otras palabras, fue esencialmente analógica. Como cualquier otro individuo, una nación está obligada por sus votos originales.” (p. 230). Enseguida, “En general, la promesa de un individuo o de una generación no puede obligar a otros. Pero esta regla tiene una excepción crucial: “el acto de una generación sólo puede obligar a otra cuando algún hombre (por ejemplo, un acreedor) ha adquirido de él un derecho. Más explícitamente, si alguien hereda la propiedad de otros (por ejemplo, su trono), también heredará sus deudas.” (p. 234). “Aunque la promesa de un hombre no podía comprometer a otro en forma directa, sí podía hacerlo indirectamente por medio de una propiedad legada junto con las obligaciones concomitantes. En abstracto, una voluntad no puede atarse a sí misma, pero en la práctica la autoatadura es un instrumento indispensable de la agencia humana.” (p. 237-238). Asimismo, Holmes afirma: “Exigir el consentimiento expreso a cada generación del marco constitucional (o a cada individuo del gobierno mayoritario) introduciría un elemento de histeria nerviosa en el seno mismo de la política democrática, debilitando su capacidad de resolver conflictos, así como la de conjuntar diversos intereses sin violencia. Exigir un consentimiento expreso y constantemente reiterado disminuiría la influencia de los ciudadanos sobre la dirección de la política pública y, con ello, sobre sus propias vidas.” (p. 242). A continuación, Holmes agrega: “una generación humana no “aparecía en escena toda ella al mismo tiempo y otra la sucedía, como ocurre con los gusanos de seda y con las mariposas”. Precisamente porque las generaciones se superponen, los vivos no tienen el derecho de rechazar a intervalos fijos los legados del pasado.” (p. 243). Otro argumento que da Holmes es el siguiente: “Una generación anterior no puede impedir que una generación ulterior diga: “¡No queremos más libertad!” Pero esta incapacidad no implica que los predecesores no tengan derecho o razón para formar unas instituciones pensando en dificultar semejantes decisiones. Cuando intentan atar el futuro, los constitucionalistas no sólo están tratando de ejercer dominación y control. El precompromiso se justifica porque, en lugar de simplemente quitar opciones, pone a su disposición ciertas posibilidades que de otra manera quedarían fuera de todo alcance. Por medio de una Constitución, la generación a puede ayudar a la generación c a protegerse de ser vendida en esclavitud por la generación b. Para salvaguardar las posibilidades de los sucesores más distantes, los constitucionalistas restringen las posibilidades de sus sucesores más próximos. (p. 247-248). Resumiendo su planteamiento respecto de las afirmaciones de T. Paine, Holmes señala: “La idea de “limitaciones que generan posibilidades” ayuda a explicar la aportación del constitucionalismo a la democracia y, asimismo, a aclarar la relación existente entre unas obligaciones heredadas y un consentimiento expreso. Los creadores de la Constitución supusieron que las generaciones futuras desearían vivir bajo un gobierno en que la mayor parte de las obligaciones derivaran de un consentimiento expreso. Sin embargo, para que esto fuera posible, tenía que estar ya en su lugar una Constitución, un documento de procedimientos que asegurara los requisitos para el consentimiento y disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional. Para semejante Constitución, impuesta o heredada, no podría haber más garantía que un consentimiento hipotético o supuesto.” (p. 256).

<sup>59</sup> Holmes señala al respecto: “Los nexos no necesariamente forman una atadura; las limitaciones pueden promover la libertad. La Constitución estadounidense era un instrumento de gobierno, no un obstáculo para el gobierno; no incapacitaba, sino capacitaba” (p.

Otro autor contemporáneo que funda la justicia constitucional es Ronald Dworkin<sup>60</sup>. Este postula que existe una forma particular de leer y hacer respetar la Constitución Política; es la lectura moral de la Constitución. Esta postula que “*todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia*”<sup>61</sup> <sup>62</sup>. Dicha lectura moral facilita la intervención de los jueces, pues razonan en base a principios, no en base a las otras formas alternativas de deliberación (la negociación y el voto)<sup>63</sup>. Pero la interpretación a la que están llamados a hacer debe estar guiada por el requisito de la integridad constitucional<sup>64</sup>

---

237). Más adelante agrega: “*Las metáforas de frenar, bloquear, limitar y restringir sugieren que las constituciones son, básicamente, recursos negativos que se utilizan para impedir el abuso del poder. Pero las reglas también son creadoras. Organizan nuevas prácticas y generan nuevas posibilidades, que de otra manera no existirían.*” (p. 248); “*una Constitución democrática no sólo maniat a mayorías y funcionarios, también asigna facultades (da estructura al gobierno, garantiza la participación popular, etc.) y regula el modo en que se emplean estas facultades (por ejemplo de acuerdo con principios como el proceso legal correspondiente y el trato equitativo).*” (p. 248-249); “*Ulises se ató a sí mismo, pero no se encontró a sí mismo. Las constituciones no sólo limitan el poder, también pueden crear y organizar el poder, así como dar al poder cierta dirección. Y lo más importante de todo, el gobierno limitado puede servir al autogobierno, ayudando a crear ese “ego” (o unidad nacional) que e encarga de gobernar. El hecho de que el constitucionalismo pueda contribuir a la formación de naciones es poderosa prueba de que tiene una función positiva, no sólo una negativa.*” (p. 249). De ahí que concluya: “*La racionalidad misma exige que haya futuras oportunidades de reconsideración y de autocorrección. Mill, como Madison, aceptó este principio, pero estaba convencido de que todo cambio benéfico requería una minuciosa estructuración de las condiciones en que se evaluaban y analizaban las reformas políticas. De debe concebir un marco institucional y jurídico para mantener abierta la gama de opciones más vasta posible con objeto de tomar nuevas y mejores decisiones. Nuestra condición humana radica ante todo en nuestra capacidad de elegir, en nuestra aptitud no sólo de decidir, sino también de anular aquellas decisiones pasadas insatisfactorias y decidir de nuevo.*” (p. 261).

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en: HONGJU, Harold y SLYE, Ronald; “*Democracia deliberativa y derechos humanos*”. Barcelona, España: Gedisa, 2004.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>62</sup> Dworkin se hace cargo de inmediato de la aparente desaparición de la separación entre derecho y moral, sosteniendo: “*sin embargo, la lectura moral parece desacreditable intelectual y políticamente. Parece erosionar la distinción crucial entre el derecho y la moral, haciendo del derecho sólo el problema de a qué principios morales recurren los jueces de una era en particular.*” (p. 103-104). “*Cuando entendemos mejor la democracia, vemos que la lectura moral de una constitución política no es antidemocrática sino, al contrario, casi indispensable para la democracia. No quiero decir que no hay democracia si los jueces no tienen el poder de hacer a un lado lo que la mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense. Pero ninguno de estos diversos diseños es, en principio, más democrático que otros. La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla.*” (p. 106).

<sup>63</sup> Dworkin califica a los jueces como “*foros de principios*” (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1985), pues tienen que justificar sus decisiones tomando como base el texto constitucional y confrontando todos los reclamos que se le planteen. Sin embargo, se muestra escéptico de que siempre sea así. Al respecto, señala: “*En algunas circunstancias, como he sugerido recién, los ciudadanos pueden tener la posibilidad de ejercer mejor las responsabilidades morales de la ciudadanía cuando las decisiones se remueven de la política ordinaria y se asignan a los tribunales, cuyas decisiones se espera que se basen en principios, y no en el peso de los números o las diferencias de influencias políticas. Quiero sugerir que el control judicial de constitucionalidad puede proveer un tipo superior de deliberación republicana sobre algunas cuestiones, como una tentativa o como una posibilidad, aunque no creo que tengamos suficiente información para depositar demasiada confianza en ninguno de los dos sentidos.*” (“La lectura moral...”, op. cit. (n.61) p. 132).

<sup>64</sup> En este sentido, Dworkin señala: “*la interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de integridad constitucional. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular.*” (*Ibid.*, p. 110).

Otro autor contemporáneo que busca fundar la justicia constitucional, es Bruce Ackerman. Esta se funda en el distingo de dos tipos de decisiones políticas: las tomadas por el pueblo mismo y las tomadas por el gobierno. De ahí que denomine a su planteamiento “dualismo”<sup>65</sup>. El distingo del tipo de decisiones es relevante, pues, por una parte, porque la Constitución debe ser reformada si se quiere alterar las decisiones tomadas por el pueblo en los momentos constitucionales<sup>66</sup>. Por la otra, la Corte Suprema debe preservar las decisiones políticas tomadas por el

---

*“Tampoco podrían los jueces pensar plausiblemente que la estructura constitucional les encomiende otra cosa que no sea el cuidado de derechos políticos básicos y estructurales. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere; por ejemplo, que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de Estados Unidos. Les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias o las tradiciones de su propia clase o secta, si éstas no pueden considerarse comprendidas en esa historia.” (Ibíd. p. 111).*

<sup>65</sup> El dualismo es explicado de la siguiente forma (ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos. “Tres concepciones de la democracia constitucional”; En: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad; Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991): *“el dualismo constitucional es una concepción que, por sobre todas las cosas, intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad; primero, decisiones tomadas por el pueblo mismo; segundo, decisiones tomadas por el gobierno. En la visión dualista de la democracia las decisiones tomadas por el pueblo no son moneda corriente. Ellas ocurren raramente y sólo en momentos especiales que por denominarlos de alguna manera podemos llamar “momentos constitucionales”. Estos “momentos constitucionales” están caracterizados por distintas circunstancias; primero, por el hecho que un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales; segundo, por el hecho que todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute; y tercero, por el hecho que existe una mayoría partidaria de una determinada forma de solucionar el problema en cuestión. Por oposición a las decisiones del pueblo, las decisiones del gobierno ocurren diariamente. Podemos llamar a los momentos en que el gobierno y no el pueblo toma decisiones “momentos corrientes”. Lo más característico de estos momentos corrientes es que en ellos no existe ni el debate ni la movilización popular. El electorado confía al gobierno la gestión de los negocios públicos y, el gobierno, legitimado por este mandato, adopta las decisiones que cree más convenientes.” (p. 16).*

<sup>66</sup> *“De acuerdo a la visión de la democracia que tienen los dualistas los representantes del pueblo no se pueden arrogar, por el hecho de haber ganado una elección, la atribución de anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en momentos constitucionales. Si los representantes del pueblo desean reclamar para sus decisiones la forma más alta de legitimidad democrática, deben tomar un camino más largo y trabajar para lograr un momento constitucional.” (p. 17-18).*

pueblo en ese momento<sup>67</sup>. Es este rol asignado a la Corte Suprema que diferencia al “dualismo” del “monismo”<sup>68</sup>. La Corte Suprema, entonces, protege los derechos como consecuencia de que estos son producto de una decisión democrática de una mayoría movilizada<sup>69</sup>.

Otro autor contemporáneo que se pronuncia sobre el fundamento de la justicia constitucional, desde la óptica de la democracia deliberativa, es John Hart Ely<sup>70</sup>. Este autor parte por señalar que no es partidario de un enfoque dirigido a la imposición judicial de valores fundamentales; su orientación es hacia el refuerzo de la representación. Los representantes elegidos

<sup>67</sup> “La distinción entre decisiones del pueblo y decisiones del gobierno, es de suma relevancia para establecer los deberes del Poder Judicial y la Corte Suprema en el control de constitucionalidad. En otras palabras, la democracia dualista asume una teoría de adjudicación constitucional. En este sentido, de acuerdo al dualismo, la Corte Suprema tiene como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno. La Corte para el dualismo constitucional es una institución conservadora de la voluntad popular tal como esta es expresada en los momentos constitucionales.” (p. 18).

<sup>68</sup> “El monismo constitucional consiste básicamente en la idea que la democracia requiere que gobiernen aquellos representantes elegidos por el pueblo y que el pleno poder de dictar leyes les sea conferido a estos representantes, en tanto y cuanto su elección haya sido libre. La consecuencia institucional más importante del monismo es que durante el periodo que va de elección cualquier control que intente recortar las atribuciones del gobierno es vista como un acto antidemocrático. Efectivamente si uno cree que la democracia requiere que gobiernen los representantes del pueblo uno debe también creer que esos representantes deben gobernar incondicionalmente por así decirlo” (p. 19). “Ciertamente los monistas sofisticados no piensan que todos los controles a las decisiones mayoritarias son inherentemente antidemocráticos. Por ejemplo, todos los monistas concuerdan en justificar los controles a un gobierno que intenta restringir los derechos de las minorías limitando su participación en el debate político. De todos modos, aunque estas excepciones puedan tener una importancia práctica enorme hay una cosa clara respecto del monismo en el nivel teórico: para el monismo cualquiera que intervenga para alterar los resultados del proceso democrático enfrenta lo que se ha llamado la “dificultad antimayoritaria”, es decir, el problema de justificar la anulación de una decisión adoptada por una mayoría parlamentaria.” (p. 19-20). “Para entender el monismo, es necesario tener en cuenta que además de una teoría del adjudicación constitucional, el monismo, es una concepción de política democrática. Para el monismo no hay autoridad democrática más importante que un Parlamento democráticamente elegido. En efecto, para el monismo carece de sentido la distinción básica del dualismo entre las decisiones del pueblo y las decisiones de los representantes del pueblo. Decídase en periodos caracterizados por movilización y debate popular, “momentos constitucionales”, o, en periodos de política representativa normal, “momentos corrientes”, el monismo no establece diferencias en cuanto a la legitimidad y validez de ambos tipos de decisiones. Para esta visión de la democracia política si un proyecto de ley obtiene la mayoría en Washington o en Buenos Aires esto es suficiente para considerarlo legítimo como si fuese el producto de la movilización, participación y debate de los ciudadanos argentinos o estadounidenses.” (p. 20). “Para el monismo el control constitucional es básicamente un acto antimayoritario y consecuentemente la justificación del control constitucional por parte de la Corte Suprema, si existe, va a provenir de algún reglamento sofisticado acerca del especial rol de la Corte Suprema o de la naturaleza procedimental, respecto del proceso democrático, de los derechos involucrados.” (p. 21).

<sup>69</sup> Este rol respecto de los derechos, es lo que permite a Ackenman diferenciarse del “monismo” y de lo que denomina “fundamentalismo”. En relación al monismo, sostiene: “El monismo, se opone a la idea de los derechos constitucionales, por lo menos en el sentido en que los fundamentalistas entienden esta expresión. Cuando la Corte Suprema invalida leyes en el nombre de derechos fundamentales el monismo empieza a preocuparse por “la dificultad antimayoritaria” que convierte, presumiblemente, en ilegítima la acción de la Corte, (a menos que como lo sugerimos ut supra la acción de la Corte pueda entenderse como una protección de los derechos de participación en el proceso democrático.” (p. 24). En lo que se refiere al fundamentalismo, afirma lo siguiente: “El fundamentalismo constitucional rechaza la sugerencia monista que los derechos que la Corte debe proteger son nada más que los derechos de participación en el proceso democrático. Los fundamentalistas son perfectamente conscientes que aún un parlamento legítimamente constituido puede violar derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a un proceso legal, y, cuando esto sucede, el fundamentalismo insiste que el poder judicial debe intervenir aunque el proceso democrático se vea así violado. Los derechos son vallas a la democracia.” (p. 24). “En otras palabras, la diferencia entre el dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después (definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada). El fundamentalismo revierte esta prioridad. De acuerdo a esta visión, la Constitución es, primero y principal, un instrumento de protección de “Derechos” de tal modo que sólo después que estos “Derechos” son garantizados el proceso democrático puede abrirse su propio camino.” (p. 25).

<sup>70</sup> HART ELY, John. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 1997.

expresan mejor los valores convencionales. Los jueces debieran controlar el proceso de toma de decisiones, en una lógica antimonopolio. Es decir, cuando el mercado político funciona mal de manera sistemática. La justicia constitucional debiera limitarse a tres tareas: a la vigilancia del proceso de representación, de modo que los canales de participación y de comunicación políticas se mantengan abiertos; al despeje de canales para el cambio político<sup>71</sup> y a facilitar la representación de las minorías<sup>72</sup>.

Desde una óptica de democracia sustantiva, es importante considerar la opinión de Luigi Ferrajoli<sup>73</sup>. Para este autor la legalidad no sólo debe enfocarse desde el punto de vista del procedimiento, sino también de sus contenidos sustanciales<sup>74</sup>. En la democracia política son sustanciales los derechos de las personas, tanto en sus vínculos negativos como positivos<sup>75</sup>. Estos de-

<sup>71</sup> Ely rechaza que los jueces tengan que descubrir los valores fundamentales para dar contenido a la textura abierta de la Constitución. No hay una metodología para ello. El derecho natural (p. 69), los principios neutrales (p. 75), la razón (p. 77), la tradición (p. 82), el consenso (p. 85), no son adecuados. De ahí que opte por entregar las valoraciones a los representantes elegidos. Al respecto, Ely señala: “*El enfoque a la adjudicación constitucional que aquí se recomienda es afín a lo que puede llamarse una orientación “antimonopolista” por oposición a una orientación “reguladora” frente a los asuntos económicos –en lugar de dictaminar resultados sustantivos, sólo interviene cuando “el mercado”, en nuestro caso el mercado político, funciona mal de manera sistemática. (La analogía del árbitro resulta también apropiada: el árbitro sólo interviene cuando uno de los equipos obtiene una ventaja injusta, no cuando el equipo “malo” ha anotado un punto).*” (p. 129). “*En una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus cargos. El mal funcionamiento se da cuando el proceso no inspira confianza, cuando 1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de interés y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos.*” (p. 130).

<sup>72</sup> “Las minorías discretas e insulares tienen derecho a una protección constitucional especial en relación con el proceso político” (p. 181).

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2001.

<sup>74</sup> Al respecto, Ferrajoli sostiene: “*la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar “modelo” o “sistema garantista”, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.*” (p. 19-20). “*En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la “validez” propiamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción.*” (p. 21).

<sup>75</sup> “*Las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido –las formales que condicionan la vigencia, y las sustanciales que condicionan la validez– garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la “democracia” política, que hace referencia a la quién y al cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse “democracia sustancial”, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.*” (p. 23)

rechos son indisponibles, son lo indecible del sistema<sup>76</sup>. El rol de los jueces es garantizar que no se vulneren los derechos de las personas<sup>77</sup>; ello les impone el deber de dar significados válidos compatibles con la Constitución<sup>78</sup>.

Finalmente, es necesario destacar a Owen Fiss<sup>79</sup>, entre los autores que ofrecen una justificación de la justicia constitucional. Para este autor, la tarea del juez “*debiera ser vista como la de conferir significado a nuestros valores públicos, y la adjudicación debería ser concebida como el proceso mediante el cual se revela o se construye este significado. . . la función esencial de la judicatura consiste en dar significado a nuestros valores constitucionales*”<sup>80</sup>. El que el juez tenga esta función, se debe a dos órdenes de consideraciones<sup>81</sup>. Por una parte, a que el juez está autorizado a ejercer

<sup>76</sup> “*Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a al democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Los derechos fundamentales, precisamente por están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones.*” (p. 23-24) “*Así, pues, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del “derecho inválido” o “lagunoso” —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.*” (p. 24-25).

<sup>77</sup> “*Esta concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, de la relación entre las que he llamado “democracia política” (o “formal”) y “democracia sustancial” se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.*” (p. 25-26).

<sup>78</sup> “*Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa . . . es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión “jurisprudencia alternativa” recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insalvable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrílico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.*” (p. 26).

<sup>79</sup> Fiss, Owen, *op. cit.* (n.32)

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 36

<sup>81</sup> Fiss descarta que ello se deba a ciertos factores: “*Una concepción de la función judicial que impone a los jueces la tarea de dar significado a los valores constitucionales deposita en ellos una cantidad —tal vez exagerada— de expectativas que no se fundan en una creencia en su habilidad moral o en la negación de su humanidad. Al fin y al cabo, los jueces son personas. Aunque también son abogados, no son distintos —en cuanto a características personales se refiere— a los empresarios exitosos o a los políticos. La capacidad de los jueces para hacer aportes especiales a nuestra vida social no se deriva de sus conocimientos o de sus rasgos personales sino de la definición del oficio que les ha correspondido desempeñar y a través del cual ejercen su poder. Este oficio está estructurado por factores ideológicos e institucionales que permiten —y, tal vez, obligan— a los jueces a ser objetivos: no deben anteponer sus preferencias y creen-*

sus poderes sólo después de haber participado en un diálogo acerca del significado de estos valores<sup>82</sup>, que lo obliga a justificar sus decisiones<sup>83</sup>. Por la otra, a su independencia<sup>84</sup>. De ahí que Fiss concluya señalando: “*El lugar que por derecho corresponde ocupar a los tribunales en nuestro sistema político depende de la existencia de valores públicos y de la promesa de los jueces –porque son independientes y porque están obligados a participar en un diálogo especial– de articular y desarrollar el verdadero significado de estos valores.*”<sup>85 86</sup>.

4. No obstante dichas justificaciones, la existencia de justicia constitucional no ha estado exenta de críticas. En esta materia cabe distinguir entre la crítica clásica, la que proviene de los autores de filosofía política y la que, en nuestro medio, ha llevado adelante Fernando Atria.

En la categoría de crítica clásica, consideramos que dos autores son fundamentales. Por una parte, Carl Schmitt y Alexander Bickel.

---

*cias personales, o las de la ciudadanía, acerca de lo que es justo o correcto, a la búsqueda constante del significado verdadero de los valores constitucionales. Dos aspectos de la labor judicial le confieren su particular semblante: la obligación del juez de participar en un diálogo y la independencia judicial.*” (p. 33). “*El derecho del juez a hablar y la obligación de los demás de escuchar, no dependen ni de los atributos personales de aquél ni del contenido de su mensaje, sino de la calidad del proceso mediante el que actúa: de su habilidad para desprenderse y adoptar distancia frente a los litigantes y al cuerpo político, de su capacidad para prestar toda su atención a las pretensiones elevadas por las partes, y de responder a ellas con juicios que trasciendan las meras preferencias y fundamenten una sentencia que pueda ser considerada constitucional.*” (p. 36).

<sup>82</sup> “*Este diálogo tiene características muy especiales: a) los jueces no controlan su agenda, puesto que están obligados a confrontar quejas y reclamos que, en otras circunstancias, preferirían ignorar; b) los jueces no controlan por completo a quienes deben escuchar, comoquiera que están sujetos a reglas que les exigen escuchar a un amplio número de personas y portavoces; c) los jueces están obligados a responder a las quejas y reclamos que les son presentados y a responsabilizarse por sus respuestas, y d) los jueces debe justificar sus decisiones.*” (p. 33-34).

<sup>83</sup> “*La obligación de justificar las decisiones judiciales ha dado lugar a interminables debates acerca de los funcionarios apropiados de las mismas: el texto constitucional, las intenciones de los constituyentes, la estructura general de la Constitución, la ética, el bienestar de la nación, etcétera. La noción de justificación, a diferencia de la de explicación, implica que una decisión se funde en buenas razones. Por ello, éstas no pueden consistir en una preferencia, sea ésta de las partes trabadas en el proceso, del cuerpo político o del juez. En el contexto de una decisión judicial, a diferencia de una decisión legislativa, la declaración “prefiero” o “preferimos” constituye una explicación y no una justificación. Además, la razón que se avance para justificar un fallo judicial debe trascender, de algún modo, las creencias pasajeras y personales del juez o del cuerpo político acerca de lo que es correcto o justo o de la que debería hacerse en el caso concreto.*” (p. 34).

<sup>84</sup> “*Los jueces están obligados a hablar y a escuchar, y, en especial, a hablar de cierta manera. También están obligados a ser independientes. Por una parte, esto significa que no deben identificarse o tener conexiones con las partes en el proceso. Deben ser imparciales, distantes y desprendidos frente a los litigantes, de modo que sus decisiones no constituyan una expresión de los intereses (o preferencias) personales de éstos, lo cual constituiría una antítesis de la decisión correcta o justa. La regla de la imparcialidad también requiere que el juez sea independiente de la política, entendida ésta como el proceso mediante el cual las personas expresan sus preferencias. Al juez le está vedado concebir su labor como un registro de preferencias.*” (p. 34).

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 71

<sup>86</sup> Fiss considera que este rol de los jueces da origen a una nueva forma de adjudicación, caracterizada de la siguiente manera: “*La primera es la constatación de que la amenaza a nuestros valores constitucionales no proviene de individuos, sino del funcionamiento de organizaciones a gran escala: las burocracias del Estado moderno. En segundo lugar, esta nueva forma de litigio refleja la constatación de que la amenaza a estos valores no pueden y no serán eliminadas a menos que las organizaciones que les generan sean reestructuradas. Para el logro de esta tarea reconstructiva, el universo tradicional de remedios jurídicos (la condena al pago de perjuicios o el proceso penal) resulta inadecuado. En este nuevo contexto, la orden o mandamiento judicial (injunction) es el remedio apropiado.*” (p. 38).

Schmitt formula su planteamiento en la clásica polémica con Kelsen<sup>87</sup>. Parte por señalar que fácilmente el defensor de la Constitución se convierte en árbitro y señor de la misma<sup>88</sup>. Enseguida, sostiene que mientras el juez ordinario subsume hechos bajo la ley al resolver el caso, ello no es posible tratándose de normas constitucionales por su generalidad<sup>89</sup>. A continuación, sostiene que como consecuencia de que el juez abandona la sujeción concreta a la ley, para sumergirse en una subsunción bajo normas generales, deja de ser un juez independiente<sup>90</sup>, politizando la justicia<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Sobre el punto, el libro: *“La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2009, contiene los textos de esta polémica.

<sup>88</sup> Al respecto, Schmitt señala: *“recordemos, frente a las precipitadas abstracciones de los primeros intentos de solución, los diversos casos de “defensores de la Constitución” que en gran número aparecen en la larga historial del problema constitucional. En el siglo XIX todavía se alude con frecuencia al modelo clásico del eforato espartano, casi siempre con la inevitable referencia al “quis custodiet ipsos custodes”, no sin advertir que el defensor fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución, produciéndose, así, el peligro de una doble jefatura del Estado”* (p. 16).

<sup>89</sup> Refiriéndose a la Suprema Corte norteamericana, sostiene: *“La peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta Supreme Court consiste, sin duda, en que con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como “normas”, y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razonabilidad de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable.”* (p. 26) *“Sólo la subsunción del hecho bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgado niegue aplicación a la ley ordinaria (así se expresa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente, no se trata de negar validez a la ley), o más exactamente: que subsuma el hecho bajo la norma constitucional, en lugar de hacerlo bajo la ley ordinaria, y falle sobre esa base el caso en cuestión. Esto no significa, propiamente, una denegación de validez, sino sólo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional.”* (pp. 29-30).

<sup>90</sup> Respecto de la independencia, Schmitt sostiene dos cosas. Por una parte, que la independencia del juez descansa en el que el juez subsume un hecho en la ley, no como opera el juez constitucional, que aplica una norma sobre otra norma. Expresamente señala: *“La posición especial del juez en el Estado del Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida e individualizable, que se halla ya contenida en la ley.”* (p. 69); *“La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado bajo su regla.”* (p. 76); *“... en la decisión de una pugna semejante no existe en modo alguno el proceso típicamente judicial de la subsunción procesal y concreta al hecho. No se produce subsunción alguna, sino que simplemente se comprueba la existencia de la pugna y se resuelve cuál de las normas contradictorias ha de mantener su vigencia, y cuál otra “dejará de ser aplicada”.*” (p. 77); *“De este modo queda claramente demostrado que tales dudas y cuestiones sólo afectan al contenido de la ley establecida en la Constitución, pero no a la subsunción de una ley ordinaria bajo un precepto legal contenido en la Constitución.”* (p. 80-81); *“La razón última teórico-jurídica de esa alternativa que siempre se repite, estriba en lo siguiente—, en toda decisión, incluso en la de un tribunal que en forma procesal realiza subsunciones a un hecho concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Yo he propuesta para dicho elemento la denominación de “decisionismo”.*” (p. 82-83); *“...se olvida que la mayoría de los casos que la independencia judicial no es más que el reverso de la sujeción del juez a las leyes, y que la Constitución no puede imponer en general semejante sujeción.”* (p. 275-276).

Por la otra, *“la independencia aún más excelsa del funcionario judicial. La independencia del funcionario judicial colocado con carácter vitalicio, que sólo puede ser depuesto de su cargo mediante procedimiento que tramitan sus colegas... Nadie consideraría independiente y neutra un Tribunal de Justicia integrado por elementos políticos, aunque estos miembros “no estuvieran sujetos a mandatos ni sugerencias en el ejercicio de su actividad juzgadora”.* (p. 274-275).

<sup>91</sup> Schmitt afirma: *“o bien existe una infracción constitucional manifiesta e indudable, y entonces el Tribunal ejerce una especie de justicia represiva y vindicativa, señalando en cierto modo un “culpable” de los hechos acaecidos; o el caso resulta dudoso e incierto, sea por razones de hecho, sea por la necesaria imperfección y vaguedad de toda Constitución escrita, en general, o por los peculiares caracteres*

Alexander Bickel es el otro autor clásico. Es el autor de concebir a la justicia constitucional como una fuerza contramayoritaria. Bickel formula dos críticas a la justicia constitucional<sup>92</sup>. De un lado, sostiene que es un control contramayoritario a los poderes legislativo y ejecutivo<sup>93</sup>. Del otro, afirma que la revisión judicial puede debilitar seriamente el proceso democrático<sup>94 95</sup>.

Sin perjuicio de esta crítica clásica, dos autores de la filosofía política se han sumado al cuestionamiento de la justicia constitucional. Ellos son J. Waldron<sup>96</sup> y J. Habermas<sup>97</sup>. El primero, sostiene que el poder de los jueces no puede prevalecer sobre el derecho del pueblo a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios<sup>98</sup>. Enseguida, Waldron sostiene que las sociedades democráticas se explican en base a sus desacuerdos; por lo mismo, la tesis del precompromiso

---

*de la segunda parte de la Constitución de Weimar, en particular, y entonces no existe una "pura cuestión jurídica": en este caso, la decisión del Tribunal es algo muy distinto de un fallo judicial, algo diferente de Justicia." (p. 58); "...el juez queda en una situación tal que, o bien ha de adoptar unas medidas políticas, o ha de impedir otras, y como consecuencia procederá activamente en el orden político." (p. 59); "... porque con referencia a la Constitución se plantea siempre que se trata de examinar con exactitud los límites de la Justicia: o bien se trata de transgresiones manifiestas e indudables de la Constitución, es decir, de una Justicia que intervienen post eventum, o bien de casos dudosos, y entonces el ámbito de la Justicia se reduce a la nada, primero porque una presunción general abona la validez de los actos del legislador y del Gobierno, y en segundo lugar porque aun tratándose de actos políticos defectuosos, como Walter Jellinek ha mostrado en su teoría de esta clase de actos, la nulidad, invalidez o inobservancia de los mismos sólo en muy contados casos, relativamente, es consecuencia de haberse incurrido en defecto, es decir, de la transgresión de una norma cualquiera." (p. 90-91); "...lo que dicho Tribunal realiza, como ya hemos manifestado anteriormente, no es ya Justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento." (p. 91);*

<sup>92</sup> BICKEL, Alexander, *op. cit.* (n.32).

<sup>93</sup> Expresamente Bickel afirma, en palabras clásicas: "cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la actuación de un funcionario elegido, frustra la voluntad de los representantes del pueblo real del aquí y el ahora; ejerce control, no en nombre de una mayoría predominante, sino en contra de dicha mayoría. Eso, sin invocaciones místicas, es lo que ocurre realmente. Se trata, en general, de un asunto distinto, y la razón por la que se puede atacar la revisión judicial por su carácter antidemocrático." (Ibíd, p. 17).

<sup>94</sup> En este sentido, sostiene: "Además de ser un control contra-mayoritario sobre los poderes legislativo y ejecutivo, la revisión judicial puede, en un sentido más amplio, tener una tendencia, a lo largo del tiempo, a debilitar seriamente el proceso democrático. La revisión judicial expresa, desde luego, una forma de desconfianza respecto del Poder Legislativo." (p. 21). Agrega más adelante: "Debería recordarse que el ejercicio de este [el poder de revisión judicial], incluso si inevitable, siempre lleva implícito un serio mal, a saber, el que la corrección de los errores legislativos debe venir desde afuera, y la gente, en consecuencia, pierde la experiencia política y la educación moral y el estímulo que viene de enfrentar la cuestión de la forma ordinaria, y corregir los propios errores. La tendencia de recurrir comúnmente y en forma fácil a esta gran función, ahora lamentablemente bastante común, implica disminuir la capacidad política del pueblo y entorpecer su sentido de responsabilidad moral. Hacer algo así no es una cuestión liviana." (p. 22).

<sup>95</sup> Para FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, señala que las circunstancias que dan origen a la dificultad contramayoritaria, son tres: 1. La menor legitimidad democrática del origen del juez constitucional; 2. la rigidez constitucional, que impide al parlamento neutralizar fácilmente la decisión del juez constitucional; 3. El que la interpretación del texto constitucional sea controvertida (p. 42-43).

<sup>96</sup> Waldron, Jeremy. "Derecho y desacuerdos"; Marcial Pons, 2005.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2008.

<sup>98</sup> "La tesis democrática ha consistido siempre en sostener que el pueblo tiene el derecho a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios. En consecuencia, en la medida en que el pueblo otorga a los jueces un poder de juicio prevalente sobre cómo debe ser entendido algo tan básico como la igual protección, permitiendo entonces que dicho juicio prevalezca sobre el juicio del pueblo o el de sus representantes sobre esta misma cuestión, es innegable que (en términos de la taxonomía aristotélica) han establecido lo que tradicionalmente se ha descrito como un arreglo no democrático." (p. 316); "Si surge una discusión entre la tripulación acerca de si Ulises debería seguir atado al mástil mucho tiempo después de que el canto de las sirenas sea ya inaudible porque algunos de los tripulantes creen que él quería también resistirse a los atractivos de la siguiente isla, que acaban de pasar, entonces no se puede hacer otra cosa que preguntarle a Ulises. No hacerlo sobre la base de que esto haría que Ulises fuese juez en su propia causa sería absurdo, si es que a lo que estamos

constitucional es el triunfo artificial de un punto de vista político sobre los demás<sup>99</sup>. De ello, Waldron saca dos consecuencias. De una parte, que la democracia requiera cuando hay desacuerdos que requieren una decisión común, el que todas las personas participen en igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. No puede haber democracia a menos que se erija el derecho a participación y a menos que las complejas reglas del proceso político de representación estén regidas fundamentalmente por este derecho<sup>100</sup>. De la otra, que estas decisiones no pueden

---

*jugando es al juego del precompromiso. El precompromiso no puede preservar el aura de autonomía (o de democracia en el caso constitucional) a menos que la persona atada sea realmente la que debe juzgar el objetivo y el alcance de sus ataduras.”* p(p. 316-317).

<sup>99</sup> Waldron, en este sentido, sostiene lo siguiente: “en el caso constitucional casi siempre tratamos con una sociedad cuyos miembros discrepan sobre principios y sobre los detalles, incluso en sus momentos “lúcidos” o de “calma”, sobre los derechos que poseen, sobre cómo esos deben ser concebidos y sobre qué peso debe adjudicárseles en relación con otros valores. No necesitan apelar a desviaciones de la racionalidad para explicar o caracterizar sus desacuerdos.” (p. 320); “La gente discrepa sobre la publicación de las encuestas de opinión, sobre la libertad de expresión en los centros comerciales, sobre la influencia de grupos de interés especiales y los comités de acción política y sobre el interés público en el funcionamiento interno de los partidos políticos. Discrepan también sobre temas tales como los insultos, el discurso del odio, la representación étnica, la calumnia penal y los conceptos de sedición, insurrección y subversión. La percepción de estos desacuerdos es característica de todas las democracias contemporáneas. (p. 333); “Incluso en países como los Estados Unidos, donde la cultura política confía en buena medida estas cuestiones a los tribunales, los magistrados raramente alcanzan la unanimidad. Resulta que los jueces discrepan entre sí tanto como los demás, y lo hacen razonablemente y de buena fe, sobre la naturaleza de su administración constitucional y los compromisos sobre principios que se supone que dicha administración incorpora.” (p. 333-334); “Todo eso es seguramente saludable; es exactamente lo que deberíamos esperar; y podemos describirlo, para los fines de la filosofía política y del derecho, de muchas formas distintas. Pero me parece que hay que no podemos afirmar: no podemos describir este proceso en términos de un conjunto de precompromisos populares inequívocos con una forma particular de toma de decisiones políticas. ¿Cómo tomar decisiones colectivas en política? Todo lo que podemos decir es que esto es algo sobre lo que debemos seguir trabajando.” (p. 334).

Este desacuerdo de las sociedades democráticas, da pie para que Waldron rechace la tesis del precompromiso de Elster y de Holmes. Al efecto, sostiene: “Un “precompromiso” constitucional en estas circunstancias no es por lo tanto el triunfo de la racionalidad preventiva tal y como aparece en los ejemplos de Ulises, del fumador y del bebedor, sino más bien el predominio sostenido artificialmente de un punto de vista político sobre los demás, mientras las complejas cuestiones morales quedan sin resolver. Imponer el esquema del precompromiso a esta situación sabe más a Procasto que a Ulises.” (p. 320); “... respetar el precompromiso se parece más a tomar partido en una disputa interna entre dos facciones que luchan en igualdad aproximada de condiciones. En estas circunstancias, que, como ya dije, son las circunstancias de la política, debemos simplemente dejar de lado la lógica del precompromiso y debemos dejar que los miembros de la sociedad resuelvan sus diferencias y cambien de opinión en la toma de decisiones colectiva con el paso del tiempo lo mejor que puedan.” (p. 321); “La pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos razonables entre sus miembros sobre todos los asuntos que conciernen a los derechos y la justicia y la dinámica de la deliberación, tanto formal como informal, a lo largo del tiempo;” (p. 321).

<sup>100</sup> *Ibid* p. 338.

ser tomadas por autoridades no electas ni responsables, pues eso significaría un menoscabo para la democracia<sup>101</sup>. Tomarse en serio los derechos es guardar esta consideración y respeto hacia las otras personas<sup>102</sup>.

Por su parte, Habermas señala que el control abstracto de normas del Tribunal Constitucional pertenece a las funciones del legislador<sup>103</sup>. También que la transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales, implica confundir categorías distintas, que aumenta el peligro de que el Tribunal realice juicios irracionales<sup>104</sup>. Sólo es posible la legiti-

<sup>101</sup> “Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (unaccountable) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error en algún otro.” (p. 351). “Los que invocan el principio de *nemo iudex in sua causa* en este contexto afirman que éste requiere que la decisión última sobre los derechos no sea dejada en manos del pueblo, y que debe trasladarse en cambio a una institución independiente e imparcial como la Corte Suprema de los Estados Unidos.” (p. 354). “Primero, a menos que creamos seriamente que las cuestiones de derechos deben ser decididas por un extraño –por un legislador rousseauniano tal vez, o por una institución neocolonial con ascendencia sobre una comunidad dada como la que tiene el British Privy Council en relación con Nueva Zelanda–, tales decisiones inevitablemente serán tomadas por personas cuyos propios derechos resultan afectados por ellas.” (p. 354). “Contra el argumento central de Dworkin en *Freedom’s Law*, sostuvimos que:... 7) siempre se produce un menoscabo para la democracia cuando una concepción sobre las condiciones de la democracia se impone mediante una institución no democrática, incluso cuando la concepción es correcta y su imposición mejora la democracia; 8) no hay ninguna razón para pensar que el control judicial de constitucionalidad mejora la calidad del debate político participativo en una sociedad; y 9) que sigue estando abierta la cuestión de si el control judicial de constitucionalidad ha hecho más justos a los Estados Unidos (o haría más justa a cualquier sociedad) de lo que serían sin esta práctica.” (p. 354).

<sup>102</sup> En esta materia, Waldron señala: “Pero tomarse los derechos en serio tiene que ver también con la forma en que respondemos cuando los demás nos contradicen, incluso en una cuestión de derechos. Aunque todos consideramos razonablemente importantes nuestros propios puntos de vista, debemos también (todos nosotros) respetar la condición elemental de estar con otros, que es a la vez la esencia de la política y el principio de reconocimiento que reside en el corazón de la idea de los derechos. Cuando estamos ante un portador de derechos (Rights-bearer), no estamos tratando sólo con una persona a la que se le ha reconocido la libertad, el sustento o la protección. Sobre todo, estamos ante una inteligencia particular –una mente y una conciencia distinta a la nuestra, que no está bajo nuestro control intelectual, que tiene su propia visión del mundo y su propia concepción de las bases adecuadas de las relaciones con los demás, a quienes él también ve como otros–. Tomar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseoso entonces de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos.” (p. 371-372).

<sup>103</sup> Habermas sostiene que “La colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y lo que se diría habrían de ser funciones del legislador legitimado democráticamente sólo se agudiza en el ámbito del control abstracto de normas.” (p. 313). “Por otro lado, lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador. Por tanto, no sería totalmente desacertado reservar esta función, también en última instancia, a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial. La transferencia de esta competencia a un tribunal constitucional ha menester, cuando menos, de una justificación bastante compleja.” (p.315).

<sup>104</sup> En esta materia, Habermas parte por explicitar lo que entiende por valores. Estos “expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin. ...los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados. ...La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida. ...Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida en que se consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas.” (p. 328).

midad de la justicia constitucional si se cumplen dos condiciones. Por una parte, si el Tribunal protege la autonomía privada y pública de los ciudadanos<sup>105</sup>. Por la otra, si respeta la democracia deliberativa<sup>106</sup>, si no actúa como un regente<sup>107 108</sup>.

---

Enseguida, Habermas establece el distingo entre normas y valores: “Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción “deontológica”, es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y, cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro. Porque las normas y los valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias para su aplicación.” (p. 328-329). A continuación, Habermas subraya el peligro de confundir ambos conceptos: “Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.” (p. 329). “La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan papeles distintos en lo tocante a lógica de la argumentación.” (p. 330). Habermas concluye explicitando los peligros para el Tribunal de una teoría del órgano valorativo: “En la medida en que un tribunal constitucional adopta la “teoría de los valores” o “teoría del orden valorativo” y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.” (p. 332).

<sup>105</sup> “La Constitución ya no puede entenderse como un “orden-marco” que primariamente regule la relación del Estado con los ciudadanos. El poder económico y el poder social han menester de la disciplina del Estado de derecho no menos que el poder administrativo. Por otro lado, la Constitución, en nuestras condiciones de pluralismo social y cultural, tampoco puede entenderse como un orden jurídico global de tipo concreto que impusiese a priori a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vial. Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido. ... el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos.” (p. 336).

<sup>106</sup> “La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que funda legitimidad. Esta política deliberativa está ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a espacios de disposición política que no tienen por qué coincidir con el espectro de la formación de la voluntad política, institucionalizada en los órganos parlamentarios, sino que abarcan también tanto el espacio de la opinión pública política, como el contexto cultural de éste y su base social. Una práctica de la autodeterminación de corte deliberativo sólo puede desarrollarse en un juego de interacciones entre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, programada para la toma de decisiones e institucionalizada en términos de derecho procedimental, por un lado, y la formación política de la opinión en circuitos informales de comunicación política, por otro.” (p. 348-349); “El Tribunal no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesta a la misma sospecha de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político.” (p. 351).

<sup>107</sup> “El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste. Bajo el ojo crítico de un espacio público-jurídico politizado –el de una ciudadanía ya adulta y convertida “en comunidad de intérpretes de la Constitución”–, el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor.” (p. 354).

<sup>108</sup> Al respecto, cabe consignar que Alemania, ha comenzado una reacción doctrinaria respecto de la concepción que entiende la Constitución como orden de valores. Al respecto, CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores*. Granada, España: Editorial Comares, 2005. Entre otros cuestionamientos, se sostiene que hay una migración de la Constitución al juicio de

Finalmente, encontramos en nuestro país, la crítica que ha formulado Fernando Atria<sup>109</sup>  
<sup>110</sup>. Este autor hace dos precisiones metodológicas. De una parte, no se opone a la revisión judicial como antidemocrática, sino que la democracia no exige la revisión judicial<sup>111</sup>. Por la otra, el debate de la revisión judicial de constitucionalidad debe darse a nivel de tradiciones e historias jurídicas, no a niveles de lógica jurídica o teoría democrática<sup>112</sup> <sup>113</sup>. Luego de estas precisiones, el autor sostiene que no sólo las mayorías pueden abusar de su poder democrático y someter a una minoría; también pueden hacerlo los tribunales<sup>114</sup>. Enseguida, Atria sostiene que el Tribunal tiene por atribuciones todo el poder que necesita, sin que necesite auctoritas para imponer

---

ponderación del juez (p. 50), en el cual el derecho pierde fuerza normativa (p. 50-51); se renuncia al método jurídico, desformalizando la Constitución (p. 59). El juez se convierte en señor de la Constitución, pues se apodera de su carácter decisorio (p. 65). Se abren las puertas a opiniones e ideas subjetivas e incontrolables (p. 70). De ahí que la complejidad de la decisión valorativa, debe ser del legislador.

- <sup>109</sup> ATRIA, Fernando. “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”; en Estudios Públicos N° 79, invierno 2000, pp. 347-402
- <sup>110</sup> La influencia del profesor Atria es enorme en ciertos autores. Por ejemplo, LOVERA PARMO, Domingo “¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, democracia y participación”; En: *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, año 11, N° 1, 2010, p. 119-141. Y también, en fecha reciente, MAC-CLURE, Lucas. “Tribunal Constitucional y los derechos: la discusión pendiente”; en SIERRA, Lucas y MAC-CLURE Lucas. *Frente a las mayorías*. Santiago, Chile: Ediciones Centro de Estudios Públicos, 2011, pp. 171-275.
- <sup>111</sup> Atria dice: “no quiero argumentar que la revisión judicial es conceptualmente antidemocrática (es decir, que la revisión judicial se opone al concepto de democracia), sino sólo la tesis más limitada de que aquella no es exigida por ésta”, *op. cit.* (n. 108), pp. 357-358.
- <sup>112</sup> En esta materia, Atria afirma que “la inexistencia del control judicial de constitucionalidad no implica el fin de la supremacía constitucional y, recíprocamente, la supremacía constitucional no exige que a los tribunales se les reconozca el poder de declarar las leyes y otros actos normativos de los otros poderes del Estado inconstitucionales. Los tribunales no son los únicos que aplican el derecho. El debate sobre la revisión judicial de constitucionalidad debe darse al nivel de las tradiciones e historias jurídicas involucradas, no a niveles de lógica jurídica o teoría democrática.”, *ibid.*, p. 366.
- <sup>113</sup> Es necesario hacer una tercera precisión. Atria no se opone a la inaplicabilidad. Sobre el punto, ver su artículo “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *En Revista de Derecho*; Valdivia, v. 12 N° 1, 2001, p. 119-156.
- <sup>114</sup> “El argumento tradicional para sostener que la democracia exige que se les reconozca poder a los jueces para declarar leyes y otros actos normativos de los otros poderes del Estado inconstitucionales se basa en la protección de los derechos de las minorías. La democracia, se dice, exige tanto gobierno de las mayorías como protección de las minorías. A lo que se alude aquí es a la posibilidad de la mayoría de abusar de su poder democrático y someter a una minoría, y a la necesidad de ofrecer a dichas minorías protección en esa eventualidad. Esta posición es reforzada cuando a la idea de democracia se le adjunta la de Estado de Derecho, que se dice que implica, entre otras cosas (en un caso notorio de inflación conceptual, similar al criticado por Raz, 1977), separación de poderes, imperio de la ley y el “principio de la supremacía de la Constitución y la jurisdicción constitucional” (Nogueira y Cumplido, 1993: 250). El argumento, sin embargo, falla, por cuanto todo lo que se dice de las mayorías puede también decirse de los tribunales y de los jueces. Así como las mayorías pueden abusar de los derechos que les entrega el sistema democrático, los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad. Enfatizo el nivel teórico en el cual, por el momento, está la discusión. A nivel de la teoría democrática no hay ninguna razón para sostener que la democracia exige confiar en que los jueces van a usar responsablemente su poder antes que las mayorías.” (p. 357-358).

sus criterios; le basta su *potestas*<sup>115</sup>. Ello le hace decir que hay un síndrome de la víctima insatisfecha<sup>116</sup>. Las violaciones a los derechos humanos en Latinoamérica no han sido producto de excesos de la democracia, sino de falta de ella<sup>117</sup>.

5. Producto de este debate, que genera dos posiciones irreconciliables, entre los que rechazan el control judicial de la Constitución y los que la aceptan, algunos autores plantean otras perspectivas de aproximación al tema.

Por una parte, recomiendan superar la aproximación binaria y empezar a distinguir matices. Ello, a su juicio, generará grados de intensidad de la objeción democrática<sup>118</sup>. Así, Linares<sup>119</sup> considera que hay que evaluar una serie de factores para tratar de dilucidar dichos niveles

<sup>115</sup> “Nuestros órganos de revisión constitucional tienen escasa auctoritas, ellos manejan la potestas solamente. Un tribunal cuyas decisiones carecen de potestas y que, en consecuencia, necesita dotar a sus decisiones de auctoritas estará más dispuesto a un diálogo enriquecedor con una dogmática constitucional incipiente que uno que, como el nuestro, puede ignorar la auctoritas de sus decisiones porque ellas tienen toda la potestas requerida. Recíprocamente, una dogmática dignificada por esa necesidad tendrá, parece razonable esperar, una capacidad de evolución mayor que una que otra que no es capaz de ni llamada a conectar con instancias decisivas en la toma de decisiones constitucionales. El Tribunal Constitucional chileno (lo mismo puede decirse de la Corte Suprema) hoy no necesita auctoritas, por cuanto la Constitución le entrega toda la potestas que requiere. Fruto de ello es la insuficiencia de los fundamentos de sus decisiones en casos como los comentados más arriba (supra, nota 19) o en otros lugares (Atria, 1993a; Correa González, 1999). El Tribunal Constitucional tendría que cambiar su modo de razonar y decidir si fuera el Parlamento el que, en definitiva, tuviera que decidir si acatarlo o no. Lo que el Tribunal Constitucional tendría que hacer en ese contexto institucional sería producir decisiones con un peso específico tan importante que hiciera políticamente imposible que el Congreso las ignorara.” (p. 390-391).

<sup>116</sup> “El extraño caso de la víctima insatisfecha es la historia del sujeto que es golpeado y cuya reacción es entregar al atacante un martillo para que lo golpee con más efectividad. En Chile, los académicos progresistas han tenido un juicio altamente crítico del desempeño de los tribunales en las últimas décadas. No podría ser de otra manera. Pero la paradoja es que al mismo tiempo ellos sostienen que la solución para eso pasa por entregarles más poder. El síndrome de la víctima insatisfecha es extraordinariamente extendido en las pocas páginas que nuestros autores le dedican a este tema.” (p. 378).

<sup>117</sup> “El grado en que estas preguntas pueden ser consensualmente respondidas varía. Algunas de ellas pueden ser incluso contraproducentes. La cuestión no es cuán razonables son estas medidas, o cuánto acuerdo son ellas capaces de generar. De lo que se trata es que decisiones de esta naturaleza deben estar entregadas a la política democrática. Y para que ése sea el caso debe reconocerse que esas decisiones no están en la Constitución. No todo lo que es correcto o debido está ahí. En mi opinión, por ejemplo, el compromiso con la igualdad que la Constitución proclama en el art. 19 N° 2 implica que todas estas preguntas deben ser en principio respondidas con una cautelosa afirmación. Pero responder a esas preguntas de otro modo no viola la Constitución, por lo que yo no puedo invocar su eficacia procesal directa para alegar que las decisiones del Parlamento al respecto son indiferentes. Del mismo modo, si alguien es de la opinión de que esas preguntas deben ser respondidas en forma negativa, el argumento debería desarrollarse en las salas del Parlamento, no ante una corte: todas esas preguntas están (o deberían estar, en una interpretación correcta de la Constitución) abiertas y entregadas al debate político<sup>45</sup>. La Constitución debe ser entendida dejando un espacio significativamente amplio para la política democrática. Ése es el espacio que niega la eficacia procesal directa de la Constitución. Lo contrario implicaría transitar un camino cuyo destino final es el estado en el cual la Política con mayúsculas, las decisiones realmente importantes, se debaten y deciden no en el Parlamento sino en algún tipo de tribunal. Lamentable destino para la política democrática. Y todo ello con el objeto de proteger a la democracia de sí misma, sobre la base de que la “mera” regla de las mayorías (es poco común leer en Chile alguna referencia a la regla de la mayoría que no se apresure a devaluarla de este modo) “arriesga permanentemente el peligro de violentar la igual consideración y respeto que son debidos para todas las personas y en especial a las minorías” (Peña, s.f.: 191). Nótese: “arriesga permanentemente”. Esta obsesión con lo que uno podría llamar la “berencia de Weimar”, con el riesgo de que decisiones mayoritarias afecten los derechos de las minorías, es curiosa. Las dramáticas experiencias latinoamericanas en materia de violaciones a los derechos humanos no han sido producto de un exceso, sino de falta de democracia.” (p. 397).

<sup>118</sup> FERRERES, Víctor, *op cit.* (n.95), p. 42-46; LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008, pp. 242 y siguientes.

<sup>119</sup> LINARES, Sebastián, *op. cit.* (n.118), pp. 243 y siguientes.

de intensidad, evitando la lógica del todo o nada, para introducir matices. Según la manera en que se configuren estos factores, se estructura la dificultad contramayoritaria. Estos dicen relación con si la Constitución es rígida o flexible; si las sentencias del Tribunal Constitucional generan efectos entre partes o erga omnes; si existen o no restricciones a la declaración judicial de inconstitucionalidad; cuáles son los mecanismos de selección de los magistrados; las facultades interpretativas del Congreso; al grado de participación que se admite en la declaración de inconstitucionalidad; en las vías de acceso al Tribunal Constitucional. El examen de todos estos factores implica distinguir entre los diversos matices institucionales y los diversos contextos en los que el control judicial de las leyes opera<sup>120 121</sup>.

Por la otra, postulan lo que denominan el diálogo interorgánico entre el Congreso y las Cortes o tribunales constitucionales. Con ello se busca conservar las virtudes deliberativas del control judicial, sin por ello tener que despojar al Congreso del poder de dar la última palabra institucional<sup>122 123</sup>.

Para tal efecto, los autores<sup>124</sup> hacen un gran distingo. De un lado, ubican las constituciones flexibles; del otro, las constituciones rígidas.

<sup>120</sup> No obstante, Linares sostiene que, por otra parte, “no cabe inferir grados de calidad democrática de la justicia constitucional”. Por la otra, que de su propuesta de evaluación “no cabe concluir que aquel sistema que ostente una menor intensidad sea de mejor calidad democrática”. Para él, “el sistema judicial constitucional más democrático es aquel que promueve la deliberación pública y deposita la última palabra institucional en el Congreso” (p. 301).

<sup>121</sup> Ferreres Comella (FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *op. cit.* (n.20), pp. 128 y siguientes) sostiene que el activismo judicial está ligado a múltiples factores: 1. el sistema político vigente; 2. el contexto histórico. 3. la fuerza de la opinión pública. 4. el grado de pureza del Tribunal Constitucional. 5. el background profesional de los miembros del Tribunal Constitucional. 6. la flexibilidad de los remedios que el Tribunal Constitucional puede configurar.

<sup>122</sup> Al respecto, LINARES, Sebastián, *op. cit.* (n.118) pp. 199 y siguientes. En Chile, el ex Ministro del Tribunal Constitucional, Jorge Correa, (CORREA, Jorge. “Justicia constitucional y democracia”, en *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, Año 2009, Número 54; p. 167-194) se ha referido a las fórmulas dialógicas, señalando: “Bajo este nombre reuniré dos tipos: la primera se compone de formas de objetar la constitucionalidad de una ley sin invalidarla, mientras la segunda valora los fallos de un tribunal constitucional que se toman por razones que, en vez de clausurar un debate político, permiten u obligan a retomarlos, enriquecido.” (p. 184). Más adelante agrega: “Casi todos los tribunales constitucionales del mundo dictan fallos en que recomiendan o aperciben al legislador a tomar una medida legislativa, dejando entrever o declarando abiertamente que, de no hacerlo podría declararse la invalidez de una ley. Pertenecen también a este grupo los fallos llamados de interpretación conforme...” (p. 187). “...Tienen la virtud de proteger la Constitución sin imponer la invalidez del precepto, al menos no imponerla inmediatamente o en todos los sentidos posibles del mismo y abren siempre la posibilidad a que el legislativo saque nuevamente la voz para reponer sus fórmulas, con más o menos modificaciones.” (p. 187). Correa sostiene que “Los fallos de un tribunal constitucional forman parte del debate público y pueden ayudar a deteriorarlo o a mejorarlo. Pero quienes compartan conmigo que uno de los males principales de la democracia chilena hoy es la falta de deliberación suficientemente extendida, amplia y de calidad acerca de los asuntos públicos, deberán convenir que si los fallos del tribunal constitucional tienen posibilidad de mejorar la calidad o inclusividad del debate, ausentes otras consideraciones de mayor valor, el Tribunal Constitucional tiene el deber, como órgano democrático de hacerlo. (p. 191).

<sup>123</sup> EN ACKERMAN, BRUCE. *Justicia social en el Estado liberal*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. , el autor sostiene que el papel central de poder constitucional es actuar como policía dialógica, pues el legislador actúa de acuerdo con razones que, en caso de cuestionarse, puede hacer explícita y defender on suficiente peso en un determinado foro deliberativo. Por lo mismo, la existencia de la justicia constitucional aumenta el grado de deliberación pública con la que toma decisiones el legislador.

<sup>124</sup> LINARES, Sebastián, *op. cit.* (n.118) pp. 199 y siguientes.

En la primera categoría se ubican dos modelos que han sido transformados recientemente. El primer modelo es el de Westminster, en que queda comprendido el sistema del Reino Unido, el de Nueva Zelanda y el de Canadá. En estos modelos históricos los jueces no tenían autoridad para invalidar las leyes; los textos constitucionales no tenían mayor jerarquía frente a las leyes. Eran modelos con soberanía de ley<sup>125</sup>. Sin embargo, esta situación ha cambiado en los tres países. En el Reino Unido, con la aprobación de la Human Right Act, de 1998. Esta es una carta de derechos, bastante semejante a la Convención Europea de Derechos Humanos, enmendable por el mismo procedimiento de sanción de las leyes comunes, pero en que los jueces si bien no pueden invalidar la ley sancionada por el Parlamento, algunos de ellos<sup>126</sup> sí están capacitados para declarar situaciones de incompatibilidad con dicha Acta<sup>127</sup>. El diálogo se da aquí porque el Parlamento aprueba la ley, el Tribunal declara la incompatibilidad y el Parlamento puede reexaminar la ley o reformar la carta de derechos<sup>128</sup>. El segundo modelo es el de Israel, hasta 1994. En ese país, hasta 1991, el Poder Judicial no podía invalidar leyes, por regla general, sancionadas por el Congreso. Además, las normas fundamentales del Estado –Leyes básicas– eran leyes reformables por mayoría absoluta de los presente, con excepción de algunas cláusulas específicas. Sin embargo, este sistema comenzó a cambiar con varios hechos. Por de pronto, en 1992, Israel incorporó dos Leyes básicas destinadas a proteger los derechos de las personas<sup>129</sup>. Luego, en 1995, la Corte Suprema de Israel<sup>130</sup> consideró que las leyes básicas de Israel tenían

<sup>125</sup> Sobre el modelo clásico inglés, MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; “El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”; En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, 1979, p. 197-225; y PÉREZ TRIVIÑO, José Luis; “Una revisión de la soberanía del parlamento británico”; En *Revista Española de Derecho Constitucional*; año 18 N° 54; septiembre-diciembre 1998, p. 171-204.

<sup>126</sup> La Corte Suprema; el Comité Judicial del Consejo Privy; La Corte de Apelaciones Marcial; en Escocia, la Alta Corte de Justicia, actuando bajo cualquier forma que no sea un Juzgado o como el Tribunal Superior; en Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, la Alta Corte o la Corte de Apelaciones; la Corte de Protección, en cualquier asunto de que esté conociendo la División de Familia, el Vicecanciller o un juez de la Alta Corte.

<sup>127</sup> El artículo 3° de la ley parte por señalar que la legislación primaria y subordinada debe ser entendida y aplicada en un sentido que sea compatible con los derechos establecidos en la Convención. De ahí que en el artículo 4°, establezca que para que el juez facultado para ello pueda realizar esta declaración, tiene que haber adquirido una convicción de la incompatibilidad. En cuanto a sus efectos, cabe señalar que el artículo 4° establece que la declaración de incompatibilidad, por una parte, no afecta la validez, aplicabilidad continuada o cumplimiento de la disposición con respecto a la cual se ha realizado; y, por otra no resulta vinculante sobre las partes en el procedimiento en el que se ha realizado.

<sup>128</sup> En Nueva Zelanda, el cambio se produjo en 1990, con la New Zealand Bill of Rights. Si bien la norma no permite ni siquiera la declaración de incompatibilidad, el Tribunal superior de justicia de ese país, sostuvo que los jueces podían indicar la existencia de inconsistencia entre las leyes y el contenido de dicha declaración de derechos. Expresamente, la norma señala: “*Ningún tribunal podrá, en relación con cualquier acto legislativo, sea que haya sido aprobado o dictado antes o después de la entrada en vigencia de esta Declaración de Derechos, (a) Considerar cualquier disposición del acto legislativo como derogada o revocada, o en cualquier sentido inválida o ineficaz, o (b) Declinar la aplicación de cualquier disposición del acto legislativo— por ser la disposición inconsistente con cualquier disposición de esta Declaración de Derechos.*” (artículo 4°).

Por su parte, en Canadá, si bien excepcionalmente se permitía la revisión judicial de las leyes, la situación cambió en 1982, en que se sancionó la Constitutional Act. Esta permite que el Parlamento pueda aprobar, con la mayoría absoluta de los presente, que una ley es válida, no obstante contradecir los derechos de la Carta (artículo 33). A esta normativa se la denomina “notwithstanding”. Se puede usar junto con aprobar la ley o después de la sentencia de inconstitucionalidad. En este caso, el diálogo se produce porque el Congreso aprueba la norma, la Corte la objeta, y el Parlamento insiste, invocando la cláusula.

<sup>129</sup> La Human Dignity and Liberty Basic Law y la Freedom of Occupation Basic Law.

<sup>130</sup> En el caso *United Bank Mizrachi v. Migdal Cooperative Village*.

supremacía sobre las leyes del Congreso. Y se podían invalidar leyes ordinarias, contrarias a dichas leyes<sup>131</sup>. El diálogo se produce acá, porque el Congreso puede modificar las Leyes básicas con un quórum de mayoría absoluta de los presentes<sup>132</sup>.

En la categoría de constituciones rígidas, por su parte, se distinguen básicamente tres modelos<sup>133</sup>. Uno, es el modelo europeo de justicia constitucional. En este sistema, el diálogo es más difícil, pues el Tribunal declara la inconstitucionalidad, anula la norma, la cual desaparece del ordenamiento jurídico, en algunos países con efecto retroactivo y en otros, sólo hacia futuro. El diálogo es posible, sin embargo, si opta por sentencias interpretativas, aditivas o exhortativas. El otro, es el modelo norteamericano. Como la inconstitucionalidad es sólo para el caso concreto, la ley invalidada teóricamente puede seguir aplicándose y el Congreso ajustar la normativa. El tercer modelo es el en que se pueden formular requerimientos o consultas al Tribunal Constitucional mientras el proyecto se tramita. Aquí el diálogo se produce porque el Congreso, luego del fallo del Tribunal, puede legislar igual teniendo en cuenta lo establecido en la sentencia.

6. En Chile, algún tipo de diálogo ha existido entre el Tribunal Constitucional y el Congreso. Desde luego, porque hay objeciones que ha formulado el Tribunal Constitucional a ciertos proyectos que han generado reformas constitucionales. En esos casos, el Congreso ha impuesto su voluntad<sup>134</sup>. Enseguida, hay una gran cantidad de proyectos requeridos durante su

<sup>131</sup> El ex Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak (“Un juez reflexiona sobre su labor”, publicado originalmente en Harvard Law Review, 2002, vol. 116, N° 16, p. 16-162, y que se encuentra en castellado en Tribunales Constitucionales y Democracia; Edic. Suprema Corte; México, 2008) hace notar que tanto en Estados Unidos como en Israel, las cortes han sostenido que “la revisión judicial de la legislación está implícita al interpretar la Constitución. En Estados Unidos, esto se convirtió en norma en 1803. En Israel, en 1995.”. Cabe señalar que la Corte Suprema argentina también inició su control de constitucionalidad sin norma expresa. El caso equivalente a Marbury vs. Madison, es el caso Sojo, decidido en 1887. Antes de eso, la Corte sólo había afirmado ser el intérprete final de la Constitución. Pero en Sojo ejerce su poder de control de constitucionalidad sobre la ley. Lo notable de Estados Unidos es que ni la facultad de control de constitucionalidad ni el número de integrantes de la Corte Suprema, está en la Constitución. De ahí que por ley, en 1789 se haya fijado en seis miembros; en 1801, en cinco; en 1807 aumentó a siete; en 1837 a nueve; en 1863 a 10; en 1865 se redujo a siete; y en 1869 se fijó la actual composición de nueve.

<sup>132</sup> Sin perjuicio de ello, en 1994, el Congreso hizo primar una norma legal, no obstante su contradicción con la Freedom of Occupation Basic Law, por un período de cuatro años. Para ello, por una parte, tiene que comprometerse la libertad de ocupación; y por la otra, se requiere la mayoría del total de los miembros del Congreso. En este esquema, no se necesita modificar la ley fundamental, sino que insistir en la ley declarada inconstitucional.

<sup>133</sup> LINARES, Sebastián, *op. cit.* (n.118), pp. 202-205.

<sup>134</sup> Los casos no son muchos. En Estados Unidos John Hart Ely (*op. cit.* (n.69) p. 67), sostiene que “en toda nuestra historia, sólo cuatro sentencias de la Corte Suprema han sido revocadas mediante enmiendas constitucionales”. En Chile, los casos pueden observarse en el cuadro siguiente:

Materia	STC que objeta el proyecto	Ley de reforma constitucional
Primarias	279/1998, 06.10.1998	Ley N° 20.414/2010
Corte Penal Internacional	346/2002, 08.04.2002	Ley N° 20.352/2009
Publicación declaración de patrimonio	460/2005, 06.12.2005	Ley N° 20.414/2010

tramitación y objetados por el Tribunal Constitucional, no obstante lo cual, igual se han convertido en ley, con los ajustes de rigor<sup>135</sup>. También, el Tribunal ha dictado sentencias interpretativas<sup>136</sup>; ha exhortado a legislar en determinadas áreas<sup>137 138</sup>.

7. En Estados Unidos, con el fin de limitar el poder de la Corte Suprema en el control de constitucionalidad, algunos autores han buscado establecer restricciones en la interpretación constitucional para salvar el carácter democrático de las decisiones judiciales.

Así, están las posiciones que se catalogan genéricamente como “deferencia judicial”. Estas parten por la regla de la equivocación clara de J. B. Thayer<sup>139</sup>, y siguen por las formulaciones de los jueces de la propia Corte Suprema Brandeis y Frankfurter. El primero formuló reglas sobre el ejercicio del control de constitucionalidad como autocontrol<sup>140</sup>; el segundo, formuló toda una teoría en la materia<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Esto ha implicado dejar de lado la regulación objetada. Por ejemplo, STC Rol 115/90, 126/91, 141/92; 200/94, 207/95, 226/95, 228/95, 231/96, 247/96, 410/2004, 413/2004, 534/2006, 1005/2007, 1361/2009. No obstante, la regulación que el Congreso ha despachado, en algunos casos, es bien semejante a la objetada por el Tribunal. El ejemplo más claro en la materia, es el de rentas vitalicias (STC Rol 334/2001). Indudablemente, en los casos que el Tribunal ha objetado el proyecto como un todo, éste no ha podido seguir su curso. Por ejemplo, el de las elecciones primarias (STC Rol 279/98), el del traslado del Congreso (STC Rol 242/96). En los casos en que el Tribunal ha rechazado el requerimiento, el proyecto ha continuado su curso y se ha convertido en ley. Por ejemplo, STC, Rol 217-218/95, 219/95, 220/95, 260/297, 352/2002, 786/2007, 771/2007.

<sup>136</sup> Por ejemplo, STC Rol 46/87, 50/88, 91/90, 141/92, 213/95, 304/2000. Alicia de la Cruz (DE LA CRUZ, Alicia. *Sentencias bajo reserva de interpretación* (Tesis Magister en Derecho Constitucional). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006) sostiene que entre 1981 y 2005, 79 de las 455 sentencias tienen reservas de interpretación.

<sup>137</sup> Por ejemplo, STC Rol 53/98, 141/92, 155/92, 232/96, 325/2001.

<sup>138</sup> Sobre estas sentencias exhortativas e interpretativas, ver ZAPATA LARRAÍN, Patricio; “*Justicia constitucional*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008, p. 323 y siguientes. Para este autor, las sentencias interpretativas son aquellas en que el Tribunal declara la constitucionalidad de ciertos preceptos en el entendido que, esto es, siempre y cuando dichas normas se interpreten de la manera que la misma sentencia explica (p. 326). Y define las exhortaciones al legislador como llamados a que subsane el vacío detectado, aprobando oportunamente las normas que falten (p. 335).

<sup>139</sup> Thayer, J.B. “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, En: *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893-94, p. 129 y siguientes. Este autor postula que “*sólo puede anularse una ley cuando aquellos que tienen el derecho a hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara –tan clara que no queda abierta a una cuestión racional–; “la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable”.*

<sup>140</sup> Estas reglas, formuladas en un voto disidente en el caso *Ashwender Vs. Tennessee Valley Authority*, 1986, son las siguientes: 1. El Tribunal Supremo no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso; 2. No se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla; 3. No se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos en los cuales ha de aplicarse; 4. El tribunal no puede entrar a analizar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasiona perjuicio; 5. El Tribunal no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta; 6. Una ley siempre debe ser interpretada de tal manera que se evite en lo posible su declaración de inconstitucionalidad (Dorado Porrás, Javier; *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*; Editorial Dyckinson, Madrid 1997, p. 20-21).

<sup>141</sup> Frankfurter distinguió entre las cláusulas cerradas o específicas, con un significado claro a través de la historia, y las cláusulas abiertas o más genéricas, dentro de las cuales caben diferentes interpretaciones posibles, y a las que no cabe adjudicar un significado concreto. Para él, la Corte debe ser extremadamente deferente respecto de la legislatura cuando se examina una cláusula abierta; no debería anteponer su interpretación a la de un órgano como el legislador. Incluso señaló: “*si los jueces quieren ser predicadores deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser, principalmente, configuradores de una política, el Parlamento es su lugar.*

Otra posición en la materia, es la que se conoce como originalismo. Para esta posición, el sentido de la Constitución es determinable por la voluntad o intención de los constituyentes. Si esa intención original no existe, el juez debe aplicar la auto-restricción judicial. La finalidad de la interpretación es descubrir ese significado y dar efecto a la redacción de sus autores y del pueblo que las adoptó<sup>142</sup>. Una tercera posición es el textualismo, que afirma que sólo el texto de la Constitución y de las leyes debe servir como fuente de interpretación. El juez debe circunscribirse al significado convencional del texto. El objeto de la interpretación es lo que dice la Constitución, no lo que intentaron decir los artífices de la Constitución<sup>143 144</sup>.

8. Para analizar la manera en que se desarrolla la labor del Tribunal Constitucional en nuestro país, y si existe algún tipo de auto-restricción, es necesario considerar algunas variables de contexto.

Por de pronto, el Tribunal Constitucional no es el único órgano autónomo que crea y regula la Constitución. En esta categoría se encuentran el Banco Central, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público. Todos ellos ejercen funciones que impactan en la vida de las personas, y sus autoridades superiores no son electas. Enseguida, el legislador ha permitido, progresivamente, que los tribunales ordinarios utilicen la Constitución para resolver los conflictos que les toca conocer<sup>145</sup>. A este fenómeno se le denomina la tendencia descentralizadora del modelo europeo<sup>146</sup>. A continuación, hay mecanismos que permiten que un tribunal prescinda-

---

*Los jueces obstinados son los menos defendibles de entre todos los que atacan el imperio del derecho.* (Frankfurter F., "John Marshall and de judicial function", En: Harvard Law Review, vol. 69, 1955-56, p. 217, 238).

<sup>142</sup> El sentido de esta auto-restricción es doble. Por una parte, si los redactores de la Constitución pretendían delegar en los jueces la función de crear nuevos derechos, lo hubieran dicho así. Por otra parte, donde la Constitución no tiene una elección moral, el juez no tiene otras bases que sus propios valores para rechazar el juicio establecido en la ley. Sobre el punto, ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 137 y siguientes; BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1989, p. 53.

<sup>143</sup> Uno de los representantes más significativos de esta corriente es el juez de la Corte Suprema A. Scalia (SCALIA, Antonin. *A matter of Interpretation: Federal Courts and the law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 1997)

<sup>144</sup> El textualismo ha sido valorado por Waldron, para quien hay que dar siempre prioridad al significado compartido de las palabras u oraciones, incluso cuando éstas también pueden ser interpretadas de otro modo por el lenguaje profesional o técnico (ob.cit. p. 101).

<sup>145</sup> Por ejemplo, los Tribunales de Familia pueden excluir pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales (artículo 31, Ley N° 19.968). Los nuevos tribunales tributarios y aduaneros pueden conocer de impugnaciones por acciones u omisiones del Servicio de Impuestos Internos o de Aduanas que hubieran vulnerado los derechos consagrados en los números 21, 22, 24 del artículo 19 de la Constitución (artículo 155 Ley N° 20.322). Los tribunales laborales, por su parte, también pueden excluir pruebas que impliquen vulneración de derechos fundamentales (artículo 453, Código del Trabajo); asimismo, ejercen tutela de ciertos derechos fundamentales que se afecten en una relación laboral (artículo 485, Código del Trabajo). Los tribunales del nuevo sistema procesal penal también pueden excluir prueba cuya obtención vulnere garantías fundamentales (artículo 334, Código Procesal Penal); y existe una nulidad del juicio oral por infringir sustancialmente derechos y garantías aseguradas en la Constitución (artículo 373).

<sup>146</sup> Al respecto, FERRERES COMELLA, Víctor, *op. cit.* (n.20) pp. 171 y siguientes). En la descentralización, los jueces ordinarios interpretan la ley a la luz de la Constitución, pero no pueden declarar su invalidez. Hay que considerar que en Chile los jueces, a partir de la reforma constitucional del 2005, están legitimados para solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de una ley en una gestión pendiente de la que estén conociendo (artículo 93, inciso once).

de una ley por contraponerse a tratados internacionales<sup>147</sup> <sup>148</sup> <sup>149</sup>. Asimismo, hay una serie de tribunales que han ido ejerciendo sus atribuciones para fijar políticas públicas y, en ese sentido, prácticamente legislan<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> La doctrina denomina a esto “control de convencionalidad”. La Corte Suprema ha utilizado este mecanismo para prescindir del decreto ley de amnistía del año 78 (D.L. N° 2.191) por contraponerse a los Convenios de Ginebra, que impiden la autoexoneración penal. El razonamiento que hace la Corte tiene dos partes. De un lado, afirma que el D.L. N°3 y N° 5, de 1973, declararon el país en estado de guerra. Por lo mismo, se aplican dichos convenios. Del otro, estos convenios impiden la amnistía. El artículo 131 de estas normas internacionales, establece: “Ninguna de las Partes contratantes podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por cualquier otra Parte contratante en virtud de las infracciones previstas en el artículo precedente.” La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso Almonacid (26.09.2006), en que se condenó a Chile justamente por no haber investigado el asesinato de una persona, ha incentivado utilizar esta técnica. Expresamente en el Considerando 124, señaló: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” La Corte Interamericana acaba de reiterar el mismo predicamento en el caso Atala (24.02.2012). Dos de los considerandos de esta sentencia, señalan: “281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico<sup>283</sup>. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

<sup>148</sup> Gustavo Zagrebelsky (“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”; Editorial Trotta, Madrid 1995, p. 58 y siguientes) denomina “privilegio jurisdiccional” a que sea sólo el Tribunal Constitucional, y no los órganos ordinarios, los que pueden tomar la decisión de desactivar alguno de los productos normativos del Congreso. Este “privilegio” del Congreso, no existe en nuestro país, por estos dos fenómenos.

<sup>149</sup> En Europa, el impacto de los tribunales internacionales es enorme. Ferreres Comella (*op. cit.* (n.20) pp. 183 y siguientes), distingue entre el que provoca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El rol del primero es el de garantizar que el derecho de la Unión Europea sea interpretado y aplicado de manera uniforme en todos los Estados miembros, pudiendo los jueces nacionales plantear cuestiones prejudiciales acerca del derecho de la Unión. En el caso Simmenthal (09.03.1978), el Tribunal sostuvo que los tribunales nacionales tienen la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas de derecho comunitario, pudiendo inaplicar normas de la legislación nacional que se le contrapongan. Con ello, los tribunales constitucionales han perdido el monopolio general de control, pues los jueces ordinarios pueden también inaplicar leyes que se contrapongan al derecho comunitario. Este mecanismo permite que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda ser consultado por un juez si tiene dudas sobre la propia jurisprudencia que ha emitido. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sostenido que los Estados tienen libertad para definir el status del Convenio en su propio sistema jurídico. En el Reino Unido, por ejemplo, hasta el año 2000, con la Human Right Act, los tribunales no consideraban que el Convenio formara parte de su sistema jurídico. En otros Estados, como en Holanda, un juez no puede inaplicar leyes por motivo de inconstitucionalidad; pero sí puede hacerlo por no ser conforme a los tratados internacionales. En Francia, hasta antes de la reforma de 2008, en que los jueces pueden, por un procedimiento incidental, pedir al Consejo Constitucional la inaplicación de una ley, podían declarar que la ley es contraria a los tratados. A diciembre de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenía pendientes casi cien mil asuntos.

<sup>150</sup> Es lo que sucede con el Tribunal de la Libre Competencia. En algunas oportunidades, sus sentencias han regulado mercados. En otras, han establecido condiciones de ejercicio para desarrollar una actividad que, en otros ámbitos, los ha definido el legislador. Por ejemplo, la prohibición de integración vertical en un mercado.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en los hechos, concentra su actividad en el recurso de inaplicabilidad<sup>151</sup>, con más éxito para los requirentes que cuando estaba en la Corte Suprema<sup>152 153</sup>.

<sup>151</sup> En el cuadro siguiente se observa la incidencia de la inaplicabilidad en el trabajo total del Tribunal Constitucional, en los últimos cinco años.

	2011	2010	2009	2008	2007
<b>Cantidad de ingresos totales</b>	268	304	289	276	337
<b>Causas sobre inaplicabilidad</b>	229 (85,4%)	259 (85,3%)	242 (83,8%)	235 (85,1%)	286 (84,8)
<b>Causas sobre control obligatorio</b>	24 (8,9%)	22 (7,3%)	30 (10,4%)	27 (9,8%)	31 (9,1%)
<b>Causas sobre contiendas de competencia</b>	7 (2,6%)	7 (2,4%)	6 (2,1%)	5 (1,8%)	8 (2,7%)
<b>Otros</b>	8 (2,9%)	16 (5%)	11 (3,7%)	9 (3,3%)	12 (3,4%)

<sup>152</sup> En el cuadro siguiente, se comparan los resultados de las inaplicabilidades en la Corte Suprema y en el Tribunal Constitucional. El período analizado es prácticamente igual, en cantidad de años. Se utilizan los últimos años del recurso en la Corte Suprema.

<b>Variables de análisis</b>	Corte Suprema (1990-1996)	Tribunal Constitucional (2007-2011)
<b>Ingresos totales</b>	530	1251
<b>Inadmitidas</b>	119 (22,5%)	338 (27%)
<b>Rechazadas</b>	80 (15,1%)	190 (15,2%)
<b>Acogidas</b>	15 (2,8%)	173 (13,8%)
<b>Otras formas de término</b>	316 (59,6%)	279 (22,3%)

Para el período 1990-1996, se tomó como referencia a Gómez, Gastón; "El Recurso de Inaplicabilidad", Informes de Investigación, N° 4, Año 1; Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Diego Portales; noviembre de 1999.

<sup>153</sup> El Tribunal Constitucional, muy tempranamente, en agosto de 2006, en una de las primeras inaplicabilidades que le tocó resolver (STC 472/2006), sentó la doctrina que era competente para conocer de disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución; y que era competente también para examinar normas sustantivas y normas procesales. En otras sentencias (STC 467/2006; 473/2007; 517/2007; 535/2007; 608/2007), se declaró competente para conocer de vicios de forma. Estos tres factores habían generado inhibiciones en la Corte Suprema al momento de resolver una inaplicabilidad.

La facultad de derogar una ley por razones de inconstitucionalidad, es más bien marginal en este universo<sup>154 155 156 157</sup>. Finalmente, hay que considerar que la Constitución de 1980 reincorporó la existencia de leyes interpretativas de la Constitución<sup>158</sup>. En virtud de esta

<sup>154</sup> En el cuadro siguiente, se observan los recursos acogidos.

Rol y fecha	Materia	Inaplicabilidades previas	Iniciativa
<b>681,26.03.2007</b>	Artículo 116, Código Tributario (Delegación de facultades jurisdiccionales)	32	De oficio por el TC
<b>1254, 29.07.2009</b>	Expresión “gratuitamente” del artículo 595 del COT	2	Colegio de Abogados
<b>1345, 25.05.2009</b>	Artículo 171, Del Código Sanitario, consignación de haber pagado la multa para reclamar	6	De oficio por el TC
<b>1710, 06.08.2010</b>	Tabla de factores, artículo 38 ter, Ley de Isapres	4	De oficio por el TC

<sup>155</sup> En el cuadro siguiente, se observan los recursos no acogidos.

Rol y fecha	Materia	Inaplicabilidades previas	Iniciativa	Decisión
<b>558, 05.06.2007</b>	416 inciso 3° CPP (desafuero por acción privada de parlamentario)	1	Particular	Rechazada
<b>690, 05.06.2007</b>	416 inciso 3° CPP (desafuero por acción privada de parlamentario)	1	Particular	Rechazada
<b>1450, 25.08.2009</b>	Artículo 20/19.234	-	Particular	Improcedente
<b>1444, 31.12.2009</b>	Artículo 38 ter, Ley de Isapres (tabla de factores)	3	Parlamentarios	No se acogió a trámite
<b>1723, 24.05.2011</b>	Artículo 2331 Código Civil	2	De oficio	Rechazada

<sup>156</sup> Es destacable, en este sentido, que respecto de los casos en que se plantee la inconstitucionalidad de un precepto, el Tribunal Constitucional, como un a medida para mejor resolver, haya establecido como práctica las audiencias públicas, pues eso ayuda a que el debate constitucional sea más abierto a la sociedad. Así sucedió en las causas rol 1710/2010 y 1723/2011.

<sup>157</sup> Cabe considerar que en la STC 1345, 1254 y en la 1710, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad parcial, en relación a lo solicitado.

<sup>158</sup> Estas estaban consagradas en la Constitución de 1833, de la siguiente manera: “*Art. 164. Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos*”. Pero estas desaparecieron en la Constitución del 25. En la Constitución del 80, se regulan en dos disposiciones. Por una parte, en el artículo 66, que señala: “*Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio*”. Por la otra, en el artículo 93, N° 1, pues se las somete a control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional. En ejercicio de esta facultad, el Tribunal ha señalado que no es el legislador el que determina el carácter interpretativo de un determinado precepto, sino que su naturaleza misma (STC 1602/2008, voto de minoría de Ministros Venegas y Navarro).

normativa, el Congreso puede aclarar la confusión o el desentendimiento de un precepto, definiendo su genuino sentido<sup>159</sup>. Sin embargo, han sido pocos los casos en que el Congreso ha empleado esta facultad<sup>160</sup>.

9. En nuestro país ¿Existe algún tipo de auto-restricción del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones?

En otros países, como en Estados Unidos, se presentan dos tipos de auto-restricciones<sup>161</sup>. Por una parte, están las auto-restricciones procesales. En este sentido, la Corte Suprema de ese país ha señalado que no puede dar opiniones consultivas; también que el caso tiene que estar “maduro”, es decir, tiene que haberse producido la violación; o bien, la controversia no tiene que haberse resuelto en los hechos (la doctrina de la “mudez”). En el mismo sentido, ha establecido que la persona que reclama tiene que tener vinculación actual y suficiente con la controversia. Por la otra, están las auto-restricciones sustantivas. Por ejemplo, aquí se ubica la doctrina de las cuestiones políticas.

<sup>159</sup> El Tribunal ha señalado que: “sólo cabe proporcionar claridad o precisión a la redacción de una norma constitucional, cuando su propio texto sea susceptible de originar confusión o desentendimiento, para asegurar con esa interpretación su correcta, uniforme, armónica y general aplicación;” (STC 158/2002); las leyes interpretativas “se limitan a declarar su genuino sentido” (STC 12/1982). Como contrapartida, ha señalado que si el texto que se pretende interpretar no contiene nada ininteligible y oscuro, no estamos frente a una ley interpretativa (STC 158/92). También ha considerado que son preceptos interpretativos aquellos que definen conceptos que la Constitución establece (STC 1192/2008; 1288/2009). Una ley no interpreta sino que modifica, si agrega o quita elementos de la norma interpretada. (STC 158/92).

<sup>160</sup> En el cuadro siguiente, se observan los cuatro casos de leyes interpretativas. Tres venían calificadas de ese modo por el Congreso, y una venía calificada como ley orgánica constitucional. Además de los cuatro casos que se analizan en este cuadro, hay votos de minoría, en diversas sentencias, que consideran también como leyes interpretativas de la Constitución, uno o más preceptos de proyectos analizados en control obligatorio. Estas sentencias son las Roles 1051/2008, 1192/2008, 1662/2010.

Rol	Fecha	Vía de conocimiento	Materia	Norma constitucional involucrada	Calificación del Poder legislativo	Decisión del TC
12	16.07.1982	Control obligatorio	“Perseguidora” de funcionarios públicos por jubilación	19 N° 24	Interpretativa	Constitucional
67	12.05.1989	Control obligatorio	Requisitos aplicables a los parlamentarios para elección de 1989	44, 46 y 54 (artículos de fecha del fallo)	Interpretativa	Constitucional
158	22.10.1992	Control obligatorio	Fecha de elección de consejo regional	Disposición 30 transitoria (numeración a la época del fallo)	Interpretativa	Inconstitucional
1288	25.08.2009	Control obligatorio	LOC del TC (desde qué fecha se cuenta el plazo para requerir proyectos ante el TC)	93	LOC	Constitucional

<sup>161</sup> Sobre el punto, NINO, Carlos Santiago, *op. cit.* (n.31), pp. 665-667. Para la doctrina de la Corte Suprema argentina, pp. 668-673.

La autorestricción tiene importancia porque, de acuerdo a la Ley Orgánica del TC<sup>162</sup>, quienes litigan ante él, no pueden promover cuestión de jurisdicción o competencia; sólo éste, de oficio, puede conocer y resolver esto o aquello.

En su tarea, el Tribunal Constitucional chileno tiene restricciones que le vienen impuestas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, es determinante la competencia y el procedimiento. Respecto de ellas, el margen de autorestricción debiera ser mínimo. Sin embargo, al momento de interpretar su competencia, en su jurisprudencia se encuentran criterios de autorestricción<sup>163</sup> y otros de ampliación<sup>164</sup> <sup>165</sup>. El mismo conflicto se observa respecto de las leyes

<sup>162</sup> Artículo 21, D.F.L. N° 5, Minsejpres, 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOCTC.

<sup>163</sup> Entre estos criterios puede destacarse el que el Tribunal sea un órgano del Estado; por lo mismo, ha sido creado por la Constitución. Esta se encuentra preexistente a su tarea; por lo mismo, le cabe interpretar la Constitución pero no crearla. Sus preceptos le son indisponibles (STC Rol 1284/2009); no es poder constituyente (STC 272/98). También el que la competencia del Tribunal sea acotada, pues se inserta dentro de un sistema concentrado y compartido donde sólo decide ciertos conflictos constitucionales (STC 464/2006, 591/2007, 1216/2008). Asimismo, tiene competencias expresas y taxativas (STC 43/87; 188/94, 256/97, 1035/2008). Como consecuencia de estos criterios, por ejemplo, se ha inhibido de conocer de la impugnación de oficios ministeriales (STC 1035/2008) de los reglamentos de las Cámaras (STC 1216/2008).

<sup>164</sup> Entre estos criterios puede destacarse los que se hicieron valer en dos casos. De un lado, en la Píldora del día después (STC rol 740/2008), la mayoría del Tribunal considera que no puede permanecer indiferente a ciertas situaciones (C. 3°); no puede dejar conflictos sin solución (C. 3°); no puede quedar limitada su competencia a la nomenclatura (C. 14, 25 y 26); es una garantía básica de un Estado constitucional de derecho. (C. 8°). Del otro, en el fallo del post natal (STC Rol 2025/2011, la mayoría utilizó tres criterios: sus facultades deben potenciarse al máximo, porque defienden la Constitución (C. 11); alguien debe resolver los conflictos en los que los órganos colegisladores (C. 12, 13 y 14); y el principio de la inexcusabilidad (C. 16 a 19° y 21 a 23).

<sup>165</sup> Un caso paradigmático en materia de competencia, es el que resolvió el Tribunal, por vía incidental, en el año 2006, a raíz del alegato del Servicio de Impuestos Internos en el sentido que, como no se había modificado hasta ese momento la Ley Orgánica del Tribunal, éste no tenía competencia para conocer de las inaplicabilidades, cuya competencia le había otorgado la reforma constitucional de 2005. En el expediente 472/2006, por resolución de 31.05.2006, el Tribunal utilizó los siguientes argumentos para rechazar ese alegato: el valor normativo de la Constitución (C. 20); el que la Constitución regula en lo medular el procedimiento de inaplicabilidad (C. 23); el que la ley orgánica vigente a esa fecha estableciera un procedimiento común a todas sus competencias (C. 21 y 22); el que existieran derechos en juego (C. 24) y la inexcusabilidad (C. 25). Esta sentencia explica que el Tribunal haya conocido de todas las inaplicabilidades entre 2006 y octubre del 2009, fecha en que se publicó en el Diario Oficial la ley modificatoria de la Ley Orgánica del TC (20.381, D.O. 28.10.2009).

orgánicas<sup>166 167</sup>. En materia de procedimiento, es particularmente interesante la jurisprudencia que ha ido sentando el Tribunal Constitucional respecto de las causales de inadmisibilidad de las inaplicabilidades<sup>168 169</sup>.

Cuando el Tribunal puede imponerse restricciones a sí mismo, hablamos de auto-restricciones<sup>170</sup>. El autocontrol es más que un mero sentido de prudencia o de cautela en el ejercicio de sus competencias. El autocontrol implica que el Tribunal es consciente de sus atribuciones y de lo que el ejercicio de ellas trae aparejado. Ello no significa que la consideración de los efectos

<sup>166</sup> Mientras unos Ministros tienen un enfoque restrictivo de interpretación de ellas, otros tienen un criterio amplio. Los que son restrictivos, utilizan el criterio de la excepcionalidad (STC 160/1992; 255/1997; 260/1997; 1410/2009); el de la esencialidad, que implica que debe regular sólo ciertas instituciones básicas, sin que pueda interpretarse más allá de lo necesario y permitido (STC 160/1992; 255/1997); el que se define en base al principio de competencia (STC 260/1997). En cambio, quienes emplean el criterio amplio de interpretación de su ámbito, utilizan como variable de análisis el complemento indispensable (STC 4/1981); el criterio de lo armónico y sistemático (STC 7/1981).

<sup>167</sup> Cabe señalar que el año 2009, en la sentencia rol 1284, el Tribunal rechazó un alegato, formulado en una inaplicabilidad, de que las LOC eran parte del bloque de constitucionalidad. Para ello utilizó básicamente dos argumentos. De un lado, que el examen de constitucionalidad implicaba un contraste entre la Constitución y la norma con rango de fuerza de ley; su examen no era entre una ley y otra ley; el precepto legal es el objeto de su examen pero no su parámetro de referencia. Del otro, que no podía constitucionalizar normas legales. Es decir, darle rango constitucional a normas dictadas por el Poder Legislativo.

<sup>168</sup> Sobre este punto, la doctrina ha hecho estudios sistemáticos y exhaustivos. Por ejemplo, CORREA SUTIL, Jorge, “*Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”; Editorial Abeledo Perrot, 2011; ZÚÑIGA, Francisco; “*Acciones de Inaplicabilidad e inconstitucionalidad*”. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2010; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *op. cit.* (n.4)

<sup>169</sup> Un aspecto particularmente revelador de la auto-restricción en materia de inadmisibilidades, es la interpretación que hace el Tribunal sobre la exigencia de que el precepto impugnado “pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto.” El Tribunal ha considerado que para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad, es suficiente la posibilidad y no la certeza plena, de que el precepto legal impugnado sea aplicable a la gestión judicial pendiente (STC 808/2008; 1375/2009). La norma impugnada debe incidir en la resolución del conflicto. tiene que haber una causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio (STC 1312/2010).

<sup>170</sup> Patricio Zapata Larraín (“*Justicia constitucional*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2008, p. 227 y siguientes) habla de “deferencia razonada” para designar este fenómeno. Dice: “*El concepto de deferencia encierra dos sentidos complementarios. Significa, en primer lugar, que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía. La deferencia, en segundo lugar, demanda de cada órgano del Estado, el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía... la deferencia consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos, la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común... Tribunal deferente, en todo caso, no es aquél que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol controlador en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, y de allí el objetivo razonado, la deferencia que se explica y propugna, demanda del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos. La deferencia es razonada además, por cuanto el TCCh debe elaborar categorías de análisis flexibles que le permitan discriminar entre aquellos ámbitos y materias en que cabe reconocer amplia latitud al criterio administrativo legislativo, de aquellas otras esferas—fundamentalmente regulación y limitación de derechos— en que la deferencia debe conciliarse con el más estricto y riguroso de los controles. El ejercicio de la deferencia razonada, por parte del TCCh, constituye un resguardo eficaz contra el activismo jurisdiccional desbordado. Su aplicación, sin embargo, está lejos de reducir al TCCh a la calidad de ente sumiso o meramente decorativo. La deferencia razonada, tal como se la postula aquí, permite al TCCh, realizar un ejercicio vigoroso y creativo de sus atribuciones, evitando, dentro de lo posible, el conflicto permanente con los poderes elegidos democráticamente y el peligro de politización que esta pugna encierra.*”

Para Zapata Larraín, la deferencia razonada tiene dos elementos constitutivos: la autonomía del legislador, que le permite elegir la regulación que el legislador considere más óptima, y la presunción de constitucionalidad, en que sólo la oposición concluyente entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental, permite al Tribunal declarar su inconstitucionalidad (Ibíd. p. 233 y siguientes).

de sus resoluciones, pueda determinar inequívocamente sus decisiones<sup>171</sup>. No es tampoco una renuncia o abdicación de sus potestades. Se trata más bien de ejercerlas insertas en un sistema, donde hay otros controles y otros órganos elegidos por la gente para tomar las grandes decisiones. El Tribunal no puede sustituir al legislador, porque eso implicaría alterar la representación que la sociedad se da y cerrar espacio a la deliberación. En ese sentido, no puede modificar el equilibrio de poderes que la Constitución diseña. El Tribunal no puede perder de vista que es un órgano del Estado. Por lo mismo, sus potestades son expresas y otorgadas; y en la interpretación de la Constitución, no puede convertirse en un poder constituyente. Tampoco puede perder de vista que hay otros actores en el control de constitucionalidad.

10. En la jurisprudencia del Tribunal, encontramos distintas manifestaciones de autorestricción.

10.1. La primera de ellas son una serie de áreas en que el Tribunal se inhibe de conocer, por considerar que exceden sus atribuciones. Estos tienen que ver con las cuestiones de hecho, con la legalidad y con el mérito.

En relación con el primer aspecto, es necesario distinguir entre el control preventivo obligatorio y la inaplicabilidad. En la primera dimensión, el Tribunal ha señalado que no le corresponde conocer y pronunciarse sobre casos y situaciones contingentes o de hecho, pues su misión es efectuar una confrontación abstracta de normas<sup>172</sup>. En la dimensión de la inaplicabilidad, el asunto se hace algo más complejo, pues ejerce aquí un control concreto<sup>173</sup>. El Tribunal ha establecido que no puede analizar y valorar la prueba rendida en la gestión pendiente<sup>174</sup>; pero, por ejemplo, si no se entregan antecedentes que permitan apreciar y comprobar lo alegado, no puede realizar ese examen<sup>175</sup>. Los hechos los debe considerar, sin que pueda darlos por acreditados o establecidos<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> Como lo ha dicho este Tribunal en la STC Rol 1710/2010, “*Es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado*”.

<sup>172</sup> STC 450/2005.

<sup>173</sup> El distingo entre control concreto y control abstracto, parte en la sentencia rol 480/2006. Se traduce en que el Tribunal debe determinar si la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión específica, resulta contraria a la Constitución. En este examen, las características y circunstancias específicas del caso concreto, adquieren especial relevancia (STC 616/2006). El control concreto implica, por una parte, que no se realice un examen abstracto; por la otra, que no se pueden extraer conclusiones generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad; ésta ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al caso (STC 616/2006).

<sup>174</sup> STC 1351 y 1352/2010.

<sup>175</sup> STC 1234/2009.

<sup>176</sup> STC 1244/2009.

10.2. La segunda cuestión en que el Tribunal no entra a conocer, son las cuestiones de legalidad. Lo ha hecho tanto respecto del control preventivo<sup>177</sup>, como en sede de inaplicabilidad. Respecto de esta última, ha considerado que están en esta categoría las impugnaciones sobre la correcta aplicación de un precepto legal<sup>178</sup>; cuestiones sobre interpretación o conflicto de leyes<sup>179</sup> 180.

10.3. La tercera cuestión en que el Tribunal no emplea sus facultades es en el análisis del mérito<sup>181</sup>. Ello lo ha hecho tanto en controles preventivos<sup>182</sup> como en la inaplicabilidad<sup>183</sup>. La doctrina consiste aquí en que el Tribunal debe ceñirse estrictamente al examen jurídico del asunto sometido a su decisión, excluyendo cualquier consideración de mérito, oportunidad o conveniencia. El análisis respecto de estos elementos se encuentran radicados en los órganos de los cuales emane la respectiva regulación. Las consideraciones de mérito son parte de la libertad configuradora del legislador<sup>184</sup>. En esta categoría caben los juicios respecto de que la normativa no sea adecuada, no es idónea o hay otras más eficaces. La autorestricción está en que no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplean<sup>185</sup>; sólo cuando el parlamento excede su ámbito de competencia,

<sup>177</sup> STC 260/2000; 465/2006; 480/2006; 464/2006. En estas sentencias, el Tribunal distingue entre el vicio de constitucionalidad y el vicio de legalidad. Si se infringe la ley o reglamentos internos de las cámaras, no son problema de constitucionalidad. Y, por tanto, carece de competencia para conocer de estas infracciones.

<sup>178</sup> STC 1141/2009.

<sup>179</sup> STC 513/2006; 980/2007.

<sup>180</sup> La doctrina en la materia se resume en la siguiente sentencia: “*debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. Lo anterior en atención a que la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema*” (STC 1295/2009).

<sup>181</sup> En el clásico artículo de James Thayer, (ob.cit.), se sostiene lo siguiente: “*Estas cuestiones, entonces, al presentarse ante los tribunales y demandar acción judicial, no solamente exigen un método especialmente amplio para su adecuado conocimiento, sino que además, y especialmente, requieren una consideración, a realizar por los jueces, relativa al vasto margen de poder y opciones legislativas, imposible de delimitar; es decir, ese amplio margen de consideraciones que se son propias de un juicio práctico de un cuerpo legislativo. Dentro de dicho margen, entre esas consideraciones legislativas, los poderes normativos deben gozar de libertad. En cuanto opción legislativa, sin limitaciones relativas a la primacía de una opción por sobre otra, se puede elegir una forma de acción u otra, y los jueces no deben interferir, puesto que su cuestión es una de naturaleza estrictamente judicial. Más todavía, tal es la naturaleza de este asunto judicial que la determinación preliminar del Poder Legislativo es un hecho de gran relevancia, dado que las constituciones encomiendan dicha determinación en forma expresa al Poder Legislativo; éste no puede actuar sin realizarla. De hecho, las constituciones no solamente encomiendan al Poder Legislativo la determinación preliminar de la cuestión, sino que establecen que la misma puede ser también la definitiva, pues no garantizan su revisión.*”

<sup>182</sup> STC 43/1987; 228/1995; 231/1996; 242/1996; 247/1996; 312/2000; 325/2001; 345/2002; 480/2006; 645/2006.

<sup>183</sup> Por ejemplo, STC 792/2008; 1046/2008; 1061/2008; 1065/2008; 1253/2009; 1279/2009; 1295/2009; 1345/2009;

<sup>184</sup> En STC 1295/2009, el Tribunal señaló que la autonomía del legislador, depositario de la voluntad democrática, comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones y conveniencia de oportunidad política que lo lleven a adoptar una u otra fórmula normativa.

<sup>185</sup> STC 797/2007; 1295/2009.

infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad<sup>186 187 188 189</sup>.

11. Una segunda manifestación de la auto-restricción que tiene el Tribunal Constitucional, son los criterios de interpretación

En esta materia destaca, por una parte, la presunción de constitucionalidad; y por la otra, el principio de interpretación conforme. En virtud del primer criterio de interpretación, se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los poderes del Estado. Sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad, cuando lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma examinada y la Constitución es clara y no se puede armonizar con

<sup>186</sup> STC 1065/2008.

<sup>187</sup> El Tribunal ha citado jurisprudencia comparada para afirmar esta auto-restricción. Así, en la STC 1295/2009, señaló: “Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que “la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución” (Vid. DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. París, Francia: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: “La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”. En el mismo sentido, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en SCHWABE, Jürgen. *50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Konrad Adenauer, 2003, p. 92);”.

<sup>188</sup> La doctrina nacional ha respaldado este criterio. Por ejemplo, Patricio Zapata (“*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Ediciones Corporación Tiempo 2000, Santiago 1994, p. 10) señala que “*Las consideraciones técnicas, políticas o económicas, en base a las cuales el legislador escoge una u otra fórmula, en la medida por supuesto que no infrinjan la Constitución, se encuentran más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional*”. Teodoro Ribera, por su parte, sostiene que “*Al interior del marco constitucional, el Legislador es libre de elegir la regulación que considere más óptima, siendo ésta una decisión propia de los órganos políticos, no sujeta a control jurisdiccional*” (RIBERA, Teodoro: “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho”, En: *Estudios Públicos* N° 34, Otoño 1989, p. 210). En el mismo sentido se expresan Verdugo, Pfeffer y Nogueira, para quienes “*En el fondo, se trata de que en un Estado republicano democrático se respete al órgano legislativo, al que le corresponde, en cada momento histórico, ir actualizando la idea de derecho conforme a la voluntad del cuerpo político de la sociedad*” (VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA; “*Derecho constitucional*”, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago 1994, p. 132). En el ámbito de la doctrina extranjera, Konrad Hesse alude al criterio interpretativo de la corrección funcional, de acuerdo al cual las relaciones entre Legislador y Tribunal Constitucional, en particular, están regidas por el deber del segundo de sujetarse estrictamente a su función de control, estándole “*vedado una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el Tribunal mismo*” (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 47).

<sup>189</sup> A raíz de las conceptualizaciones que el Tribunal ha tenido que establecer de la inconstitucionalidad, ha señalado que mientras ésta implica un juicio invalidatorio, pues constata un vicio de inconstitucionalidad en una ley, la derogación es una apreciación sobreviniente de mérito político. De ahí que el Tribunal Constitucional no sea un ente de delegación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Mientras la derogación es una valoración de mérito político, la inconstitucionalidad se funda en un vicio (STC 1719/2010 y 1552/2010).

ella<sup>190 191</sup>. Es importante destacar que para el Tribunal el estándar de análisis es la contradicción clara y categórica del precepto analizado con la Carta Fundamental, no las simples contradicciones aparentes<sup>192 193 194 195 196</sup>. Otro efecto de esta presunción es que si el Tribunal dictamina que

<sup>190</sup> STC 309/2000.

<sup>191</sup> La presunción “significa que, en caso de duda, el juez debe decidir a favor de la constitucionalidad de la ley. Dicho de otra manera: el juez sólo puede decidir a favor de la inconstitucionalidad si ésta no resulta dudosa. Para entender destruida la presunción de constitucionalidad de la ley, se exige la aportación de elementos de juicios (argumentos) de suficiente peso que puedan justificar la creencia del juez de que se da una contradicción entre la interpretación correcta del texto legal impugnado y la interpretación correcta del texto constitucional.” (FERRERES COMELLA, Víctor, *op. cit.* (n.95), p. 160).

<sup>192</sup> En el diseño de la presunción, Thayer, en el derecho norteamericano, es extremadamente categórico en esta regla. A su juicio, “que un acto del Poder Legislativo no debe ser declarado como inválido, salvo que la violación de la constitución sea tan manifiesta que no deje lugar a una duda razonable”; “debe existir un “claro e inequívoco quiebre de la constitución, y no una inferencia dudosa y controvertida”; “un acto legislativo no debe ser declarado nulo a causa de un mero conflicto de interpretación entre los Poderes Legislativo y Judicial. Antes de anular por sentencia judicial, lo que ha sido dictado por el poder normativo, debe aparecer claramente que el acto no puede ser justificado sobre la base de algún intento razonable o presunción posible”; “Únicamente cuando haya una manifiesta asunción de autoridad y una clara incompatibilidad entre la constitución y la ley, es que el Poder Judicial puede negarse a aplicarla. Semejante intervención jamás puede ser permitida en un caso dudoso.” Las razones que da Thayer para esto, son de distinto tipo. En primer lugar, asegurar la debida obediencia a la autoridad. “debe presumirse que todos sus actos son, de hecho, conformes con la constitución, salvo que el caso contrario sea manifiesto. Esta confianza es necesaria para asegurar la debida obediencia a su autoridad. Si ésta fuera constantemente cuestionada, tenderá a disminuir el respeto a las leyes, el que es esencial para la seguridad pública y la felicidad. No estoy, en consecuencia, dispuesto a examinar de forma escrupulosamente exacta la validez de la ley. Sería poco sabio hacerlo. ... La validez de la ley, entonces, no debe ser cuestionada salvo que sea tan obviamente contraria a la constitución, que, al llamar la atención al respecto los jueces, todos los hombres con sentido común y capacidad de reflexión en la comunidad perciban claramente dicha contrariedad. Este cauteloso ejercicio de la comprobación judicial evitará generar celos, y mantendrá la confianza pública en ella, pudiendo apreciarse justa y completamente sus saludables efectos”. Una segunda razón que da, es el respeto a la libertad configurativa del legislador. “Esta regla reconoce que, considerando las enormes, complejas y esencialmente dinámicas exigencias del Gobierno, muchas cuestiones que parecerán inconstitucionales a un hombre o un cuerpo de hombres, pueden razonablemente no parecerlo a otro(s); que la constitución frecuentemente admite interpretaciones distintas, que muchas veces hay un rango de opción de juicio, que en dichos casos la constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, sino que deja espacio abierto a su elección, y que cualquiera de ellas es constitucionalmente admisible.” ... “salvo que hayan arribado a dicha conclusión con certeza absoluta, y que las razones sean tan manifiestas que nadie pueda ponerlas en duda”. Concedió que los tribunales debían tratar la legislación con “gran respeto, pero, la decisión final, tal como en los demás casos, debe ser acorde a los dictados objetivos de la razón”. Los actos legislativos, dijo, requieren para ser aprobados de al menos la mayoría del Poder Legislativo, y las razones que justifican la invalidez del acto no pueden, frecuentemente, ser tan claras como para no dejar lugar a duda. La regla, entonces, requiere en realidad que los tribunales renuncien a su jurisdicción.” Una tercera razón de Thayer es que hay que confiar en el Poder Legislativo: “no puede suponerse que el Poder Legislativo aprobará una ley que es claramente inconstitucional.” ... “Debemos asumir que el Poder Legislativo ha cumplido con sus deberes, y debemos respetar sus derechos y potestades constitucionales”. ... “Debe siempre recordarse al aplicar judicialmente el test sobre qué es lo que el Poder Legislativo podría razonablemente haber querido, que siempre deben ser atribuidos a dicho órgano los valores de virtud, sentido común y conocimiento competente.” Otra razón que da Thayer es lo delicado del juzgamiento de la constitucionalidad de una ley: “Los jueces fueron investidos, en forma hasta cierto punto indirecta, de la atribución de revisar las acciones de otros departamentos y declararlas nulas. En términos simples, si bien esta es una función meramente judicial, involucra, debido a la materia a la que se refiere, tomar parte, una parte secundaria, en la conducta política del Gobierno. Si eso es así, entonces los jueces deben aplicar los métodos y principios que favorecen esa tarea. En semejante labor no puede haber un *modus vivendi* permanente o adecuado entre los diferentes departamentos, a menos que cada uno esté seguro de la total cooperación de los demás, mientras su propia actividad se conforme a una visión razonable y debidamente permisible de sus atribuciones constitucionales. Son, de hecho, los tribunales de justicia los que se constituyen en el árbitro definitivo de qué es racional y permisible, en la medida en que en litigios la pregunta se abra ante ellos. Esto deja a nuestros tribunales un ámbito extenso y de especial relevancia. Sólo se pondrá en peligro la totalidad de dicho ámbito si busca extenderlo todavía más. No deben ponerse en la posición del legislador, o perder de vista la pista que se encuentra en el comentario sagaz de un obispo inglés hace casi dos siglos, citado recientemente por el juez Holmes : “Quien sea que tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita o verbal, es quien realmente legisla, para todos los efectos y propósitos, y no la persona que por vez primera escribió o dictó la ley.” Sobre el fundamento actual de la presunción, Ferreres Comella (*op. cit.* (n.95), pp. 163-214), da tres razones que denomina el argumento epistémico (“la solución que el legislador democrático ha dado al conflicto de intereses subyacen-

hay una incompatibilidad entre el precepto analizado y la Constitución, dicho dictamen es constitutivo, no declarativo<sup>197</sup>. En virtud del segundo principio de interpretación, el Tribunal debe buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución; no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma, si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental<sup>198</sup>.

En materia de declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal ha sido particularmente estricto al momento de establecer los criterios interpretativos que puedan llevarlo a derogar una ley por contraponerse a la Constitución. Estos criterios son, en primer lugar, el de última ratio<sup>199</sup>. La declaración debe ser el último recurso para asegurar la primacía constitucional. Está en juego, de un lado, un acto emanado del órgano legislativo, expresión irrecusable de la

---

*te, es correcta con un mayor grado de probabilidad que la solución que el juez pueda dar reflexionando por su cuenta*"); el argumento de la igual dignidad política ("el juez debe presumir la validez de la ley porque constituye una ofensa al sentido de igual dignidad de las personas, el hecho que una ley aprobada democráticamente sea invalidada por un juez cuando la cuestión de fondo es una cuestión controvertida respecto de la cual personas razonables pueden discrepar"); el argumento de la corregibilidad de los errores ("en caso de duda, el juez debe presumir la validez de la ley, porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declarar válida una ley que en realidad es inválida, que el error opuesto, de declarar inválida una ley que en realidad es válida").

<sup>193</sup> Thayer señala que el estándar de la duda razonable es la "que se mantiene en la mente de una persona competente y adecuadamente instruida, que ha reflexionado cuidadosamente sobre el asunto. La opinión racionalmente permisible sobre la que hemos estado hablando es la opinión razonablemente permisible a una persona como ésta."

<sup>194</sup> STC 309/2000; 549/2007.

<sup>195</sup> La doctrina nacional respalda este estándar. Así, Zapata Larraín sostiene que la doctrina de la "presunción de constitucionalidad" postula que, existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el TCCh debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente". (Zapata Larraín, Patricio, "Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado"; Editorial Jurídica; Santiago, 2008; p. 243). En España, García de Enterría afirma que esta presunción implica lo siguiente: "primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista 'duda razonable' sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea 'razonablemente posible', el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Civitas, 1985, p. 96.). Otros autores españoles se expresan en igual sentido, exigiendo que la contradicción sea clara e inequívoca (DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1988, p. 148; PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 1995, p. 144). No obstante, Ferreres Comella (*op. cit.* (n.95), pp. 209 y siguientes), sostiene que no debe exigirse a quien impugna la ley la carga de probar que la inconstitucionalidad sea manifiesta, indubitada, patente. Sostiene que a su juicio, hay tres razones en el derecho español para ello: el que la regla de decisión sea la mayoría simple; el que en caso de empate, decide el Presidente; y el que existan voto particulares que se publican.

<sup>196</sup> Para Ferreres Comella, (*op. cit.* (n.95) pp. 242 y siguientes); en ciertos casos, se invierte la presunción de constitucionalidad de la ley. Esto tiene lugar cuando se afectan los intereses de grupos social y políticamente vulnerables y cuando existe una restricción de derechos de participación política. Por el contrario, la presunción se refuerza, cuando la ley tiene un alto grado de consenso parlamentario y extraparlamentario; cuando el análisis se refiera a cuestiones empíricas.

<sup>197</sup> STC 1248/2009.

<sup>198</sup> STC 217 y 218/1995; 1337/2009.

<sup>199</sup> STC 558/2006

soberanía popular; del otro, la seguridad jurídica, por el vacío normativo que produce la desaparición de la norma<sup>200</sup>. El Tribunal debe agotar las interpretaciones que permitan armonizar el precepto con la Carta Fundamental, de modo que si desde ninguna perspectiva o interpretación, ello no es posible, haga la declaración<sup>201</sup>. El Tribunal debe ponderar la conveniencia para el interés público y la plena vigencia del estado de derecho, la derogación de la norma<sup>202</sup>. En segundo lugar, requiere una evaluación de las consecuencias, pues la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su supervivencia<sup>203</sup>. En tercer lugar, la inconstitucionalidad debe serlo en todo evento y modalidad de aplicación; debe existir una incompatibilidad radical<sup>204</sup>.

12. Una tercera manifestación de la autorestricción, es el método de análisis que emplea el Tribunal Constitucional para resolver. Ello implica considerar los precedentes en sus decisiones, los *test* que emplea y la fundamentación de sus sentencias.

En relación a los precedentes, cabe señalar que hay algunos que son obligatorios. En efecto, cada uno de los exámenes de constitucionalidad, despejan los controles futuros. Así, el control preventivo de la ley se vincula con la acción de inaplicabilidad. (Artículo 51 y 84 N° 2) y ésta a la declaración de inconstitucionalidad (artículo 97 en relación al artículo 97 N° 1)<sup>205</sup>. Ello se traduce en que, por ejemplo, la inconstitucionalidad no puede pedirse sin la inaplicabilidad<sup>207</sup>; pero esta no basta, pues no existe una razón causal entre ambas declaraciones; una no provoca necesariamente a la otra<sup>208</sup>. De ahí que no constituya un deber, sino una facultad, declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable<sup>209</sup>. Sin embargo, existen precedentes que para el Tribunal son obligatorios<sup>210</sup>. Pero porque el propio Tribunal así lo

<sup>200</sup> STC 558/2006

<sup>201</sup> STC 1710/2010

<sup>202</sup> STC 1710/2010

<sup>203</sup> STC 558/2006

<sup>204</sup> STC 558/2006

<sup>205</sup> STC 1710/2010. En esta misma sentencia el Tribunal sostuvo que la vinculación es tan estrecha entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, que el Tribunal no puede ampliar los vicios por los cuales se declaró la inaplicabilidad, aunque sí ahondar en las razones que le sirven de apoyo. La identidad debe ser del vicio (la contradicción y los artículos de la Constitución involucrados), no de la argumentación, tal como lo establecen los artículos 97 N° 2 y 101 de la LOCTC.

<sup>206</sup> El Tribunal ha establecido una diferencia fundamental entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad. La primera tiene efectos relativos, pues la norma se debe inaplicar sólo en la gestión pendiente. La inconstitucionalidad, en cambio, tiene efectos generales, pues la norma no puede tener ninguna aplicación a situación pendiente a la fecha de su publicación, quedando la norma total, completa y definitivamente erradicada del ordenamiento jurídico (STC 1710/2010 y 1552/2010).

<sup>207</sup> No hay un plazo fijado para pedir la inconstitucionalidad después de la inaplicabilidad (STC 1710/2010).

<sup>208</sup> STC 1254/2008

<sup>209</sup> STC 1710/2010

<sup>210</sup> Cabe señalar que la Constitución es parca al momento de regular los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Respecto del control obligatorio, señala que las disposiciones declaradas inconstitucionales no pueden convertirse en ley. En relación a la inconstitucionalidad establece que el precepto queda derogado, sin que tenga efecto retroactivo (artículo 94). Sin embargo, no hay ninguna disposición que se refiera a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en relación a

ha establecido. Ha considerado que mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores, crea una certeza y la seguridad necesarias en el mundo del derecho. Por lo mismo, los cambios de doctrina jurídica deben advertirse y producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que lo justifiquen<sup>211</sup>. No es que no pueda cambiar de criterio; eso es lícito en la medida que lo advierta y fundamente claramente en su decisión<sup>212</sup>.

Una segunda manifestación de la autorestricción en el método de análisis, es el uso de los *test* por parte del Tribunal Constitucional. Esto ayuda a facilitar el análisis del asunto, a estructurar adecuadamente el razonamiento, a tener una predictibilidad de resultado, a proyectar las sentencias a casos distintos de aquellos en que fueron dictados<sup>213 214</sup>.

El Tribunal ha diseñado *test* en distintos aspectos. Algunos ejemplos son, en primer lugar, el *test* que nuestro Tribunal ha establecido respecto de la igualdad. Este se compone de tres variables fundamentales<sup>215</sup>. Por de pronto, la situación de hecho diferente<sup>216</sup>. Enseguida, debe

---

otros poderes del Estado. Por ejemplo, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, señala: “*Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.*” Como consecuencia de lo anterior, no se preocupa tampoco de establecer el valor de sus precedentes.

<sup>211</sup> STC 171/93

<sup>212</sup> STC 1572/2010

<sup>213</sup> En 2001, comentando la sentencia al Convenio 169, señalaba la importancia de los *test* en el Tribunal Constitucional, justamente porque en ese fallo, el Tribunal diseña un conjunto de elementos para examinar la constitucionalidad de un tratado. Decía: “*El Tribunal Constitucional emite sentencias que determinan el sentido y alcance de las normas constitucionales. Por lo mismo, sus definiciones deben generar certeza jurídica; nadie puede confundirse de lo que ha decidido respecto de un asunto. Lo anterior cobra relevancia cuando la doctrina del Tribunal es proyectable a una situación distinta de aquella en la que se estructuró. La única manera que dicha doctrina pueda ser proyectable con certeza a otras situaciones, es estableciendo con claridad la metodología de análisis del conflicto sometido a su conocimiento. Los test de constitucionalidad cumplen esa función, pues permiten que el Tribunal fije criterios conforme a los cuales un asunto futuro podrá ser analizado con una doctrina emitida en el pasado, a raíz de otro conflicto. Dichos criterios permiten que el intérprete pueda someter el problema constitucional que lo aflige a esos criterios y verificar si su solución se ajusta o no a la Constitución. Mediante los test de constitucionalidad, el Tribunal no sólo resuelve un caso; fija una forma de enfrentar otros.*” (CARMONA SANTANDER, Carlos. “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas”, en: “*Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*”. Santiago, Chile: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, LOM Ediciones Ltda., 2001).

<sup>214</sup> Sobre la importancia de los *test* de examen de constitucionalidad ver recientemente GARCÍA GARCÍA, José Francisco, “El Tribunal Constitucional y el uso de *test*: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, En: *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38, N° 1, 2011, p. 101-138. Este autor se refiere a dos *test*: el de proporcionalidad y el de las regulaciones expropiatorias. Sobre la importancia de los *test* señala: “*En primer lugar, se trata de buscar un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello potencia decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir accountability a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos ex ante. Ello contribuye, además, a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del regulador.*”

<sup>215</sup> Sobre el punto, CORREA SUTIL, Jorge, *op. cit.* (n.167).

<sup>216</sup> Así, en la STC 1365/2009, considerando 29, señaló: “*Que en este sentido, este Tribunal ha entendido que la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental.*”

existir una distinción razonable y objetiva<sup>217</sup>. Finalmente, la medida debe ser tolerable por el destinatario<sup>218</sup>, no desmedido<sup>219</sup> y no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido<sup>220</sup>.

Otro *test* decantado del Tribunal Constitucional, es el que utiliza a propósito de la relación ley–reglamento. Ahí el Tribunal distingue entre los *test* de ley (habilitación legal previa y suficiente; determinación y especificidad) y los *test* de análisis del reglamento propiamente tal (tipo de reserva, proporcionalidad, no innovación, esencialidad)<sup>221</sup>.

---

*Así se ha afirmado que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219).*

De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987);

<sup>217</sup> Así en la STC 1365/2009, considerando 33, sostuvo:

*“Que, además, los propósitos de política criminal que subyacen al sistema de registro de las huellas genéticas de las personas condenadas, de conformidad con la Ley N° 19.970, resultan objetivos, alejando el temor de arbitrio de parte de la autoridad encargada de formarlo y mantenerlo.*

*Se cumple, asimismo, desde este punto de vista, con otro de los criterios que este Tribunal ha fijado como decisivos para establecer si determinada hipótesis normativa importa una vulneración de la igualdad ante la ley. En efecto, recordando jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha fallado que “si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que los justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.” (Sentencia Rol N° 1.535, considerandos 35° y 37°);”*

<sup>218</sup> Así, en la sentencia 1365/2009, considerando 34, afirmó:

*“Que el juicio de igualdad que se viene realizando respecto de los preceptos legales reprochados en estos autos no sería completo si no se considerara un último criterio –también enfatizado por la jurisprudencia de este Tribunal–, que se refiere a que la distinción que dichos preceptos introducen sea tolerable para el destinatario (sentencias roles 790 y 1.535);”*

<sup>219</sup> Así, en la STC 1584/2010, considerando 20, sostuvo:

*“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.*

<sup>220</sup> Así, en la sentencia 986/2008, considerando 32, sostuvo:

*“Que la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario. Cabe agregar que, dentro de dicha tendencia, en materia de derecho comparado, se ha declarado que “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.*

<sup>221</sup> Sobre el punto, CARMONA SANTANDER, Carlos; “El 93 N° 16 de la Constitución”; En: *Revista de Derecho Público* N° 72, p. 52-107.

Un tercer *test* es el que usa el Tribunal para enjuiciar la arbitrariedad de una ley.<sup>222</sup> Este tiene cuatro componentes: el Tribunal debe determinar si existen o no razones que el legislador estableció en la regulación; si esas razones son suficientes, es decir, si aparecen respaldados, con razones aceptables y atendibles; si las razones invocadas guardan un vínculo lógico con las medidas adoptadas; y si dichos motivos no contravienen otros preceptos constitucionales<sup>223</sup>. De este modo, el control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular<sup>224</sup>.

Otro *test* es el de proporcionalidad. Este lo ha aplicado el Tribunal a distintas situaciones<sup>225</sup>. Considera que tiene tres elementos: la persecución de un fin legítimo de la medida; el que la norma resulte adecuada e idónea para alcanzar dicho fin; y el que si la diferencia que se establece es razonable con el valor del fin propuesto<sup>226</sup>.

Una última manifestación de la auto-restricción en el método de análisis que emplea el Tribunal Constitucional es la fundamentación de sus decisiones. Estas deben explicitar las razones que tiene el Tribunal Constitucional para arribar a una decisión<sup>227</sup>. Esta tarea consiste en

<sup>222</sup> El Tribunal parte por constatar que existen dificultades para analizar ésta. En la STC 1295/2009, señaló: *"la dificultad de analizar la arbitrariedad en el legislador radica en varios factores. En primer lugar, en determinar cuál es la justificación de la regulación que establece. Esta no está explicitada en la ley misma, como sucede, en cambio, con los motivos de una sentencia, o con los fundamentos del acto administrativo que, cuando la ley lo establece, deben explicitarse en él. La ley no tiene una justificación en sí misma; sólo tiene mandatos de hacer, no hacer o de permitir. La razón o justificación de ella hay que buscarla. Ello puede hacerse en la historia de la norma, es decir, en el mensaje o moción, en la discusión en sala o comisión, en los informes de comisión. Esto tiene el inconveniente de que un argumento puede no expresar más que la opinión de uno o más parlamentarios, pero no la del Congreso. De ahí la máxima prudencia que debe haber al escudriñar y determinar estos motivos. Estos no pueden ser determinados caprichosamente. Eso cambiaría la arbitrariedad del legislador por la del juez.... En segundo lugar, la dinámica de la sociedad hace que lo que el legislador puede haber considerado como un motivo legítimo, quede desfasado en el tiempo. Eso obliga a quien quiera examinar la justificación de una ley, a mirar otros factores de corrección que permitan una adecuación a la época en que la norma se aplica, como puede ser su inserción normativa y la visión sistémica del ordenamiento jurídico. De lo contrario, se produciría una petrificación, un predominio del legislador originario. Ello, sin embargo, no debe conducir a reemplazar el originalismo interpretativo por un activismo judicial inmoderado. ... En tercer lugar, es importante partir de la base de que el legislador tiene un motivo cuando establece una normativa. El control del legislador por parte del Tribunal Constitucional no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron."*

<sup>223</sup> STC 1295/2009.

<sup>224</sup> STC 1295/2009.

<sup>225</sup> STC 519/2007; 755/2008; 790/2007; 986/2007, 1046/2008; 1061/2008; 1182/2008; 1204/2009; 1234/2008; 1276/2008; 1141/2009; 1345/2009; 1361/2009.

<sup>226</sup> STC 1463/2009.

<sup>227</sup> El deber de fundamentar las sentencias del Tribunal emana del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que exige que sus sentencias deben cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los numerales 1 a 6 del artículo 170 del Código Civil. Por lo mismo, el Tribunal debe explicitar las consideraciones de derecho que sirven de fundamento a sus sentencias. Otras normas de su misma Ley Orgánica, reiteran lo anterior. Así lo hace el artículo 49 (que establece la obligación de fundar la resolución que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal en el control obligatorio), el artículo 89 (que señala que la sentencia que declare la inaplicabilidad debe especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente resulta contraria a la Constitución). Otras normas implícitamente, apuntan a lo mismo. Desde luego, todas aquellas disposiciones que establecen que excepcionalmente el Tribunal Constitucional puede resolver por razones distintas a las hechas valer en los

que debe justificar su resolución<sup>228</sup>. Mientras la decisión legislativa se explica, porque se funda en una declaración de preferencia, el fallo judicial debe esgrimir buenas razones (le son ajenas el “prefiero que..” o “creo que..”). Además, mediante sus sentencias, los jueces dan significado a los valores públicos, y se ponen por encima de sus creencias pasajeras y personales<sup>229</sup>.

13. La justicia constitucional, con distintas fisonomías, parece instalarse con fuerza en la mayoría de los países democráticos. Pero el poder que la sociedad le otorga, no está exenta de dificultades y debates. Además, la presencia del derecho internacional faculta a los jueces para analizar la sujeción de los preceptos legales a esa normativa, desafiando el antiguo monopolio que los tribunales constitucionales parecían tener en la inaplicación de preceptos legales.

La reforma constitucional de 2005, aumentó las atribuciones del Tribunal Constitucional. Producto de ello, conoce de más asuntos que antes; y el número de sus sentencias, como los asuntos de que conoce, ha crecido considerablemente. Si bien la mayoría de los casos se con-

---

requerimientos. Ello sucede con los auto acordados (artículo 57), control preventivo facultativo de leyes (artículo 69) e inaplicabilidad (artículo 88). Si se establece que puede fallar por fundamentos distintos, quiere decir que la sentencia debe tener fundamento. Enseguida, están todas aquellas normas que exigen que el requerimiento sea razonablemente fundado (artículo 93, N° 11, Constitución), o que tenga fundamento plausible (artículo 84 N° 6) o que se debe fundar razonablemente la petición (artículo 95), o que el requerimiento debe ser claro y preciso (artículo 63). Como lógica reciprocidad, el Tribunal debe resolver con esas mismas exigencias. Finalmente, si el Tribunal puede juzgar la arbitrariedad del legislador, exigiendo que tenga razones para sus decisiones y que éstas sean suficientes y consistentes y coherentes con ella (STC 1295/2009), no se advierten cómo puede ser menos exigente con sus propias actuaciones.

<sup>228</sup> El Tribunal ha señalado (STC 1373/2010) que la Constitución no establece de modo genérico, como sucede en otras Constituciones (artículo 111, Constitución italiana; 120, Constitución española), la obligación de fundar las resoluciones judiciales. No obstante, este deber se infiere de la aplicación de diversos preceptos constitucionales: el artículo 76, que alude a los fundamentos de las resoluciones; el artículo 8° de la Constitución, que alude a la publicidad de los fundamentos de los actos y resoluciones; el artículo 19 N° 3, que establece que toda sentencia debe fundarse un proceso previo legalmente tramitado. Como razones de fondo, ha señalado que mediante la fundamentación los jueces legitiman por justificación; el poder de los jueces no es absoluto; la fundamentación es parte de la tutela judicial efectiva; y es una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso.

<sup>229</sup> FISS Owen, *op. cit.* (n.32), p. 33-34. SAGER, Lawrence, *op. cit.* (n.32). lo dice de la siguiente forma: “los tribunales son la sede preferida para el modo deliberativo de participar en ese proceso. Toda persona que sufra un daño del tipo pertinente tiene derecho a ser oído por los tribunales, a plantear sus pretensiones y argumentos en su defensa y, en el peor de los casos, a una explicación razonada de los motivos por los que sus pretensiones no han sido consideradas persuasivas por la mayoría de los jueces. Obviamente, los jueces pueden ser malos deliberantes, y la misma independencia que los hace imparciales también los hace relativamente inmunes al control electoral. Pero cuando alguien tiene una pretensión constitucional y apela a los tribunales, ese alguien puede ser cualquiera: puede representar a una minoría de uno, o pertenecer a un grupo que es ampliamente ridiculizado o discriminado. En la práctica buena parte de los progresos realizados en el derecho constitucional han sido provocados por las pretensiones de tales grupos. Lo que importa es la solidez de sus argumentos. Y, si no tiene éxito, el reclamante tiene derecho a una explicación de los motivos por los que su pretensión se consideró defectuosa.” (p. 204-205). “El estatus democrático de la jurisdicción constitucional depende en buena medida de las virtudes deliberativas del foro judicial. Idealmente, las partes ante un tribunal están en condiciones de igualdad; la fuerza de sus pretensiones es la fuerza de la razón (la fuerza de su conexión con un esquema de principios articulados), y no de la riqueza, la popularidad o el estatus social. La eficacia epistémica de la jurisdicción constitucional depende de tales virtudes de forma similar. En el curso de decidir un caso, los jueces deben responder a las decisiones pasadas y a las posibilidades futuras; deben poner a prueba los principios que les tientan en relación con esos resultados, tanto reales como imaginados; y están obligados a proporcionar a los demás jueces, y a una más amplia audiencia, las razones de sus decisiones.” (p. 212).

centran en la inaplicabilidad, la facultad mas fuerte que dicha reforma le otorgó —la de derogar preceptos legales por contraponerse a la Constitución— ha comenzado a ejercerse, si bien con enorme prudencia.

A raíz de esa jurisprudencia, y de la que corresponde a las facultades que la actual Carta le otorgó originalmente, el Tribunal ha delineado o profundizado una serie de técnicas destinadas a limitar sus propias atribuciones.

Por ello, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional tiene instrumentos que revelan que puede actuar con autorestricción en el ejercicio de sus funciones, y con ello ser un guardián funcional a la democracia.

La autorestricción no puede separarse de la polémica sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Esta es un mecanismo destinado a insertarla dentro de la democracia deliberativa, en que son los órganos electos, fundamentalmente el Presidente de la República y el Congreso Nacional, los llamados a tomar las decisiones que orientan la conducción del país y los que definen el contenido de los valores que la sociedad reclama. El Tribunal Constitucional no puede reemplazarlos ni competir con ellos. Mediante la autorestricción, el Tribunal puede ayudar a que su tarea no sólo se legitime, sino también contribuya, o al menos no entorpezca, el logro de los objetivos que el pueblo quiere alcanzar en un momento dado, cuando la Constitución da los márgenes para ello. Mientras el Tribunal siga teniendo las atribuciones que le fueron otorgadas, la autorestricción es la manera en que puede convivir con los poderes públicos cuyas manifestaciones debe controlar, sin que la pregunta que preside este panel sea una inevitable realidad<sup>230</sup>.

<sup>230</sup> SAGER, Lawrence. *op. cit.* (n.32), p. 202, señala que: “los jueces constitucionales cumplen una función especializada y redundante. Son como los inspectores de control de calidad en una fábrica de automóviles. La fabricación exitosa de un coche es complicada. La calidad del producto final es una consideración relevante, desde luego, pero también lo son otras consideraciones en conflicto, como producir coches de la forma más rápida y barata, y que sean atractivos. Pero el inspector del control de calidad sólo tiene por misión garantizar que los coches salgan de la fábrica estén bien hechos. Su función es concreta y singular, y se realiza como complemento de los esfuerzos de las personas que hacen los coches. Los jueces constitucionales son como ellos. Su misión es singular: identificar los fundamentos de la justicia política que son importantes y perdurables en el régimen constitucional y controlar la legislación u otros actos gubernamentales a la luz de esos estándares. Y su misión es redundante, pues intervienen únicamente después de que los propios legisladores hayan considerado las consecuencias constitucionales de las opciones planteadas.”

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Justicia social en el Estado liberal*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos. “Tres concepciones de la democracia constitucional”; En: “*Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad; Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*”. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, p. 898-136.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ATRIA, Fernando. “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en: *Estudios Públicos* N° 79, invierno 2000, pp. 347-402.
- \_\_\_\_\_. “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, En: *Revista de Derecho*; Valdivia, v. 12 N° 1, 2001, pp. 119-156.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”, en: *Discusiones: Derecho y justicia constitucional* N° 1, 2000.
- BARAK, Aharon. “Un juez reflexiona sobre su labor”, en: *Harvard Law Review*, 2002, vol. 116, N° 16, pp. 16-162.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1989.
- BELTRAN DE FELIPE, Miguel, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 1986.
- CARMONA SANTANDER, Carlos. “El 93 N° 16 de la Constitución”, en: *Revista de Derecho Público* N° 72, pp. 52-107.
- \_\_\_\_\_. “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas”, en: “*Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*”. Santiago, Chile: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, LOM Ediciones Ltda., 2001.
- CORREA SUTIL, Jorge. “Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, en: *Anuario de Derecho Público*, 2011. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 96-126.
- CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores*. Granada, España: Editorial Comares, 2005.
- CAPELLETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*; año 6 N° 17, mayo-agosto 1986, pp. 9-46.
- \_\_\_\_\_. “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 13, enero-febrero 1980, pp. 61-103.
- CARRILLO, Marc. “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008”, en: *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 2, 2010, pp. 587-600.
- CARRASCO ALBANO, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833 -2° Edición-*. Santiago, Chile: Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874.
- CORREA SUTIL, Jorge. *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot, 2011.

- \_\_\_\_\_. “Justicia constitucional y democracia”, en *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, Año 2009, Número 54; p. 167-194
- DE LA CRUZ, Alicia. *Sentencias bajo reserva de interpretación* (Tesis Magister en Derecho Constitucional). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1988.
- DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. París, Francia: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en: HONGJU, Harold y SLYE, Ronald; “*Democracia deliberativa y derechos humanos*”. Barcelona, España: Gedisa, 2004.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. “*Constitucionalismo y democracia*”. D.F., México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ELSTER, John. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*. D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2001.
- FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011.
- FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007.
- FRANKFURTER, Felix. “John Marshall and de judicial function”, en: *Harvard Law Review*, vol. 69.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Civitas, 1985.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco. “El Tribunal Constitucional y el uso de test: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38, N° 1, 2011, pp. 101-138.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2008.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*. D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HART ELY, John. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- HUNEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, tomo II. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes, 1891.

- KELSEN, Hans “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en: *Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número. 10, julio-diciembre, 2008.
- \_\_\_\_\_. “¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?”, en: “*Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt Kelsen*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2009.
- LAPORTA, Francisco. “El ámbito de la Constitución”, en: *Doxa*, N° 24, 2001, pp. 459-484.
- LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008.
- LORA, Pablo. “La posibilidad del constitucional Thayeriano”, en: *Doxa* N° 23, 2000, pp. 49-75.
- LOVERA PARMO, Domingo. “¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, democracia y participación”; En: *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, año 11, N° 1, 2010, pp. 119-141.
- MAC-CLURE, Lucas. “Tribunal Constitucional y los derechos: la discusión pendiente”; en SIERRA, Lucas y MAC-CLURE Lucas. *Frente a las mayorías*. Santiago, Chile: Ediciones Centro de Estudios Públicos, 2011.
- MORESO, José Juan. “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en: *Discusiones: Derecho y justicia constitucional* N° 1, 2000, pp. 15-51.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, 1979, pp. 197-225.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago, Chile: Ediciones Tribunal Constitucional, 2011.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2002.
- PARDO FALCON, Javier. *El Consejo Constitucional francés*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.
- PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Turín, Italia: Giappichelli, 1998.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 1995.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. “Una revisión de la soberanía del parlamento británico”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18 N° 54, septiembre-diciembre 1998, pp. 171-204.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en: *Doxa* 23, 2000.
- RIBERA, Teodoro: “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho”, en: *Estudios Públicos* N° 34, Otoño 1989.
- RUBIO LORENTE, FRANCISCO. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en: VVAA, *Manuel Fraga, Homenaje Académico*. Madrid, España: Fundación Cánovas del Castillo, 1997.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, en *Doxa* 23 (2000) pp. 145-160.
- \_\_\_\_\_. “Constitucionalismo y democracia”, en: *Isonomía* N° 21, octubre, 2004. pp. 51-84.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007.
- SCALIA, Antonin. *A matter of Interpretation: Federal Courts and the law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 1997.

- SCHMITT, Carl y Kelsen, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, España: Editorial Tecnos, 2009.
- SCHWABE, Jürgen. *50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Konrad Adenauer, 2003.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. "El Tribunal Constitucional", en: FREI, Eduardo, *et al.* "La reforma constitucional de 1970". Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- SILVA CIMMA, Enrique. *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1977.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Madrid, España: Editorial Sarpe, 1984.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Elementos de jurisdicción constitucional*, tomo II. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Central, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Acciones de Inaplicabilidad e inconstitucionalidad*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2010.