

ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

SUMARIO: I. NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 1. AMBIENTE INSTITUCIONAL. 2. SUPUESTO. 3. TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. 4. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 5. UNA NOTA SOBRE MODELOS. 6. CARACTERÍSTICAS. 7. NUEVO CONSTITUCIONALISMO. 8. DESAFÍOS. II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE. 9. CONTEXTO HISTÓRICO COMPARADO. 10. RECEPCIÓN EN CHILE. 11. EL CAMBIO DE 1980. 12. IMPULSO DE 2005. III. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS. UN AÑO DESPUÉS DE LA REFORMA. 13. INCERTIDUMBRE Y RIESGOS. 14. EVALUACIÓN. 15. NUESTRA ACTITUD. 16. EL FUTURO. 17 BALANCE.

ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

I NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. AMBIENTE INSTITUCIONAL

Para examinar el tema, susceptible de enfoques múltiples, creo necesario situarnos en el Estado, la Sociedad Civil y el orden internacional de nuestro tiempo, porque los tres se hallan influidos por la Justicia Constitucional, aunque para finalidades y con resultados distintos.

Así ubicados debemos mirar retrospectiva y prospectivamente esos tres fenómenos para responder las dos preguntas siguientes y que dan dirección al análisis que me preocupa: ¿es necesaria o prescindible la Justicia Constitucional en estos tiempos? ¿cuál es, en función de la respuesta a la pregunta anterior, la legitimidad o justificación de esa especie de Magistratura?

Digo que el análisis debe ser efectuado hacia el pretérito, primeramente, pues la Justicia Constitucional representa una conquista de la civilización, lograda después de convencernos que es un instrumento indispensable para precaver la repetición de los atropellos a la dignidad y los derechos humanos sufridos por años de potestades estatales que se reputaban incontrolables en el ejercicio de sus atribuciones, obraran dentro de ellas o excediéndolas. En otras palabras, a esa Justicia le incumbe concretar, de la mejor y mayor medida posible, los valores,

principios y normas de un Derecho que es, en su esencia humanista, superior al anterior¹.

Agrego que es también menester visualizar el futuro, porque en América Latina, al menos, no es seguro el curso que seguimos para institucionalizar esa especie de Justicia. Nunca será suficiente insistir en que la conquista de la cual hablamos es reversible, dado que su funcionamiento y despliegue presuponen un ambiente político y socioeconómico del país que permita el funcionamiento normal de las instituciones. De lo contrario, se atribuye a esa Justicia un cúmulo de roles, previstos para tiempos de paz y progreso por el consenso, que le resulta imposible servir cuando autoridades y población se hallan sumidos en crisis. El caso de Chile en 1973 resulta elocuente al respecto.

2. SUPUESTO

Para avanzar en el análisis recordemos un supuesto, tan claro como elemental: la Justicia Constitucional es de la esencia del régimen democrático y de la Constitución contemporánea, al punto que sin ella la democracia queda reducida a formas o procedimientos, aquello que se ha denominado el Modelo de Westminster²; y la Constitución, a su vez, aparece rebajada a la expresión del Poder soberano sin límites, o sea, sin coto vedado³ a la omnipotencia del legislador.

¹ Consúltese Antonio Baldassarre, "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, pp. 183 ss.

² Andrea Greppi, *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006 pp. 28 – 29; y Arend Lijphart, "Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty – One Countries", New Haven, Yale University Press, 1984, pp. 1 ss.

³ Id., p. 27. Véase.

Explicando el supuesto recién resumido⁴ agrego que la democracia constitucional se funda, principalmente, en los dos postulados, sucesivos en su aparición y que hoy deben ser conjugados, que enuncio a continuación⁵:

1. La mayoría ciudadana y sus representantes mandan y, si lo deciden así, pueden terminar imponiéndose a la minoría, cualquiera sea el contenido de la determinación adoptada, siempre que haya sido respetado el conjunto de reglas fijadas para pronunciarse al efecto⁶; y

2. La minoría tiene garantizado, sin embargo, el respeto tanto de la dignidad humana como de la esencia de los derechos esenciales que emanan de ella, atributos inalienables e inafectables en su esencia, cualquiera sea el titular de ellos.

De modo que el primer postulado queda condicionado y restringido por el segundo. Esa zona humanista, indisponible para las mayorías, independientemente de la magnitud de éstas, es el llamado *coto vedado*⁷ a sus intrusiones y, por ende, a las lesiones que pueda inferirle. Regularlos, sí puede, pero vulnerar su núcleo característico queda fuera de la competencia del legislador.

Me detendré a comentar ambos principios.

3. TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA

El principio de la mayoría es antiguo y cronológicamente anterior al del humanismo. Ha sido necesario investigar la

⁴ Revítese Giancarlo Rolla, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006, pp. 87 ss.

⁵ Greppi, cit., p. 25

⁶ Id., pp. 26–27.

⁷ Ernesto Garzón Valdés, “Derecho, Ética y Democracia”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 106 ss.; Consúltese también José Antonio Montilla Martos, *Minoría Política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 15 ss.

relación entre ellos para llegar a conciliarlos, porque la expresión jurídica máxima del primero ha sido la ley, mientras que el humanismo marca la reacción en contra del mayoritarismo, a raíz de los abusos y atropellos a los derechos esenciales y la seguridad jurídica en que se incurrió invocando la razón del Estado hasta promediar el siglo XX⁸.

De modo que el segundo de tales postulados representa un límite y una corrección al primero de ellos, a la vez que el enriquecimiento de la democracia por infundirle la sustancia y finalidad del humanismo.

De la democracia formal o en cuanto procedimiento para adoptar decisiones exteriormente legítimas, hemos transitado a la democracia material o entendida como estilo de vida, la cual, sin prescindir de la primera, la complementa con la legitimidad de fondo que han de reunir las decisiones adoptadas⁹.

4. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Precisamente, esa nueva etapa del constitucionalismo hace surgir el tópico de la Justicia Constitucional. Antes, por dos siglos al menos, se hablaba de supremacía del Código Político, pero hasta allí alcanzaba la vivencia de tan capital postulado.

Las explicaciones de tal anomalía son variadas. Aquí menciono que, en el ámbito de la cultura europea continental y, por lo tanto, de la latinoamericana configurada por aquella, la supremacía era un concepto desconocido y, cuando comenzó a

⁸ Friedrich Meinecke, "La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 3 ss.

⁹ Karl Joachim Friedrich, *La Democracia como Forma Política y Como Forma de Vida*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966, pp. 54 ss.; J. Roland Pennock, "Democratic Political Theory", Princeton, Princeton University Press, 1979, pp. 206 ss.

ser entendido y aplicado, se creyó que el control del respeto de ese principio era tarea del Parlamento, es decir, del órgano político, representativo y soberano por excelencia.

A raíz del descenso de la ley al nivel que le corresponde y que, sin embargo, había dejado por obra de un legislador incontrolado e incontrolable, comienza a descubrirse el rol que le cabe servir en la democracia constitucional de nuestro tiempo a una Magistratura diferente, antes desconocida. Efectivamente, la aparición de la Justicia Constitucional se explica con el sentido de instrumento al servicio del nuevo constitucionalismo¹⁰; y representa un desarrollo en la evolución de la democracia, superando el concepto mínimo y procesal ya aludido¹¹.

Es una Justicia específicamente concebida, diseñada y facultada para controlar la supremacía, sustantiva y formal, de la Constitución. Esta, como dije, condensa el Derecho superior, colmado de valores humanistas, que ha de irradiarse en la ley encargada de implementarlos. Inevitablemente, por consiguiente, irá entronizándose la constitucionalización del régimen jurídico completo, en la medida que se va revisando la adecuación de los códigos y las leyes al espíritu y proceso nomogenético trazado en la Carta Fundamental¹².

¹⁰ José Luis Cea Egaña, "Una Visión de la Teoría Neoconstitucional, VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 43 ss.

¹¹ Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, pp. 261 ss.

¹² Louis Joseph Favoreu, "La Constitutionnalisation Du Droit", en Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (directores), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit*, Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1998, pp. 181 ss.

La reacción no ha demorado, criticando esa necesidad y legitimidad sobre la base de argumentar que la Justicia Constitucional es un contrapoder o freno de las mayorías, cuyos rasgos son antidemocráticos, porque comprime el ejercicio de la soberanía, cuyo actor efectivo es la mayoría, por el imperativo de respetar el coto vedado. La refutación de esa tesis resulta, en esta época, ya abrumadora y no suscita disidencias sustanciales, atendido que la Justicia Constitucional se origina en los órganos democráticos, es ejercida bajo la Constitución y tiene por finalidad principal la defensa del Código Político legítimamente establecido y vivido¹³.

5. UNA NOTA SOBRE MODELOS

Existen modelos de Justicia Constitucional, entendida esa expresión no en el exigente sentido weberiano de los tipos ideales¹⁴, bastante distintos. Uno es el que, espontáneamente y por vía inductiva, fue establecido en 1803 mediante la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Marbury V. Madison¹⁵; otro es el ideado por Hans Kelsen para la Constitución de Austria en 1920¹⁶; y los demás, que son la mayoría, pueden ser calificados de mixtos.

¹³ Gustavo Zagrebelsky, *Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005, pp. 3, 25 – 26 y 117.

¹⁴ Max Weber, *I Economía y Sociedad*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 170 ss.

¹⁵ Lawrence H. Tribe, "American Constitutional Law", Mineola, The Foundation Press, 1988, pp. 23 ss. Revítese también Alfred H. Nelly, Winfred A. Harbison y Herman Belz, "The American Constitution. Its Origins and Development", New York, W. W. Norton, 1983 pp. 161 ss.

¹⁶ Hans Kelsen, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", en su obra *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Ed. Debate, 1988, pp. 109 ss. Véase también del mismo Kelsen, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

En el modelo norteamericano, el control de supremacía es difuso, o sea, ejercido por todos los jueces a través de la revisión judicial de las leyes. En el modelo europeo continental, el control se halla concentrado en un Tribunal o Corte Constitucional, cuya competencia de atribución es sólo obrar como legislador negativo, derogando los preceptos legales contrarios a la Constitución¹⁷. Por último, en la frondosa gama de situaciones mixtas, insusceptibles de calificarse como modelos, las variaciones son numerosas: control preventivo y *ex post*; con efectos sólo *inter partes* o *erga omnes*; concentrado, difuso o compartido entre diversos órganos jurisdiccionales; accionada por las partes de una gestión jurisdiccional, por cualquier interesado o de oficio; obrando según cánones de hermenéutica diferenciados o con aplicación de las reglas de interpretación corrientes, etc.

6. CARACTERÍSTICAS

Independientemente del “modelo” concreto, podemos sostener que la Justicia Constitucional posee numerosos rasgos propios, todos los cuales sirven para demostrar su necesidad y legitimidad, diferenciándola de la Judicatura ordinaria. Resumiré algunas de tales características¹⁸:

A. Al menos en los regímenes de control concentrado y compartido, es distinta de la Magistratura ordinaria en su génesis, funciones, procedimientos, criterios hermenéuticos, control heterónimo y responsabilidad;

B. Consecuentemente, es una Magistratura independiente de los Tribunales comunes, rasgo que no evita las relaciones

¹⁷ Hans Kelsen, “La Garantía ...” cit., pp. 128 ss.

¹⁸ Véase el prólogo de estos *Escritos de Justicia Constitucional*, Santiago, Cuaderno N° 35 del Tribunal Constitucional, 2007, pp. 8 ss.

recíprocas, a veces conflictivas, a raíz del amparo o protección radicado en los últimos;

C. Se ejerce a través del proceso constitucional, estructurado con base en el Derecho Procesal Constitucional, sea codificado o articulado en la legislación orgánica respectiva¹⁹;

D. Trabaja, como observé, con reglas de hermenéutica propias, coherentes con la Constitución en cuanto texto, más breve que los códigos, en el cual se condensan valores, principios y normas generales que permiten infundirle ductibilidad o elasticidad para hacerla coincidir con las demandas, siempre dinámicas, propias de los cambios sociales²⁰;

E. Su finalidad es doble, esto es, resolver los conflictos políticos mediante la aplicación de la Constitución, subordinándose a ella; y hoy más que antes y cada día en aumento, proteger y fomentar la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de la Carta Política, erigiéndose en un elemento clave del garantismo²¹; y

F. La Justicia Constitucional implica, en la actualidad, una alteración sustancial del Derecho y el enriquecimiento de la democracia, porque la ley ha perdido su cima y centralidad, el Estado ha quedado sometido a la Constitución, y el gobierno popular se ejerce con respeto de los derechos esenciales, en particular los más expuestos a la discrecionalidad de las

¹⁹ Héctor Fix Samudio, "Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006, pp. 269 y Peter Häberle, "La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional", en la obra recién cit., pp. 373 ss.

²⁰ Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 25 ss.

²¹ Id., pp. 21 ss.

mayorías²². Recae en esa Justicia, por lo tanto, una responsabilidad decisiva para el funcionamiento real del Estado de Derecho, llamado ahora, como se comprende, Estado Constitucional de Derecho²³.

7. NUEVO CONSTITUCIONALISMO

En definitiva, la Justicia Constitucional reviste hoy el carácter de elemento capital para la concreción del bien común, particularmente la consolidación y despliegue de la paz en el Estado y en la Sociedad Civil²⁴. Lo hace mediante la Constitución, subordinándose a ella, haciendo que todos los órganos públicos y los particulares se sometan también al Código Político y, por ende, defendiéndola en cuanto expresión de consenso dominante, de unión e integración, de cooperación en el planteamiento y realización de proyectos compartidos de bien común²⁵.

En la perspectiva descrita, la Justicia Constitucional es un vector clave del nuevo constitucionalismo. A ella le incumbe decidir las cuestiones más graves de los regímenes democráticos contemporáneos. Recordando a Roger Garaudy, trátase de los tres infinitos: uno de lo inmenso; otro de lo pequeño; y el último de lo complejo. Para hacerlo no tiene más elementos que los que fluyen de la Constitución, entendida en términos dúctiles o flexibles, con valores, principios y normas articulados en su texto, o deducidos de su contexto.

²² Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 109 ss.

²³ Luigi Ferrajoli, *Garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

²⁴ Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Ed. Palestra, 2007, pp. 24 ss.

²⁵ Konrad Hesse, "Constitución y Derecho Constitucional", en Ernest Benda et. Al.: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 3 ss.

8. DESAFÍOS

Imperativo es observar que la Justicia Constitucional enfrenta hostilidades internas del Estado y externas a él.

Entre las primeras no olvido la ignorancia o incomprensión de la función que sirve, los resabios de una soberanía que resiste ser relativizada, el formalismo positivista como escuela jurídica²⁶, el imperativo de sistematizar las disposiciones que la rigen y las dificultades que suscita decidir en contra de fuerzas políticas poderosas o de intereses sectoriales arraigados y muy protegidos.

Mirado el ámbito internacional descubrimos el tesón de algunos por subordinarla a organismos jurisdiccionales de sesgo ideológico creciente, impedirle su consolidación oponiéndose a las asociaciones que integran Tribunales de países afines, en fin, desacreditándola por callados objetivos políticos²⁷.

II

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE

El examen del tema no puede ser apartado de la regla para el análisis de este tipo de asuntos, porque lo que nuestra trayectoria institucional fue, es e, hipotéticamente, resulta

²⁶ Luca Mezzetti, *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli Europei a Confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992; Rafael Escudero Alday, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre la Incorporación de la Moral*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, pp. 71 ss.

²⁷ Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, 2006, pp. 247 ss.

posible pensar que puede llegar a ser en su Justicia Constitucional, se halla influido por los procesos, anteriores y gravitantes, que ocurrieron en Estados Unidos y en Europa occidental.

9. CONTEXTO HISTÓRICO COMPARADO

Como *judicial review*, la Justicia Constitucional surge con el caso *Marbury V. Madison* en los EE. UU. Lo fue casi imperceptiblemente, quiero decir, mediante un pronunciamiento elusivo de conflictos, que dictó la Corte Suprema, sin regulación procesal o lo que hoy se llama Derecho Procesal Constitucional; sobre la base de un supuesto, cual es la supremacía de la Constitución; y apoyándose en una inferencia lógica, o sea, su primacía sobre la ley, sin disquisiciones en torno de la soberanía, el Poder Constituyente ni otra que no fuera el carácter supremo de la Carta Fundamental frente a la ley²⁸.

El éxito de la **judicial review**, concomitante con los excesos incontrolados del legislador en Europa, movieron a Hans Kelsen a reflexionar sobre la defensa de la Constitución, concluyendo que era la función de un Tribunal o Corte Constitucional²⁹, enfrentado únicamente a la evaluación del mérito constitucional de la ley y no de otros actos de los órganos estatales; y, por último, con el carácter de legislador negativo, es decir, que elimina o deroga la norma ya vigente que se reputa contraria a la Constitución. El modelo de Kelsen quedó articulado en la Constitución de Austria de 1920; no era preciso en punto a si abarcaba el control de fondo y forma; y tampoco se extendía al juicio preventivo o *ex ante* de los proyectos de ley.

²⁸ Consúltense las fuentes citadas en supra, nota 14.

²⁹ Revisense las obras de Kelsen citadas en supra, nota 16.

10. RECEPCIÓN EN CHILE

No consta que Kelsen haya seguido el desarrollo constitucional de Chile, pero sí se conoce un artículo suyo sobre la Carta Fundamental de 1925, calificada por él de presidencialismo exagerado, unido al elogio sobre el control judicial de la ley³⁰.

En realidad, desde la instauración de la República, el control de la ley, si es que puede ser así calificado lo que era una sucesión de hechos confusos y contingentes, estuvo siempre radicado en el Congreso Nacional. Fue un control político, únicamente referido a la ley y, repito, sin que existiera claridad sobre el concepto de supremacía y de su incidencia en el control respectivo. La obra de Jorge Hunneus³¹, única con ideas en el tópico, es mínima al respecto. Se imponía la separación de poderes, con el legislador soberano y, si había algún control, era del propio Congreso³².

La situación comenzó a cambiar en 1925 con la declaración de inaplicabilidad *inter partes*, por vía incidental, concentrada en la Corte Suprema obrando en pleno. Se sabe, sin embargo, que un freno tan tímido al legislador no tuvo éxito real, primero porque la Corte Suprema halló el resquicio de la separación de poderes para eludir el control por vicios de forma; y segundo en atención a que dio al control de fondo un carácter

³⁰ Véanse sus "Observaciones sobre la Constitución Chilena", reproducidas en *XX Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2002, pp. 643 ss.

³¹ Jorge Hunneus Zegers, *I La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890, pp. 19 ss.

³² Raúl Bertelsen Repetto, *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pp. 135 ss.

exegetico y de derecho estricto, con lo cual el recurso se volvió abstracto y casi inútil³³.

11. EL CAMBIO DE 1980

Esos y otros reproches llevaron a la reforma de 1980, con un control compartido entre la Corte Suprema con la inaplicabilidad, los Tribunales Superiores a través de la protección y amparo, en fin, todos los jueces en cuanto órganos que, según el artículo 6 inciso 2º, deben sumisión a la Constitución y a las normas dictadas con sujeción a ella.

En relación con la inaplicabilidad, la Constitución de 1980 facultó a la Corte Suprema para obrar de oficio o mediante recurso, controlando aspectos de forma y de fondo de la ley, suspendiendo o no el procedimiento y declarando suficiente la mera existencia de una gestión o asunto pendiente, sin limitar la acción sólo a los procesos en curso³⁴.

Sin embargo, al cabo de veinticuatro años la experiencia fue otra vez negativa, tanto con respecto a la inaplicabilidad, cuanto en relación con los recursos de protección y amparo, aunque el proceso fue diferente: en ligamen con la inaplicabilidad, repito que siempre fue desalentador; con respecto a las garantías mencionadas, por el contrario, comenzaron siendo alentadores, hasta que la Corte Suprema se

³³ Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1925 – 2005*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 60 ss.

³⁴ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, “Informe con Ideas Precisas”, reproducido en *VIII Revista Chilena de Derecho* N° 1 – 6 (1981) pp. 281 ss. En la misma fuente citada consúltese el Art. 80 del proyecto elaborado por el Consejo de Estado, cuyo inciso 2º tiene relación con lo preceptuado hoy en el Art. 93 inciso 1º N° 7 de la Carta Política.

encargó, por autoacordado, de inutilizar el recurso de protección, que era la innovación principal.

12. IMPULSO DE 2005

La reforma constitucional de agosto de 2005, vigente desde el 27 de febrero de 2006 en lo pertinente al Capítulo VIII de ella, esto es, el concerniente al Tribunal Constitucional, debe ser calificada como el cambio más extendido de los dieciocho introducidos al Código Político y, de mayor importancia, como el menos formalista y de mayor envergadura sustantiva para la modernización del Derecho chileno, de los dieciocho efectuados hasta la fecha.

El mérito de esa innovación, largamente debatida³⁵ y, en sus últimas fases, aprobada con premura³⁶, yace en la potencialidad que tienen las sentencias estimativas de inaplicabilidad y los fallos, eventuales y en todo caso subsecuentes a aquellas, que pronuncien la inconstitucionalidad de preceptos legales, con alcance *erga omnes*, derogándolos aunque no anulándolos porque carecen de efecto retroactivo³⁷.

No es fácil el paso de las enmiendas textuales a su vivencia práctica, porque presupone más que una redacción correcta, visión clara y capacidad de prever numerosos problemas, aunque jamás sea siquiera posible aproximarse a su

³⁵ Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 334 ss.

³⁶ Id.,

³⁷ Constitución de 1980, Art. 94 inc. 3°. Revítese en este número de los Cuadernos la monografía dedicada al Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes.

Consúltese Sabina Sacco, "La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad", *XXXIII Revista Chilena de Derecho* N° 3 (2006) pp. 479 ss.

agotamiento. En esa dirección, que es de innovación para cumplir el propósito del Poder Constituyente, el Tribunal Constitucional va avanzando y, en realidad, con menos dificultades de las que pudo haberse imaginado para concretar cambios tan profundos, de índole jurídica sustantiva, en un país cuya cultura sigue siendo inclinada al positivismo formal³⁸.

Singularmente expresivo de ese esfuerzo es la sucesión de inaplicabilidades pronunciadas en el año siguiente a la vigencia de la reforma³⁹. A esa serie de pronunciamientos cabe agregar el ocurrido el 26 de marzo de 2007, declarando, por primera vez que la historia de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto legal en vigor⁴⁰.

¿Cuál es el sentido que, para el ordenamiento jurídico, tienen esas manifestaciones expresivas de la defensa de la Constitución mediante la implementación de los valores, principios y normas articulados en su texto?

Algunos, muy pocos afortunadamente, siguen razonando sobre la base del pensamiento jacobino, es decir, de una concepción revolucionaria y exaltada de la democracia, centrada en la soberanía del legislador, expresada sin restricciones sustantivas ni formales⁴¹. La mayoría amplia piensa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, con esas sentencias, irá paulatina y razonadamente depurando el sistema jurídico de disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, perfeccionán-

³⁸ Agustín Squella Narducci (editor), *La Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1998; y del mismo editor *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1994.

³⁹ Véase la *Memoria del Tribunal Constitucional* correspondiente a 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007 pp. 23 ss.

⁴⁰ Rol N° 681, publicado en el Diario Oficial el 29 de marzo de 2007.

⁴¹ Bruno Bongiovanni: "Jacobismo" en Norberto Bobbio et al.: *I Diccionario de Política*, México DF., Siglo Veintiuno Editores, 1997, pp. 843 ss.

dolo en armonía con el Derecho superior presente en su articulado. Además, será así posible que el legislador sea esmerado en el mérito constitucional de los preceptos que dicte, más conciente de la misión de control de supremacía que el Poder Constituyente ha fijado al Tribunal. Hoy, esa revisión se extiende a los autoacordados, al juicio de la potestad reglamentaria y a otros actos normativos.

Lo que resulta completamente ajeno al proceso descrito, no querido ni pensado por los Ministros del Tribunal, es entronizar una Magistratura arrogante frente al legislador y los demás órganos de jerarquía institucional máxima. El respeto hacia esos órganos, a sus atribuciones y al sentido que le infunden al ejercicio de ellas ha sido la conducta invariable del Tribunal en sus treinta y cinco años de existencia. Confiamos que nadie se apartará de ella. Las sentencias interpretativas que han sido dictadas demuestran que, sólo en la hipótesis de no ser hallada una interpretación de la Constitución que se avenga con la sostenida en el acto examinado, entonces cabe pronunciar su demérito constitucional, porque la defensa del espíritu, texto y contexto de la Constitución es la finalidad esencial de nuestra Magistratura y, en el servicio de esa misión, son insostenibles las renuencias.

III

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS UN AÑO DESPUÉS DE LA REFORMA

13. INCERTIDUMBRE Y RIESGOS

Retrospectivamente evaluado, 2006 fue un año de desafíos. Estos son retos. Implican, incertidumbre ante lo desconocido y riesgo de frente a lo conocido pero que es necesario cambiar. Consecuentemente, los desafíos conllevan la

idea de oportunidades y, por ende, de éxitos y fracasos; de victorias y derrotas; de brillo o de opacidad; pero siempre de trabajo intenso, porque no hay otra alternativa para vencerlos.

Uno u otro desenlace depende de numerosos factores. Aunque es breve el tiempo transcurrido, creo posible ya formular un supuesto esencial para pronunciarme con respecto al Tribunal Constitucional. Me refiero a que, la realización o frustración de los ideales y proyectos impulsados, es una variable dependiente de:

- La buena o mala voluntad de los Ministros del Tribunal y de su personal;
- De los recursos de infraestructura, presupuesto y apoyo técnico que tenga u obtenga nuestra Magistratura para cumplir su misión de guardián supremo del espíritu y la letra de la Constitución; y
- De la comprensión, por todos los órganos estatales, la profesión legal y la ciudadanía del rol del Tribunal y del compromiso por ayudarlo a cumplirlo plena y oportunamente. Insisto que pienso, primeramente, en los órganos constitucionales, sobre todo en la Presidencia de la República y el legislador, pero también en la Administración del Estado y la Judicatura. Pienso, además, en la doctrina y la profesión legal. Con el tiempo, la deducción lógica será también pensar en la ciudadanía, en el Pueblo conciente de la trascendencia que tiene para él vivir lo escrito en la Carta Fundamental.

Mi exposición tiene que ser evaluativa. Eso intentaré hacer de la manera más objetiva y ecuánime que me sea posible. Espero que Uds. extraigan, fácil y categóricamente, las conclusiones de rigor, ojalá que coincidiendo con nuestro balance.

El enfoque se referirá a los tres tiempos del verbo, o sea, de la acción humana, sin reducirnos al pasado o el recuerdo, como pensó Kierkigaard, ni sólo al futuro o la esperanza, según el mismo autor. Tampoco me limitaré a lo que pensó J. Luis Borges, al escribir que somos nada más que el presente, el ahora. Esta última es la visión de T. Jefferson, quien creyó que la Constitución pertenecía nada más que a las generaciones que conviven hoy.

14. EVALUACIÓN

Teniendo presente lo advertido, doy un paso adelante y pregunto ¿cuál fue, desde la reforma de 2005, la realidad del Tribunal Constitucional frente a la modificación aludida? ¿pedimos y obtuvimos cuanto era necesario para cumplir nuestro rol de defensa de la Constitución? ¿pusimos lo que era nuestro aporte en ese esfuerzo? En el año transcurrido ¿recibió el Tribunal los recursos que requería para su misión? En definitiva, ¿cómo funcionó? ¿cumplió realmente la misión que le ha sido asignada por la Constitución? ¿respondió bien a cuanto se espera de él? ¿cuál es el clima de opinión pública imperante acerca de su labor? ¿qué panorama visualizo para el futuro?

Para responder creo necesario ilustrar, en primer lugar, con cifras que cuantifican nuestro trabajo en el lapso transcurrido desde el 27 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de ese año⁴²:

A. Hasta la primera de esas fechas, el Tribunal dictaba 20 sentencias, en promedio, cada año. En el período que me

⁴² Revítese la *Memoria del Tribunal Constitucional* con la labor realizada en 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007, fuente de cuyas pp. 23 ss. han sido extraídas las cifras citadas en este esquema.

ocupa, en cambio, dictó 97 sentencias definitivas y sobre 300 interlocutorias de admisibilidad y muchas otras resoluciones inherentes a los centenares de roles en trámite;

B. En esa labor sobresale el ejercicio de las nuevas competencias, esto es, la inaplicabilidad de preceptos legales y, desde el 26 de marzo de 2007, su inconstitucionalidad. Concretamente, ingresaron 260 requerimientos de inaplicabilidad y cuatro de inconstitucionalidad;

C. Hemos funcionado en dos salas y en pleno; las sesiones de salas han sido celebradas, generalmente, dos veces por semana; lo mismo ha sucedido con las reuniones del pleno, una de las cuales fue siempre dedicada a ver causas. En los diez meses considerados hemos visto más de cien asuntos, con los alegatos de rigor;

D. Las sentencias han sido unánimes, en su mayoría; y se han pronunciado sobre vicios de forma y de fondo, en contraste con la jurisprudencia que sentó la Corte Suprema⁴³. Entiendo que esa unanimidad revela un rasgo positivo, porque corresponde al consenso pleno, coincidente con una hermenéutica constitucional ajena a connotaciones de contingencia política;

E. Hemos actuado sin esperar que sea aprobada la reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, aunque interesados y preocupados por el curso y suerte de su tramitación. Dando aplicación directa a la Carta Política, y acudiendo a la Ley Orgánica Constitucional de la

⁴³ Raúl Bertelsen Repetto, op. cit., pp. 150 ss.; y Eugenio Valenzuela Somarriva: "Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema", en Eugenio Valenzuela somarriva (coordinador), *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991, pp. 157 ss.

Institución, aún vigente, en todo lo que ha sido razonable y autorizado por ella, el Tribunal no ha diferido ni eludido servir el rol que le fijó el Código Político. Por ejemplo, así lo hemos hecho a propósito de los artículos 30 y 39 a 41 de aquella legislación;

F. La hermosa sede, de relieve histórico, en que ha funcionado los últimos seis años demuestra ya ser inadecuada para el funcionamiento eficiente del Tribunal. Téngase presente los hechos siguientes: la sala de audiencias públicas corresponde al salón de nuestro edificio colonial; cuatro Ministros carecen de oficina en ese recinto; los cinco abogados asistentes se encuentran también distribuidos en dos locales muy distantes entre sí; no tenemos espacio para la biblioteca y centro de documentación; el archivo cuenta con instalaciones reducidas; y la atención del público se efectúa en condiciones precarias; y

G. Una mirada a los recursos financieros disponibles demuestra que el presupuesto del Tribunal Constitucional es casi idéntico al del período anterior a la reforma, más el incremento vegetativo correspondiente⁴⁴. En suma, trátase de un presupuesto sólo de mantención de gastos administrativos, hecho que impide crecer al Tribunal en lo que le es propio y realizar múltiples actividades de relación con la Sociedad Civil y el Estado a través, por ejemplo, de los servicios de una biblioteca y centro de documentación especializados en Justicia Constitucional, realización de seminarios u otras actividades similares y el perfeccionamiento de sus funcionarios en Chile o el extranjero.

¿Cómo se explica la situación presente? Acudo al enfoque de los tres tiempos del verbo para revisar el pasado. En esa perspectiva surge un Tribunal pequeño, con labor muy

⁴⁴ Véase la Memoria cit., pp. 112 ss.

reducida, cuyo personal y presupuesto era ajustado a esa imagen de segundo plano en el sistema institucional. Aún así, difícilmente puede coincidirse en que tal condición explique también la falta de biblioteca y de un centro de documentación.

15. NUESTRA ACTITUD

Evaluar implica revisar la conducta del Tribunal Constitucional ante la situación recién resumida y adoptar las medidas que indique ese análisis. Al respecto, manifiesto:

Primero, que la buena voluntad y la paciencia inherente son, obviamente, rasgos que caracterizan la actitud ante los problemas enunciados en las siete evidencias precedentemente resumidas; y

Segundo, que la disposición, abnegada y constante, para resolver las dificultades es otra exigencia ineludible. Desde tales puntos de vista, estoy cierto que vamos progresando, aunque en los últimos rubros descritos el avance es casi nulo o muy lento. Enuncio a continuación las razones de esta afirmación:

A. Hemos aumentado el personal profesional, pero moderadamente y sin llegar a satisfacer la necesidad de abogados asistentes y secretariado;

B. Se recuperó la antigua sede de calle Morandé, pero ya está comprobada su insuficiencia, de modo que nos encontramos en búsqueda de un local más amplio, el pago de cuyo arriendo requerirá la suplementación presupuestaria correspondiente;

C. La insistencia en disponer de un solo recinto, digno y adecuado, para albergar a todos los Ministros, relatores, abogados asistentes y personal en general, sigue siendo nuestra

preocupación primordial, sin que, al cabo de un año y medio de haberla planteado, hayamos obtenido resultados favorables concretos;

D. La insistencia en contar con una biblioteca especializada y un centro de documentación y análisis de jurisprudencia constitucional tampoco ha merecido respuestas satisfactorias;

E. Se torna impostergable instalar un oficio de comunicaciones y relaciones públicas, nexo de la Institución con los medios y la opinión pública, a través del cual se entregue información completa y objetiva;

E. Nos hemos conectado con el Gobierno, el Congreso Nacional y la Corte Suprema a través de la página web; la difusión de nuestros fallos por los medios de comunicación es notoria; la participación de Ministros en seminarios y congresos, en Chile y el extranjero, va en aumento; hemos renovado la serie Cuadernos, infundiéndole calidad en los contenidos, belleza en su impresión y regularidad en la publicación; y

F. Han sido cultivadas las relaciones internacionales al punto de ser susceptible de calificarse como excelentes, siendo nuestro Tribunal el más antiguo de Iberoamérica, singularmente respetado en su jurisprudencia y citado como modelo de desarrollo institucional⁴⁵.

16. EL FUTURO

La evaluación, por último, lleva a pensar el porvenir del Tribunal y de la reforma, inseparables uno de otra y, por lo mismo, comprometidos en el desenlace de ella.

Al respecto digo que:

⁴⁵ Consúltese la Memoria cit., pp. 70 ss.

- El nuestro es un Tribunal respetado y cada día más influyente en los órganos estatales y en la opinión pública. No es raro ya informarse por los medios de comunicación sobre anuncios en que uno de los contendientes efectúa en el sentido que acudirá a nuestra Magistratura para decidir la controversia, aviso que basta para estimular el arreglo inmediato de ella y lograrlo;
- Es un Tribunal respetuoso de los otros poderes constitucionales, pero resuelto a hacer valer su propia estructura, naturaleza y funciones, por ejemplo, ante el Poder Judicial y la Corte Suprema en particular, sobre todo en ligamen con la inaplicabilidad de las leyes. Salvo contadas excepciones, hemos logrado convivir en un ambiente de recíproco respeto, hecho positivo que se ha visto comprobado con el complejo problema de los efectos de nuestra reciente sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal;
- Es un Tribunal Constitucional conciente de lo que se espera de él, decidido a cumplir su rol de defensor supremo de la Constitución pero prudente, en el sentido que necesita consolidar esa misión en el sistema institucional. Es un órgano joven, el más nuevo de los entes constitucionales, con excepción del Ministerio Público, rasgo que presupone tesón para lograr lo que necesitamos y paciencia ante la demora ; y
- De los dos roles clásicos de la Justicia Constitucional, vamos enfatizando, sin duda, el más reciente y legitimante de su labor, esto es, ser defensor y promotor de la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de esa cualidad de la persona humana. En el régimen de control compartido de supremacía, en que concurren el Tribunal y las Magistraturas Superiores a través de las acciones de *habeas corpus* y

protección, especialmente, debemos sumar y armonizar nuestros esfuerzos en la dirección referida⁴⁶.

17. BALANCE

El Tribunal atraviesa tiempos promisorios. Pienso así, desde luego, porque espero que pronto sean resueltos, favorablemente y en los términos indicados por nuestra Magistratura, todas las dificultades que resumí. Pero pienso así, además, en atención a que los diez Ministros hemos formado un clima de entendimiento encomiable, cualidad que, por supuesto, no impide las prevenciones y disidencias. Pero coincidimos en lo que es el Tribunal, en sus roles y en lo que Chile espera de él, hallándonos resueltos a asumirlos y realizarlos con éxito. ¡La unidad, entonces, es la clave de nuestra razonada esperanza!

⁴⁶ Recuérdese lo preceptuado, con el carácter de base del sistema institucional de Chile, en el Art. 6 inc. 2º de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, César *Landa Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Ed. Palestra, 2007

BALDASSARRE, Antonio “Parlamento y Justicia Constitucional”, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997

BERTELSEN REPETTO, Raúl *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969

BONGIOVANNI, Bruno: “Jacobismo” en Norberto Bobbio et al.: *I Diccionario de Política*, México DF., Siglo Veintiuno Editores, 1997

CEA EGAÑA, José Luis “Una Visión de la Teoría Neoconstitucional”, *VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, “Informe con Ideas Precisas”, reproducido en *VIII Revista Chilena de Derecho* N° 1 – 6 (1981). En la misma fuente citada consúltese el artículo 80 del proyecto elaborado por el Consejo de Estado, cuyo inciso 2° tiene relación con lo preceptuado hoy en el artículo 93 inciso 1° N° 7 de la Carta Política

Constitución de 1980, artículo 94 inciso 3°. Revítese en este número de los Cuadernos la monografía dedicada al Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes.

Constitución de Chile, artículo 6 inciso 2°

ESCUEDERO ALDAY, Rafael, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre la Incorporación de la Moral*, Madrid, Ed. Civitas, 2004

Escritos de Justicia Constitucional, Prólogo, Santiago, Cuaderno N° 35 del Tribunal Constitucional, 2007

FAVOREU, Louis Joseph “La Constitutionnalisation Du Droit”, en Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (directores), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit*, Aix en Provence, Presses Universitaires D’Aix Marseille, 1998

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006

FRIEDRICH, Karl Joachim, *La Democracia como Forma Política y Como Forma de Vida*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Derecho, Etica y Democracia”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

GREPPI, Andrea *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006

HÄBERLE, Peter, “La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006

HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Ernest Benda et. Al.: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996

HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *I La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

KELSEN, Hans “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, en su obra *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Ed. Debate, 1988

LIJPHART, Arend “Democracies. Patterns of Mayoritarian and Consensus Government in Twenty – One Countries”, New Haven, Yale University Press, 1984

MEINECKE, Friedrich “La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997

Memoria del Tribunal Constitucional, 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007.

MEZZETTI, Luca *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli Europei a Confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992

MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Minoría Política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2002

NELLY, Alfred H.; **HARBISON**, Winfred A. y **BELZ**, Herman “The American Constitution. Its Origins and Development”, New York, W. W. Norton, 1983.

NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997
“Observaciones sobre la Constitución Chilena”, reproducidas en *XX Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2002

PENNOCK, J. Roland “Democratic Political Theory”, Princeton, Princeton University Press, 1979

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005.

Rol N° 681, publicado en el Diario Oficial el 29 de marzo de 2007

ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006.

SACCO, Sabina “La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad”, *XXXIII Revista Chilena de Derecho* N° 3, 2006

SAENGER GIANONI, Fernando y **BRUNA CONTRERAS**, Guillermo, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1925 – 2005*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, 2006

SAMUDIO, Héctor Fix, “Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (editor), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1994.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (editor), *La Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1998.

TRIBE, Lawrence H., “American Constitutional Law”, Mineola, The Foundation Press, 1988

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Eugenio Valenzuela Somarriva (coordinador), *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991

WEBER, Max, *I Economía y Sociedad*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1969

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005.