

Tribunal Constitucional.

Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional*

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA**

Sumilla

1. Prolegómenos
2. XI Tesis acerca del Tribunal Constitucional y su posición
 - 2.1. Posición del Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho
 - 2.2. Un Tribunal Constitucional de integración plural
 - 2.3. El Tribunal Constitucional y sus decisiones
 - 2.4. Un Tribunal Constitucional «deferente»
 - 2.5. Tribunal Constitucional y no justiciabilidad de «cuestiones políticas»
 - 2.6. Tribunal Constitucional y tipos de control de constitucionalidad
 - 2.7. Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de Derecho
 - 2.8. El Tribunal Constitucional es pieza clave del balance de poder
 - 2.9. El Tribunal Constitucional es parte basal de una decisión básica acerca de la forma de Estado: una república democrática y no solo pieza del Estado del Derecho
 - 2.10. El Tribunal Constitucional es el custodio e intérprete supremo de la Constitución
 - 2.11. Teoría y práctica del Constitucionalismo democrático y social para una Constitución del siglo XXI y una Jurisdicción Constitucional orgánica y de la libertad

3. Conclusiones

Bibliografía

* Exposición al X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, Perú, septiembre 2009.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales.

1. Prolegómenos

Con motivo de comentar sumariamente una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, hemos construido una reflexión crítica acerca de la problemática legitimidad constitucional de esta Judicatura y de su difícil, aunque necesaria, inserción en la democracia constitucional, con todas las dificultades que entraña hablar de la democracia a partir de 1989, época en la que se llega a postular el «fin de la historia», en la que las democracias liberales se asientan como forma de gobierno¹.

Con todo, el término «democracia constitucional» designa el triunfo del paradigma liberal, que tiene por objetivo la limitación y equilibrio de poder, alejando la forma democrática de la «tiranía de las mayorías». En palabras de un jurista clásico como W. Kägi (2005: 199): «Bajo ninguna forma estatal la Constitución normativa adquirió aquella posición central y aquel óptimo de «inviolabilidad» como en la democracia. Y, sin embargo, también aquí lo normativo estuvo en cierta relación de permanente tensión con el principio democrático de la decisión mayoritaria. El presente acentúa esa tensión y hoy es una tarea imperiosa separar la democracia «constitucional» («conforme a la Constitución») —en la cual, precisamente, lo decisivo es la atemperación del principio formal de lo político a través de lo normativo— de la democracia «absoluta» («de masas») que pone en el centro un elemento «decisionista» de la definición mayoritaria». La «democracia constitucional» planteado con simpleza, cuando no brutalidad, es la imposición de la «lógica de la Constitución», sobre la lógica político-democrática.

En este contexto debemos anotar que el comentario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el decreto supremo (D. S. 48, de 2007, del Ministerio de Salud que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre regulación de la Fertilidad) que regula entre otras materias la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0,75 mg) es variopinto, comprende las opiniones de articulistas y de juristas en nuestro medio.²

¹ Un trabajo clásico hoy es el de SARTORI, G., cuya primera edición de 1962 se publicó bajo el título *Aspectos de la democracia*. R. Castillo D. y M. Esteve (traductores). México: Limusa-Wiley, 1965, traducida por Alianza Editorial en su nueva versión extendida en dos volúmenes. Una síntesis reciente del debate acerca de las concepciones de la democracia en el libro de GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006, en especial su «realista» epílogo en pp. 167-177. Una aproximación crítica e interesante es el libro de CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. F. Beltrán (traductor). Madrid: Taurus, 2004.

² Consultar sección «Jurisprudencia comentada» con una sólida exposición del profesor Humberto NOGUEIRA ALCALÁ en *Estudios Constitucionales*, N° 1, año 6, 2008, pp. 361-372. Santiago: CECOCH, U. Talca; y también el comentario del profesor Gonzalo AGUILAR C. «Hacia un sistema integral de

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2008 (Rol 740-07) y su contenido (votos concurrentes y votos disidentes) puede ser objeto de un muy breve comentario enderezado a poner de relieve que esta Judicatura carece de competencia material para componer el conflicto constitucional planteado a través del requerimiento suscrito por una minoría cualificada de parlamentarios. Tal incompetencia fue planteada como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, y se funda en tres elementos básicos: el requerimiento alega una cuestión de hecho del todo ajena a la competencia del Tribunal; la inoportunidad de evaluar los efectos de un fármaco que ya cuenta con un registro sanitario y la improcedencia de que el Tribunal formule juicios de mérito, elementos básicos en la medida que el control de constitucionalidad incoado en virtud del número 16 del artículo 93 de la Constitución es un control abstracto de constitucionalidad de decretales por infracción del Derecho de la Constitución (derecho objetivo y derecho subjetivo) y no un control concreto y menos un juicio ventilado ante un tribunal del fondo.

Un reconocimiento implícito de haberse dictado este fallo *ultra vires*, proviene del propio Tribunal Constitucional en la caracterización realizada del conflicto constitucional sometido a su competencia:

[...] tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos fundamentales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental, tal como, por lo demás, lo ha hecho esta Magistratura en procesos previos como los indicados en el considerando noveno de esta sentencia (considerando 21).

derechos humanos: un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno «sobre la píldora del día después». *Ius et Praxis*, año 14, N° 1, 2008, pp. 347-362. También los comentarios de autoría de ZÚÑIGA U., Francisco, publicados en la *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2008 y en *Derecho Mayor*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, año 2008, y entrevista publicada en *Derecho Mayor*, año 2007, pp. 359-365. Los antecedentes históricos de los litigios judiciales de amparo y lato conocimiento habidos con motivo del registro sanitario otorgado por ISP, se contiene en trabajo preparado por los profesores Lidia CASAS B. y Jorge CONTESSE S. «La píldora del día después». Documento de Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

Resulta además obvio que la tutela del Derecho de la Constitución, en particular de derechos fundamentales y el principio *pro homine* con toda su proyección hermenéutica, no puede ser la excusa para convertir un control abstracto de constitucionalidad en un control concreto o en un pseudo amparo constitucional extraordinario de derechos.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional excediendo el marco del control concreto de constitucionalidad, viene a sustituir a los tribunales del fondo, abriendo el proceso de constitucionalidad a cuestiones de hecho (científico-técnicas) antes resueltas por tribunales del fondo y servicios públicos de policía administrativa, químico-farmacéutica y sanitaria, brindado en el marco de este proceso un «periodo» y «oportunidad» de prueba; y de este modo viene en erigirse por esta vía de ampliación del control de constitucionalidad de decretales en una suerte de supremo «tribunal administrativo», quebrando así el delicado reparto de competencia en el seno de la potestad jurisdiccional entre el Tribunal y el Poder Judicial. Coadyuva a este nuevo rol de hecho del Tribunal Constitucional como supremo «tribunal administrativo» la auto-atribución de competencia, nuevamente *ultra vires*, para determinar la materialidad-formalidad de un acto administrativo para encuadrarlo o no en la competencia de control de constitucionalidad de decretales, empleado para ello el ubicuo comodín del «principio de primacía de la realidad» que sustituye la forma por la materia, también empleada por esta Judicatura en las sentencias Transantiago I y II³.

Por todo ello, en un ejercicio de profilaxis frente a una verdadera patología de crecimiento competencial del Tribunal Constitucional, que denominamos activismo judicial, es que el presente comentario de la sentencia referida viene a constituir un simple pretexto para abordar una materia central o de fondo como es la relativa a la problemática legitimidad constitucional y difícil posición del Tribunal Constitucional en nuestra democracia constitucional.

En esta ponencia se resume en once tesis la posición del Tribunal Constitucional en nuestra «democracia constitucional», posición que se define a partir de la quiebra teórico-práctica del principio de separación de poderes para salvarlo como principio estructurador de la distribución de poder político estatal y al mismo tiempo dejar a salvo la separación Estado-sociedad civil estableciendo derechos fundamentales, todo lo cual precipita en la Constitución y el Derecho de la Constitución, cuya garantía compete a esta Judicatura; generándose así una inevitable tensión dialéctica con el principio democrático y los poderes normativos del Gobierno y del

³ Consultar nuestro comentario en *Gaceta Jurídica* N° 339, año 2008, Santiago, septiembre 2008, pp. 286-291.

Congreso Nacional. El Tribunal Constitucional, poseedor de una precaria legitimidad constitucional, pasa a ser parte del sistema de «frenos y contrapesos» que caracteriza a la democracia constitucional, por lo que su difícil posición conlleva una legitimidad constitucional problemática⁴.

En nuestro país esta difícil posición resulta redobladamente problemática en cuanto a la legitimidad constitucional en la medida que la Constitución de 1980, que da origen al actual Tribunal Constitucional, es una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal. Luego las instituciones o «fuerzas» contramayoritarias estatuidas por el Poder Constituyente autoritario para conservar un orden constitucional, adquieren o deben adquirir, después del ciclo de reformas coronado por la reforma constitucional de 2005, que refunda el Tribunal Constitucional, una posición orientada a darle expansividad al principio democrático y la asunción de una perspectiva garantista de los derechos fundamentales.

La posición o lugar específicamente del Tribunal Constitucional en las instituciones del Estado, después de su «refundación» por obra del Poder Constituyente derivado de 2005, está ligada estrechamente a la definición básica de un orden político republicano y democrático, y al balance de poder que exige la definición del orden jurídico político como un Estado de Derecho. Esta difícil posición del Tribunal Constitucional, tiene como soporte una legitimidad constitucional de «fuerza contramayoritaria» puesta por el Poder Constituyente, abierta a las minorías, para heterocomponer conflictos ejerciendo un control de constitucionalidad e interpretando las normas iusfundamentales como tribunal vinculado a la propia Constitución, careciendo de toda legitimidad democrática.

A través de estas once tesis, en muchas de las cuales recurrimos también como pretexto a autores clásicos para demostrar que estamos ante temas no pacíficos y presentes en el origen mismo del constitucionalismo y la democracia moderna, planteamos la necesidad de definir al Tribunal Constitucional como un «tribunal» que ejerce su competencia a través de un proceso, no un jurado o comisión especial, dotado de autonomía institucional, y carente de legitimidad democrática, poseedor solo de una legitimidad constitucional y de allí su competencia tasada en el artículo 93 de la Constitución. El Tribunal es un órgano colegiado, letrado especializado, y de integración plural, que valiéndose de un techo ideológico

⁴ Un enfoque propedéutico al tema en libro de FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. También al tema de la separación de poderes es muy valioso el libro de BLANCO VALDÉS, ROBERTO L. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

abierto de la Constitución tiene un *ethos* ideológico común y mínimo: la república democrática. Esto obliga al Tribunal a obtener una legitimidad social, a través de sus decisiones, alejada de la prisión iusnaturalista o principialista tan proclive al absolutismo ético.

En la posición del Tribunal Constitucional la autolimitación de su poder se logra a través de comodines como la «deferencia» hacia los poderes públicos, en especial los dotados de legitimidad democrática y admitiendo la no justiciabilidad de las «cuestiones políticas» duras. De este modo la guarda de la Constitución se verifica principalmente mediante un control abstracto de constitucionalidad, destinado a heterocomponer conflictos de poder cuyo derecho material es el Derecho de la Constitución, y en tal misión esta Judicatura es un «tribunal», no la aristocracia togada defensora de una ideología o sistema material de valores. En este contexto, el Tribunal Constitucional no es un poder moderador o árbitro del sistema político institucional, sino una pieza clave del engranaje de balance de poder de esa gran máquina que es el Estado, poniendo a salvo la separación de poderes y la cesura Estado-sociedad civil. Situado el Tribunal Constitucional en la república democrática debe ser objeto de controles del poder y de responsabilidades. Para concluir la «lectura» e interpretación de la Constitución debe ser en clave de techo ideológico abierto, alejada de desvaríos (neo) iusnaturalistas y orientada a realizar en clave evolutiva a hacer realidad las potencialidades democráticas y garantistas de la Constitución reformada, alejándose de esa verdadera patología hermenéutica que es el originalismo que ancla a la Constitución y a los operadores del derecho al pasado autoritario y neoliberal que está en la génesis de la Carta Fundamental vigente.

Las once tesis nos exigen, como invita el célebre texto del filósofo de Treveris Karl Marx, al cierre unir teoría y práctica constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, postulando la necesidad que la presencia de instituciones contramayoritarias se desenvuelva en un balance de poder, que permita que esta democracia constitucional sea más democracia y no menos democracia, bajo el pretexto de salvaguardar la universalidad de principios éticos, una suerte de «coto vedado» de lo no negociable, del cual arrancan los derechos fundamentales y de las reglas preliminares o condiciones del sistema democrático⁵.

Parece casi inevitable en una democracia constitucional admitir la incrustación de instituciones o «fuerzas contramayoritarias» dedicadas a la custodia de las reglas preliminares (incluidos los derechos fundamentales) vertidas en la Constitución.

⁵ La expresión «coto vedado» la usa con fortuna GARZÓN VALDÉS, Ernesto en *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 469, 485, entre otras.

Así lo admite conciliadoramente incluso Jefferson en su discurso de asunción de la presidencia de la Unión de 1801 a propósito del desarrollo de la Constitución por la ley de las mayorías del Congreso: «Asimismo, todos tendrán presente el sagrado principio de que, para ser legítimo, debe ser razonable, y de que la minoría goza de igualdad de derechos que las mismas leyes deben proteger, y que violarlos constituiría una forma de opresión [...] Restablezcamos en las relaciones sociales esa armonía y efecto sin los cuales la libertad y aún la vida misma serían lúgubres»⁶.

En último término dependerá de la política y de la marcha de las instituciones la cuestión básica de encomendar a la ciudadanía y a los actores políticos o a una aristocracia togada el espacio decisonal público y la defensa de la Constitución.

En este mismo orden de ideas, un «giro dogmático» en la teoría de la Constitución que redescubra en su seno a los derechos fundamentales tan presente en la doctrina hoy bajo la denominación de «neoconstitucionalismo», no debe ser la excusa empleada por la aristocracia togada para justificar una reposición del Tribunal Constitucional en la «democracia constitucional» (Gomes Canotilho 2003)⁷.

2. XI Tesis acerca del Tribunal Constitucional y su posición

2.1. Posición del Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho

El Tribunal Constitucional tiene una posición institucional, definida por la autonomía y carencia de legitimidad democrática, solo posee una legitimidad constitucional orientada a un balance de poder, por lo que su poder es tasado o limitado a los conflictos de poder que el artículo 93 singulariza.

En una perspectiva histórica la «revisión judicial de legislación» por el Tribunal Supremo en Norteamérica generó un intenso debate en la fundación misma de la república entre «federalistas» y «antifederalistas», cuyas figuras visibles son J. Marshall y T. Jefferson (R. Dahl 2003, Ch. Beard)⁸. Con agudeza Jefferson nos

⁶ Consultar el volumen *Thomas Jefferson. Cartas y escritos escogidos*. PETERSON, D. (editor y compilador). E. Abelleira y M. R. Bengolea (traductores). Buenos Aires: Ediciones Tres Tiempos, 1988, p. 48. También, DEWEY, John. *El pensamiento vivo de Jefferson*. L. Echavarrí (traductor). Buenos Aires: Losada, 1944.

⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la Constitución*. C. Lema Añón (traductor). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2003, pp. 65-77. También la maciza obra del gran publicista portugués *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cuarta edición, tercera reimpresión. Coimbra: Livraria Almedina, 1989; en especial sobre Derecho Constitucional y Teoría, pp. 5-139.

⁸ Consultar a DAHL, Robert. *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* (traducción P. Gianera), Argentina: FCE, 2003. Asimismo consultar a BEARD, Charles A. *An Economic*

recuerda acerca de la «revisión judicial»: «La opinión que concede a los jueces el derecho a decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, no solamente para sí mismos en su propia esfera de acción, sino también para la Asamblea Legislativa y el Ejecutivo, en sus esferas respectivas, haría del Poder Judicial una rama despótica [...] Ciertamente no hay una sola palabra en la Constitución que les haya otorgado esa facultad más que a las ramas Ejecutiva o Legislativa [...] La Constitución, según esta hipótesis, es un mero trozo de cera en manos del Poder Judicial, que puede retorcerlo y darle la forma que desee». Agrega en otro lugar Jefferson: «Parece que consideraréis a los jueces como los árbitros últimos en todas las cuestiones constitucionales, doctrina muy peligrosa ciertamente y que nos puede colocar bajo el despotismo de una oligarquía» (Dewey 1944: 183-184).

De tal debate perenne podemos extraer la afirmación en orden a que la «democracia constitucional» es una democracia limitada, en la que las reglas preliminares o condiciones (N. Bobbio) en que se asienta el arreglo institucional, y que son establecidas en la Constitución, operan como reglas necesarias e indisponibles, tales como la regla de mayoría y respeto de las minorías, y el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad e igualdad⁹.

A nuestro juicio la justificación última de la democracia constitucional como democracia limitada, estriba en que los derechos fundamentales comprenden expectativas o necesidades individuales y sociales, que buscan efectivizar la autonomía moral, física, psicológica de los individuos libres e iguales, autonomía que es el vector que hace posible la democracia misma. Esta imbricación principio democrático

Interpretation of The Constitution of the United States. Vigésima segunda edición. New York: Macmillan Co., 1968. Sobre «federalistas» y «republicanos» son de consulta obligada HAMILTON, A., J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*. G. Velasco (traductor). México: FCE, 1987, y KETCHAM, R. (editor). *The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates*. New York: Mentor Books, 1986. Sobre el lugar de la «revisión judicial» en la separación de poderes en las eras fundacionales y revolucionarias de Estados Unidos de América (el debate de ideas político-constitucionales de Adams, Madison, Jefferson y Taylor, entre otros) y de Francia (las ideas de Siéyès y Constant, entre otros) consultar a VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes* (presentación J. Varela, traducción X. Bastida y revisión de J. Varela). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, en especial cap. 6 y 7, pp. 133-196, pp. 197-236. Un clásico sobre la separación de poderes en la revolución francesa en el célebre texto de DUGUIT, Leon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Presentación y traducción de P. Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

⁹ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. J. Moreno (traductor). Barcelona: Plaza y Janés, 1985; También, *Norberto Bobbio. El filósofo y la política. Antología*. Estudio preliminar y compilación J. Fernández Santillán; prefacio, N. Bobbio). Segunda edición. México D.F.: FCE, 2002, en especial la monografía sobre principio de mayoría pp. 254-277. Finalmente, de BOBBIO, *Teoría general de la política*. Edición de M. Bovero. Madrid: Trotta, 2003, pp. 449-462.

y derechos fundamentales permite concebir al sistema jurídico como un sistema autorreferencial y positivo, ligando así política y derecho, sin introducir órdenes metapositivos, para fundar el ordenamiento jurídico. Con todo no escapa a cualquier observador agudo que el denunciado peligro de la «tiranía de las mayorías» propio de la afirmación de la democracia limitada o constitucional responde al *horror vacui* que causa la democracia de masas y la soberanía popular en el pensamiento político liberal burgués americano y europeo de entre siglos XVIII-XIX.

El Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria (A. Bickel), asilada en un principio de autonomía constitucional (autonomía «institucional», normativa, financiera y administrativa), superpuesta al tradicional esquema de separación de poderes. Efectivamente el control judicial es una «fuerza contramayoritaria» que se efectiviza en la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una acción del Ejecutivo electo, declaración que «[...] tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra» (Bickel 1986: 16-17). El control judicial se funda en conjurar el peligro de «tiranía de las mayorías» como tempranamente subrayan los «federalistas», abriéndose al peligro de la «tiranía de las minorías» como también subrayan los «antifederalistas». El debate histórico entre federalistas y antifederalistas o republicanos en la democracia norteamericana es ejemplo de esto, como también el debate actual angloamericano entre liberales y republicanos democráticos.

El Tribunal Constitucional en cuanto a institución contramayoritaria está abierto en su competencia a la legitimación procesal de las minorías, en el ejercicio de acciones para incoar el proceso constitucional (Friedman 1988, Ely 1995).

El Tribunal Constitucional vigila la separación de poderes en el Estado, y fractura Estado-sociedad civil (derechos fundamentales), enderezado precisamente a salvar la finalidad de equilibrio y límite de poder. Ello es perfectamente funcional a la estructura normativa iusfundamental, que nos permite distinguir primariamente en la Constitución entre reglas de conducta y reglas de competencia.

El imperio del Derecho objetivo de la Constitución se verifica a través de un proceso de constitucionalidad- Derecho de la Constitución (derecho objetivo o estatuto del poder). El imperio de los derechos fundamentales se materializa en su tutela judicial a través del proceso de amparo ordinario ante los tribunales superiores de justicia; de suerte que la tutela judicial extraordinaria de estos derechos fundamentales se verifica indirectamente en el juicio de legitimidad de los actos del poder político estatal en el proceso de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional —Derecho de la Constitución (derecho subjetivo)—, aunque en ocasiones la acción de inaplicabilidad adopte el carácter de un cuasi amparo constitucional extraordinario

contribuyendo a lo que se denomina «inflación de derechos», lo que no es sino una de las caras del activismo judicial.

El Tribunal Constitucional es una Judicatura suprema, que coexiste con otros órdenes jurisdiccionales (Poder Judicial y Justicia Electoral), colegiada, letrada y especializada, independiente (autonomía) e imparcial, integrada por jueces constitucionales, antítesis de los jueces burócratas, jueces «sin agradecimiento» (L. Favoreu) a los poderes públicos que los han nombrado (Favoreu 1994).

2.2. Un Tribunal Constitucional de integración plural

El déficit democrático plural de la actual integración del Tribunal Constitucional, va de la mano con un déficit democrático indirecto dada la supervivencia de la integración de origen judicial de tres ministros por la Corte Suprema. El Tribunal no se compone de jueces asépticos en lo ideológico, jueces de laboratorio, menos aún jueces burócratas o legiscentristas (Cappelletti 1987)¹⁰.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional carece de equilibrio político ideológico, la realidad de su funcionamiento y decisiones arroja una mayoría conservadora-confesional, divorciada de una sociedad plural en lo valórico, que nos expone a un peligro adicional de «tiranía de los valores».

En lo concerniente a este plano, el Tribunal Constitucional debe ser heredero de una concepción secular e ilustrada de derecho, que separa derecho y moral, y a partir de una idea de derecho de raíz kantiana entienda que el orden social de la libertad exige que el derecho sea «mínimo ético» y no máximo ético¹¹.

La Constitución y la ley orgánica constitucional configuran un estatuto de los jueces constitucionales, letrados especialistas, independientes, con estatuto personal *ad hoc* (insuficiente), pero con una especial «sensibilidad política» dada la naturaleza de los conflictos de poder que resuelven y las pautas hermenéuticas que emplean.

La lectura que se puede hacer acerca de la «sensibilidad política» es en rigor en clave opuesta: en términos de Charles de Secondat, barón de Montesquieu, una sensibilidad orientada a la prudencia templanza o moderación (propia de una república aristocrática) o una sensibilidad orientada al civismo o virtud (propia

¹⁰ Véase el artículo «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Madrid: CEC, 1986. También *Le pouvoir des juges*. París: P.U. d'Aix Marseille/Economica, 1990.

¹¹ Consultar en la materia los trabajos en especial de N. Hoerst y F. Laporta en la recopilación de VÁSQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1998.

de una república democrática)¹². Tales claves opuestas de la «sensibilidad política» (prudencia o civismo) del Tribunal Constitucional son caminos que llevan a distinto destino las decisiones que esta Judicatura adopte.

Una «sensibilidad política» de esta Judicatura por los valores histórico-temporales de la modernidad (humanismo), una suerte de «patriotismo de la Constitución» (J. Habermas) es reponer simplemente en el orden republicano una suerte de «religión civil» (J.J. Rousseau) o civismo anclado en el «espíritu del pueblo» (Jefferson), que es el cemento valórico mínimo dominante en la sociedad presente, y que aquilata en valores superiores y principios recogidos en normas iusfundamentales incompletas, con sumarios contenidos lingüísticos prescriptivos (que importan por ende plurisignificación), y de estructura abierta; todo en armonía con una Constitución vigente que merced las 17 reformas iniciadas en 1989 y cerradas el año 2005, reformas que ponen fin a la transición y permiten tener un techo ideológico constitucional abierto¹³.

¹² En su célebre obra *Del espíritu de las leyes* anota Charles de Secondat, barón de Montesquieu, que perdida la virtud, la república es un despojo y «su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos». Agrega: «La templanza, pues, es el alma de esta forma de gobierno —república aristocrática—. Entiendo por templanza, la moderación fundada en la virtud. No la que es hija de la flojedad de espíritu, de la cobardía». (Traducción Nicolás Estévez y Estudio Preliminar Daniel Moreno). Sexta edición. México D.F.: Porrúa, 1985, pp. 8-18.

¹³ Rousseau nos recuerda sobre la religión civil: «El derecho que el pacto social concede al soberano sobre los súbditos no traspasa, como he dicho ya, los límites de la utilidad pública. Los súbditos, por tanto, no deben dar cuenta al soberano de sus opiniones, sino cuando estas importen a la comunidad. Ahora bien, beneficia al Estado que todo ciudadano profese una religión que le haga amar sus deberes; pero los dogmas de esta religión no preocupan ni al Estado ni a sus miembros, sino en cuanto se relacionan con la moral y con los deberes que quien la profesa está obligado a cumplir con sus semejantes. Cada cual puede tener unas determinadas opiniones, sin que incumba al soberano conocerlas, ya que no es de su competencia la suerte de sus súbditos en la otra vida, con tal de que sean buenos ciudadanos en esta. Existe, pues, una profesión de fe puramente civil, cuyos artículos deben ser fijados por el soberano no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales no se puede ser buen ciudadano ni súbdito fiel. Sin poder forzar a nadie a creer en ellos, puede expulsar del Estado a quienquiera que no los admita o acepte; puede expulsarlo, no como impío, sino como insensible, como incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia y de inmolar en caso necesario su vida en aras del deber. Si alguien, después de haber reconocido públicamente estos dogmas, se conduce como si no los creyese, se le castiga con la muerte: ha cometido el mayor de los crímenes, ha mentado ante las leyes. Los dogmas de la religión civil deben ser simples, en número reducido, enunciados con precisión sin explicaciones ni comentarios. La existencia de la Divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente, la vida futura, la felicidad de los justos, el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y las leyes: he ahí los dogmas positivos. En cuanto los negativos, los limito a uno solo: la intolerancia, que forma parte de todos los cultos por nosotros excluidos. Los distinguen la intolerancia civil de la teológica se engañan en mi opinión. Estas dos intolerancias son inseparables. Es imposible vivir en paz con gentes que se consideran condenadas; amarlas sería odiar a un Dios que los castiga; es

Ello no significa cerrar el tema de los cambios constitucionales profundos (enderezados a remover los últimos enclaves autoritarios, revisar la permanencia de instituciones contramayoritarias y a redefinir la relación Estado-sociedad civil y economía, para hacer posible un Estado social y democrático de Derecho), más aún se requiere abrir un nuevo ciclo de reformas de segunda generación o una «operación constituyente», que cuaje en una nueva Constitución (Zúñiga Urbina 2005: 557-559).

Tal «sensibilidad política» del Tribunal Constitucional debe ir de la mano de una posición del Tribunal en el cuadro de instituciones fundamentales del Estado, y del empleo de reglas hermenéuticas propias que estén orientadas a dar cuenta de la Constitución como un «subsistema de normas iusfundamentales» con un techo ideológico abierto.

Además, una lectura de la Constitución de techo ideológico abierto, permite pluralmente ganar en legitimidad a la Constitución, y alejarse de una lectura canónica-originalista de esta (en cualquiera de sus versiones intencionalista o textualista), aprisionada en coordenadas iusnaturalistas o neoiusnaturalistas (consecuencialmente una lectura metafísica), permitiendo la definición-concreción positivo temporal de gran parte del contenido de tales valores superiores y principios a los poderes públicos con legitimidad democrática, en especial al legislador. Precisamente es el legislador y poderes normativos democráticos del Estado los llamados al desarrollo infraconstitucional de la Constitución, por lo que el balance de poder del Tribunal frente a tal Congreso Nacional y Gobierno es de última *ratio*.

2.3. El Tribunal Constitucional y sus decisiones

La legitimidad constitucional, y en tal medida legitimidad instrumental siempre precaria, del Tribunal Constitucional y su responsabilidad social se juegan en sus decisiones, es decir, en la calidad, consistencia hermenéutico constitucional y sintonía con la realidad institucional en que se desenvuelven, para preservar, a partir de la quiebra de la separación de poderes, un reparto de poder político estatal orientado a la limitación y equilibrio.

La manida distinción entre reglas y principios (R. Alexy) ha servido de excusa neoconstitucionalista (neo)liberal o (neo)conservadora o neoiusnaturalista (principialismo) para armar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando para ello el de suyo escaso material normativo iusfundamental, todo lo que se traduce en

absolutamente necesario convertirlas o atormentarlas. En dondequiera que la intolerancia teológica se admite, es imposible que deje de surtir efectos civiles, y tan pronto como los provee el soberano deja de serlo, incluso en lo temporal: los sacerdotes son los verdaderos dueños; los reyes no son más que sus funcionarios». ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid: Edic. Sarpe, 1983, pp. 205-207.

hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial (Alexy 1993).

Tal política constitucional desde una parcial afirmación de la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de la Constitución y sobre la base de una ductilidad del derecho (*mitezza* en términos de Zagrebelsky), resta primariedad a la ley parlamentaria como fuente formal del ordenamiento jurídico y con ello al principio democrático, basal en la arquitectura del Estado (Zagrebelski 1995).

La referida responsabilidad social del Tribunal Constitucional en sus decisiones supone una comunidad dogmática, una comunidad forense profesional, una comunidad de jueces, una opinión pública y una ciudadanía crítica con la labor jurisprudente del Tribunal.

Además, la responsabilidad social supone la formación de una «opinión pública» acerca de los temas constitucionales, una suerte de «mercado de las ideas» o si se quiere «mercado de las ideas constitucionales», en que adquiere importancia el pluralismo informativo interno y externo de los medios de comunicación social, en especial de la prensa. La Constitución vivida es letra muerta sin una opinión pública libre e informada y una ciudadanía volcada a los temas constitucionales.

El activismo judicial no solo es inconciliable con la posición del Tribunal Constitucional en el Estado, y no solo va de la mano del peligro de una «tiranía de los valores» por una aristocracia togada, sino que al quebrar la primariedad de la ley, está en pugna con el principio democrático, basal a la arquitectura del Estado y a su forma política republicano-democrática y a su forma jurídico-política de Estado de Derecho.

A modo de ironía, un notable ejercicio de *self restraint* judicial se observa en jueces «burócratas» con motivo del contencioso de nulidad de derecho público del registro sanitario otorgado por la Administración (Instituto de Salud Pública) a un fármaco (Postinor-2), impugnado de ilegalidad del registro, la Corte de Apelaciones de Santiago en sede casación forma y apelación, resolviendo acerca de la protección legal del concebido no nacido y cómo afecta dicho fármaco la concepción-implantación, establece ponderando las pruebas la «duda científica» al no estar la resuelta la cuestión en la *lex artis* médica, recogiendo como argumento central para revocar el fallo de primer grado, el siguiente:

16.- Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues esta solo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que

solo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquellos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que Si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz, Philippe. *El Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 1966, p. 83) Por ello, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad; [...] (S. C.A. de Santiago Rol 4200/2003 de 10 de diciembre de 2004).

La ironía anotada estriba en que jueces «burócratas», de los cuales no cabe esperar sino una argumentación legiscentrista, desarrollan una argumentación propia de jueces constitucionales, autolimitando su poder de decisión y reconociendo los límites del proceso de cognición lato, cuando el conflicto tiene extremos fácticos que ameritan probanzas en que gravita la *lex artis* científico-técnica, probanzas que resultan indispensables para formular una sentencia fundada.

2.4. Un Tribunal Constitucional «deferente»

El Tribunal Constitucional deber ser «deferente» con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección política del Estado, como el Gobierno y el Congreso Nacional.

Un ejemplo de esta «deferencia» es la sólida presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder político estatal en general y de la ley en particular, presunción que obliga a ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, y por ende en un conflicto de normas, operando así un control abstracto de legitimidad de tales actos.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad de los actos del poder estatal («legislador negativo») que generalmente tiene un contenido anulatorio, expulsa las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico, perdiendo esta la cualidad de validez y de pertenencia al ordenamiento, en un efecto similar a la «derogación». Tal declaración de inconstitucionalidad es un arma de última ratio (Kelsen 1977, 1995).

Por ello debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la «derecha» o progubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años, jurisprudencia del tribunal supremo y de tribunales federales fuertemente condicionados en su integración por las grandes opciones políticas.¹⁴

La «deferencia» o «cuestiones políticas» no justiciables, como actitudes institucionales de la Judicatura Constitucional, son un ubicuo comodín que hace posible la autolimitación o *self restraint* del Tribunal Constitucional en orden a resolver conflictos jurídicos, y no erigirse en un *supra* poder.

El Tribunal Constitucional no es un «*supra* poder» o «poder del Estado», no injiere directamente en la dirección política del Estado, se limita a ejercer un control de constitucionalidad concerniente a los «poderes» del Estado, en especial Gobierno y Congreso Nacional. Las decisiones del Tribunal Constitucional se sitúan en el campo de las decisiones jurisdiccionales caracterizadas con fineza por Montesquieu como expresión de un poder de impedir (*pouvoir d'empêcher*), y no un poder de estatuir (*pouvoir d'établir*).

2.5. Tribunal Constitucional y no justiciabilidad de «cuestiones políticas»

Resulta evidente que el Tribunal Constitucional resuelve «conflictos» políticos, sean conflicto de normas o conflicto de reparto de poderes, y por ende la naturaleza del conflicto de poder es «jurídico-política», pero ello no significa que el órgano de heterocomposición del conflicto sea político, o que el control sea político, muy por el contrario, el control de constitucionalidad por ser control jurídico o jurisdiccional, posee límites asociados a la naturaleza del control y del proceso, como también del órgano que lo ejerce: un tribunal.

Luego, ligado a la «deferencia» del Tribunal Constitucional con los poderes públicos, el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, por lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia.

El control de constitucionalidad es inidóneo por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las «cuestiones políticas», no debiendo confundirse esta noción con el contenido político propio de los conflictos constitucionales que adoptan la

¹⁴ Sobre la materia de consulta obligada son los libros de BAUM, Lawrence. *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*. C. Piña (traductor). Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1994, en especial pp. 264-304; y de SUNSTEIN, Cass R., David SCHKADE, Lisa M. ELLMAN y Andres SAWICKI: *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2006, en especial pp. 147-150.

forma de conflictos de poder (conflicto de normas o de reparto de poderes, que también es conflicto de normas) (Zúñiga Urbina 2008).

Una manifestación ejemplar de cómo opera la no justiciabilidad de las «cuestiones políticas» es limitar el control de constitucionalidad de la reforma constitucional a la constitucionalidad de forma, y no al examen de la constitucionalidad material y competencial.¹⁵ Tal limitación del Tribunal Constitucional nos pone a salvo del desvarío de hacer justiciables supuestos límites externos e internos (materiales) a la soberanía popular y al principio democrático, expresado en el Poder Constituyente.

Además, la no justiciabilidad de las «cuestiones políticas» guarda relación con una suerte de autolimitación del Tribunal Constitucional, fruto de la ponderación anticipada de los efectos político institucionales perniciosos o disfuncionales con el sistema político, para lo cual el recurso a la «prudencia» no es sino un efectivo recurso retórico.

Más bien la autolimitación del Tribunal Constitucional debe responder al civismo, y al autorreconocimiento del Tribunal como órgano jurisdiccional y no político, que ejerce su potestad en un proceso incoado vía acciones y cuyas decisiones son sentencias o resoluciones. Por ende, la muchas veces difícil aceptación de los límites del control de constitucionalidad como control jurídico o judicial (Damaska), es esencial a la posición del Tribunal Constitucional en la «democracia constitucional» (Damaska 2000: 120-122, 157-160).

En último término de la relación política-justicia, las dos caras de la moneda son lo mismo al fin de cuentas: la politización de la Judicatura Constitucional o la judicialización de lo político es el principio del fin de su establecimiento, y está en abierta oposición con el lugar que un Tribunal Constitucional tiene en el Estado que se organiza como una república democrática.

2.6. Tribunal Constitucional y tipos de control de constitucionalidad

La Judicatura Constitucional actualiza el Derecho de la Constitución al conflicto, heterocomponiendo el conflicto en un proceso constitucional a través de sus sentencias, las que están revestidas de cosa juzgada y cualificados efectos temporales y personales. Este Derecho de la Constitución no debe conducirnos a una desviación metodológica que hemos denominado «fetichismo constitucional»,

¹⁵ ZÚÑIGA URBINA, F. «Control de constitucionalidad de la Reforma Constitucional», *Estudios Constitucionales*, N° 2, Año 4, CECOCH, U. Talca, Santiago, 2006, pp. 415-434. Del jurista BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* L. Alvarez A. (traductor). Lima: Palestra, 2008, pp. 53-71.

que transforma a la Constitución en un demiurgo normativo acicateado por la constitucionalización del derecho. Con agudeza esta desviación metodológica es observada premonitoriamente por Jefferson en su carta a Samuel Kercheval de 12 de julio de 1816: «Algunos hombres contemplan las constituciones con una veneración beata y las juzgan como si fueran el arca de la alianza, demasiado sagradas para que se las toque. Atribuyen a los hombres de la generación precedente una sabiduría más que humana y suponen que lo que hicieron no puede enmendarse» (Dewey 1944: 177, Peterson 1988: 635).

El Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad (control jurídico ejercido por un órgano no político, sino por un tribunal colegiado, sometido a reglas y estándares que exigen fundar racional y positivamente sus decisiones) en los procesos de constitucionalidad, abstracto y concreto, sin que pueda en estos controles incursionar en cuestiones de hecho, reservada a conflictos del orden temporal encomendados a los tribunales creados por ley que integran el Poder Judicial (artículo 76).

En este contexto aunque resulte obvio el imperio del derecho en un Estado de Derecho supone una tutela judicial del derecho por todos los tribunales, imbricados en un complejo sistema judicial, con niveles de protección y grados importantes de especialización, a fin de a partir del conflicto reintegrar el ordenamiento jurídico. Ello significa que en el sistema judicial el Tribunal Constitucional debe coexistir, en ámbitos tasados de competencia, con los tribunales del orden electoral (Justicia Electoral) y demás tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional tiene un enorme poder como «legislador negativo» en el proceso de constitucionalidad y control abstracto, pero es un tribunal «menesteroso» (F. Rubio Llorente), carente de imperio. De la anotada menesterosidad del Tribunal nace la necesidad de que sus sentencias hagan doctrina jurisprudencial y sirvan de precedentes para el mismo órgano, así como para los demás tribunales de la nación (Rubio Llorente 1993).

Al mismo tiempo, el control de constitucionalidad expresado en sentencias, debe poner especial cuidado en técnicas que transformen al Tribunal Constitucional de «legislador negativo» en «legislador positivo»; siendo un límite a no cruzar el empleo de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, con la finalidad de salvar la constitucionalidad del acto del poder político estatal enjuiciado (Kelsen 1977, 1995).

El control concreto de constitucionalidad permite establecer un nexo funcional entre el Tribunal Constitucional y los demás órdenes jurisdiccionales, en que no basta el reparto competencial tasado en la Constitución, exige además de la Judicatura

Constitucional una «deferencia razonada» hacia los tribunales que integran el Poder Judicial y los tribunales de Justicia Electoral, que aleje la relación de tribunales supremos de la lógica de «guerra de investiduras» o «togas» o «choque de trenes», de nefastas consecuencia para el sistema político institucional.

Luego, el indirecto efecto «revocatorio» o «casatorio» o «supercasatorio» de las sentencias del Tribunal Constitucional queda entregado a tribunales que integran el Poder Judicial o la Justicia Electoral, llamados a aplicar a los conflictos el derecho material (objetivo o subjetivo). Lo propio ocurre con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la interpretación que los tribunales y demás órganos del Estado hagan de la Constitución. En este sentido la legitimidad del Tribunal Constitucional, la calidad de sus sentencias y su prestigio institucional son presupuestos de hecho para medir el influjo de su doctrina jurisprudencial en los tribunales que integran el Poder Judicial y en los tribunales de Justicia Electoral.

2.7. Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de Derecho

El Tribunal Constitucional no es un tribunal político o arbitral moderador del balance de poder, ni un tribunal de la justicia del *cadí* sin competencia tasada y sin derecho adjetivo y sustantivo, ni un tribunal del «Santo Oficio» inquisitorial de un máximo ético jurídico de una sociedad.

Nuevamente la separación derecho-moral, el laicismo y secularización, son las claves del derecho moderno, y conquista de la modernidad ilustrada y de la cultura jurídica, y sirve de base al «patriotismo constitucional» o «religión civil».

Lo que es más importante, el Tribunal Constitucional no es un «jurado» en que los jueces constitucionales fallan en conciencia o según libre convicción con aderezos jurídicos, es un tribunal colegiado, letrado especializado y sometido a pautas o hábitos hermenéuticos sólidos.

El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho, cuya competencia tasada es desplegada en un proceso y resultado del ejercicio de acciones constitucionales, por regla general no actuando de oficio; salvo en el tránsito del control concreto al control abstracto como lo prevé el número 7 del artículo 93 de la Constitución.

La Constitución no es la positivación de un sistema material-objetivo de valores, de una «filosofía perenne» o «moral objetiva», sino la positivación histórico-temporal abierta de valores y principios, de suyo plurisignificativos, con un techo ideológico abierto (Muñoz Machado 2004: 12, 145-173). Tal positivación histórico-temporal aquilata en la Constitución democrática, que es la «[...] autodisposición del pueblo sobre la organización del poder y la garantía de los derechos».

Una tiranía valórica judicial es «insoportable» (juicio en que coinciden paradójicamente desde las antípodas tanto Schmitt como Kelsen), inadmisibles en una sociedad democrática y plural que descansa en la afirmación de las libertades negativas y positivas de las personas, y sus derechos sociales (Schmidt 1983, Kelsen 1977 y 1995).

Una expresión del sistema material de valores es una concepción naturalista o metafísica de los derechos fundamentales afincada en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución y en el pasado (originalismo); lo que contrasta con la evidente modernidad y positividad de los derechos fundamentales, como enunciados normativos de expectativas o necesidades individuales y sociales conectadas a caros valores del humanismo moderno y recepcionadas por el Poder Constituyente en normas iusfundamentales de conducta con niveles de garantía no uniforme.

Para el contexto germano de la jurisdicción constitucional, fuertemente escorado hacia una jurisprudencia de valores, destaco las palabras certeras de Habermas (2000: 171):

En lo que concierne a la juridificación de la política, el Tribunal Constitucional desempeña, ciertamente, un desafortunado papel en la medida en que ejerce funciones de una especie de legislador lateral. El Tribunal no debería confundir la Constitución con un «orden concreto de valores» y en los procedimientos de control de normas se debería limitar en lo esencial a vigilar que la producción de derecho haya tenido en efecto carácter democrático, es decir, a vigilar que en la producción legislativa se cumplan efectivamente los exigentes presupuestos normativos del proceso democrático.

Efectivamente los derechos fundamentales en su positividad pueden asumir la forma de reglas y principios, en que los segundos pueden ser concebidos como «mandatos de optimización», llamados a ser cumplidos en distinto grado y confiriéndole al legislador un importante margen de desarrollo normativo infraconstitucional. Pues bien, se usa la distinción reglas-principios para degradar la protección constitucional de derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos «verdaderos» (derechos civiles, en especial los de contenido patrimonial) o derechamente para negar su entidad de derechos¹⁶.

Colofón del tratamiento de los derechos fundamentales como reflejo de un sistema material de valores, es la afirmación de una dimensión subjetiva y dimensión

¹⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso Peña Wassaf nos obliga a matizar este juicio, aunque también nos obliga a su crítica recogida en el trabajo: «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2008.

objetiva de estos, que permite la irradiación de los derechos en las tres funciones tradicionales del poder del Estado: los bienes jurídico-constitucionales adquieren una entidad objetiva y propia frente al legislador, vincula a la actuación del Gobierno y de la Administración, y también vincula la interpretación y aplicación judicial del derecho material (Guastini 2003: 153-164).

La mentada irradiación y constitucionalización del derecho, sin los debidos matices, refuerza esta disposición metodológica que hemos denominado «fetichismo constitucional» y el escoramiento (neo) iusnaturalista; y también contribuye a cuestionar la primariedad de la ley como fuente formal del derecho e instrumento idóneo para el desarrollo infraconstitucional de los derechos fundamentales.

2.8. El Tribunal Constitucional es pieza clave del balance de poder

El Tribunal Constitucional por carecer de legitimidad democrática, debe deferencia a los poderes públicos democráticos, y por ende, debe contribuir a la legitimidad constitucional: al *checks and balances* del sistema político institucional.

El Tribunal Constitucional no es un «poder moderador» o árbitro del sistema político institucional como se ha sostenido erradamente en nuestro medio; la democracia constitucional no conoce de un árbitro, sino basalmente del autogobierno del pueblo.

La doctrina del «poder moderador» (intermediario o arbitral) de Constant y los «liberales doctrinarios» pertenece al arsenal teórico-ideológico de las monarquías limitadas del siglo XIX post Santa Alianza que intentan conciliar el principio monárquico y el principio democrático-burgués y al arsenal más contemporáneo de las autocracias como lo demuestra Schmitt al depositar la guarda de la Constitución en el Presidente primero y en el Canciller del Reich alemán más tarde, «fundado» en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 (Schmitt 1985: 257-261).

Por ello, en clave democrático republicana se hace urgente reformar la Constitución y la ley orgánica del Tribunal Constitucional para hacer responsables jurídicamente, aunque limitadamente, a los jueces constitucionales que integran el órgano del poder que ejercen.

En las antípodas de un Tribunal Constitucional deferente y autolimitado, que reconoce su precaria legitimidad y tasa su competencia en función del balance de poder, es desarrollar un activismo judicial basado en un modelo de «juez constitucional» comprometido con la democracia constitucional y sus valores perennes o filosofía perenne (derecho natural), un juez-tribunal de reciedumbre hercúlea frente a los conflictos y las presiones. Tal «juez constitucional» no existe, es una mera construcción

ideológica, para enmascarar un activismo judicial valórico o ideológico bajo el pretexto de defender la Constitución y sus «valores», «filosofía» o «espíritu».

2.9. El Tribunal Constitucional es parte basal de una decisión básica acerca de la forma de Estado: una república democrática y no solo pieza del Estado del Derecho

El Tribunal Constitucional debe tener un lugar en el orden republicano democrático y no solo debe ser responsable por la vía de someter sus decisiones a estándares político-constitucionales, dogmáticos y hermenéuticos sólidos y aceptados; sino debe estar sometido a un sistemático control social y político.

En la perspectiva de *Constitutione y lege ferenda* pueden incorporarse algunas ideas acerca de la inserción de esta Judicatura en el cuadro institucional; *verbigratia* informar al Congreso Nacional una vez al año acerca del Balance (Cuenta Pública) de su labor institucional, así como informar efectivamente a la sociedad toda de su labor. Sin perjuicio de ello, la ley orgánica debería prever un nexo institucional permanente del Congreso Nacional y sus comisiones (Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Nacionalidad, Ciudadanía y Derechos Humanos) con el Tribunal Constitucional, como ocurre con otras instituciones contramayoritarias y autónomas como el Banco Central. También se hace necesario abordar un perfeccionamiento del estatuto constitucional-legal de los jueces constitucionales actualizando sus prohibiciones y régimen de inhabilidades, posibilitando promover las incidencias en estas a las partes, precisamente a la luz del control concreto de constitucionalidad, que por definición concierne a los extremos fácticos de la «gestión» que le sirve de hipótesis o presupuesto procesal.

También en materia de estatuto de los jueces constitucionales, con sujeción a las normas iusfundamentales acerca del nombramiento de estos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se puede abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional. Ello permite corregir los claroscuros de la «votación secreta» de la Corte Suprema, los claroscuros de la negociación parlamentaria y la oscuridad del nombramiento presidencial, según las reglas del artículo 92 de la Constitución.

Un símil a este mecanismo de publicidad, transparencia y mérito, se produce con la suerte de *hearings* o audiciones abierta a instituciones y sociedad civil, que hoy se emplea con motivo del derecho de confirmación senatorial de nominaciones

de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de Fiscal Nacional, o de consejeros o directores del Banco Central (artículo 53 números 5 y 9).

En otro orden de materias se hace necesario establecer un completo sistema de implicancias y prohibiciones enjuiciables para los jueces constitucionales.

2.10. El Tribunal Constitucional es el custodio e intérprete supremo de la Constitución

El Tribunal Constitucional debe ser el «custodio» o guardián de una Constitución democrática y supremo, aunque no único ni exclusivo, intérprete de la Constitución; poniendo en la «lectura» de las normas iusfundamentales de relieve el valor democratizador y de apertura ideológica de las 17 reformas a la Carta desde 1989, y por ende no ser guardián de una Constitución otorgada y autoritaria como la de 1980. De este modo, la archicitada y venerada sentencia del Chief Justice Evans Hughes en orden a que «[...] más la Constitución es lo que los jueces dicen que es», resulta simplemente inaceptable en sus términos de acusado panjudicialismo en una república democrática, en que la custodia e interpretación de la Constitución esta abierta a las instituciones y la ciudadanía (Hughes 1971: 7).

El anclaje hermenéutico de la Constitución en el pasado no es neutro, no solo es inconsistente con las reglas hermenéuticas decantadas por la doctrina y jurisprudencia; sino que permite anclar a la Judicatura Constitucional en una interpretación originalista (sea en clave «textualista» o «intencionalista») que edifica una inexistente historia fidedigna de la Constitución, transformando la opinión de los juristas de época (como el archicitado comisionado Jaime Guzmán E.), adictos o ideólogos del autoritarismo, en una suerte de sucedáneo de las «tablas de la ley», de autorizada opinión de los nuevos «quirites» o de los nuevos «juristas imperiales» (Zagrebelsky 2005: 87-91).

El mencionado anclaje en el pasado y en el originalismo va de la mano de un iusnaturalismo o neiusnaturalismo, que adopta la apariencia de una lectura de la Constitución desde su «filosofía» o «doctrina», desde sus valores y principios, es decir el sustrato ideológico autoritario y neoliberal. Este anclaje al pasado coincide con la renuencia a reformar la Constitución o a dictar una nueva Constitución¹⁷.

¹⁷ Sobre una visión iusnaturalista en buena síntesis es el trabajo del profesor José Luis CEA EGAÑA. «Derecho natural y nuevo constitucionalismo». Conferencia Inaugural III Jornadas Internacionales de Derecho Natural, P.U.C. de Chile, 17 de octubre de 2007. Sobre la conexión valores y principios con la creación judicial de derecho es útil el libro de Luis PRIETO SANCHÍS. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Perú: Palestra-Temis, 2005, en especial pp. 246-256.

Otro desvarío en la lectura de la Constitución, con propósitos garantistas, es aquel que pretende insuflar la Constitución formal de una materialidad iusfundamental denominada «bloque constitucional de derechos» al asilo del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, pretendiendo así que el Tribunal Constitucional se erija en un tribunal de amparo de derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, ensanchando el Derecho de la Constitución casi sin límites, y de este modo rematerializando el Derecho Constitucional se produce la quiebra definitiva del sistema de fuentes del derecho, la primariedad de la ley y el principio democrático¹⁸. Este desvarío, probablemente imbuido de loables propósitos garantistas, contribuye a la «inflación de derechos» y al activismo judicial.

2.11. Teoría y práctica del Constitucionalismo democrático y social para una Constitución del siglo XXI y una Jurisdicción Constitucional orgánica y de la libertad

El Tribunal Constitucional, desde una Constitución abierta, debe admitir también una lectura de la Constitución democrática, progresiva y evolutiva y de cara a las instituciones, la sociedad y la ciudadanía (Prieto Sanchís 1999: 87-90).

La teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social debe hacer un aporte a una lectura abierta de la Constitución desde el Tribunal Constitucional y desde la «sociedad abierta de los intérpretes» de la Constitución, en la que «no hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales» (Häberle 1996: 17-45).

El constitucionalismo democrático y social debe rescatar del viejo-nuevo republicanismo democrático la edificación de una democracia constitucional basada efectivamente en el principio democrático (regla de mayoría y no dominio de mayorías, como observa Kelsen), es decir, en el ideal de autogobierno del pueblo, y los derechos fundamentales (todos contramayoritarios), deben reforzar la dignidad y autonomía de individuos libres e iguales, únicos que pueden ser ciudadanos plenos en una sociedad política moderna. El ideal de autogobierno aleja al Estado de un simple sistema de dominación política que monopoliza la fuerza legítima, expresión alienada de la forma política y permite abrir caminos a la política democrática, no subordinándola a la economía o su expresión sublimada el mercado, y somete a los partidos a un régimen de competencia pluralista por el voto popular,

¹⁸ La doctrina del «bloque constitucional de derechos» con un nuevo concepto de derechos fundamentales sobre la base de la dignidad humana como presupuesto es expuesta por el profesor Humberto NOGUEIRA ALCALÁ y está recogida en buenos trabajos, siendo una síntesis su reciente libro *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I. Santiago: Cecoch-Librotecnia, 2007, pp. 13-65.

obligándolos a mejorar la calidad de la política y al personal profesional de la política. Ello permite reivindicar la política democrática para los cambios y emplear al Estado como un actor y promotor del bienestar social proveyendo o asegurando bienes-servicios públicos.

Dos peligros reales soporta la democracia constitucional, al incrustar una institución contramayoritaria con la misión de custodiar la Constitución (y sus contenidos contramayoritarios): el peligro de la «tiranía de los valores» a cargo de una aristocracia togada y el peligro del «gobierno de los jueces». A no olvidar aquí que la tiranía de las mayorías que se quiere corregir con instituciones contramayoritarias y se amolda a una democracia plural hoy abierta a la protección de las minorías, tiene un origen histórico muy preciso de salvaguarda de intereses de clase en la democracia norteamericana (Ross 1989).

El peligro de la «tiranía de los valores» por la casta de los jueces se amortigua en su vinculación a la Constitución, a la integración plural y de excelencia del Tribunal Constitucional y a la sujeción a los estándares del control jurídico.

El peligro del «gobierno de los jueces» o del Estado Judicial de Derecho es un peligro real, más allá de la literatura gala de la época de entreguerras (Lambert 1921) acerca del Tribunal Supremo norteamericano y la legislación del *New Deal* de Roosevelt, que tanto pesó en Francia en materia de control de constitucionalidad en el periodo de entreguerras y posguerra y también en el resto de Europa, todo lo que contribuyó a preferir el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional (Favoreu 1988 y 1994, Rousseau 2002)¹⁹.

Este «gobierno de los jueces» también puede ser resultado de un sistema político disfuncional o de una deficiente clase política, que pretende soluciones judiciales a problemas políticos. El peligro del «gobierno de los jueces» se amortigua con la deferencia frente a los poderes públicos y con el comodín de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (Linares Quintana 1978, III: 433-531).

Finalmente, cabe anotar que el modelo kelseniano resulta más apropiado para los sistemas jurídicos de origen románico-germánico o de Codificación (M. Cappeletti), por lo que la convergencia de modelos (concentrado-difuso) que se observa comparadamente, debe salvar a favor un sistema de monopolio del contencioso constitucional. Ello a pesar o a riesgo de que el control concreto de constitucionalidad o con mayor razón el amparo constitucional extraordinario, contamine a la Judicatura Constitucional con los intereses y extremos fácticos del juicio o «gestión»

¹⁹ Sobre la utilidad del término «gobierno de los jueces» consultar al jurista galo TROPER, Michel. *Ensayos de teoría constitucional*. México D.F.: Fontanamara, 2004, reimpr. 2008, pp. 127-148.

seguido ante los jueces del fondo, como bien anotaba críticamente P. Calamandrei (1973) al comentar la «cuestión de inconstitucionalidad» italiana.

Con todo, la convergencia de modelos y el influjo de esta en la configuración de nuestro sistema de jurisdicción constitucional es una realidad, que nos exige cuidar la posición del Tribunal Constitucional en el Estado y en el balance de poder.

En último término en la posición del Tribunal Constitucional en el balance de poder y en los espacios públicos para la política, se juega si nuestra democracia constitucional va a más o menos democracia. Esto significa que la democracia constitucional no se define por su sistema de jurisdicción constitucional (más aún algunas sólidas y viejas democracias no poseen tal sistema), sino que tal sistema define los límites de la democracia constitucional (Ackerman 2007: 112-117).

3. Conclusiones

Nuestro planteamiento acerca de la difícil posición del Tribunal Constitucional y su problemática legitimidad constitucional en nuestra democracia constitucional, expuesto al modo marxiano de XI tesis y una apelación de síntesis de teoría y práctica constitucional, desde un método positivista crítico reivindica una aproximación del constitucionalismo democrático y social para la construcción de una más plena república democrática y Estado social. Este trabajo crítico tropieza inevitablemente con temas muy gruesos de la dogmática constitucional que son objeto de vivo debate resultando imposible abordarlos en este lugar, y que en sus posiciones teórica-metateóricas de horizonte iusnaturalista se expresan en los aportes de dos de los más prolíficos autores nacionales citados (Cea Egaña y Nogueira Alcalá), aportes que hemos criticado; a los cuales solo les puedo recordar un viejo refrán, que de tiempo en tiempo me recuerda mi maestro y antiguo profesor de la Universidad de Chile, Mario Verdugo M.: «*amicus Plato sed magis amica veritas*».

Con motivo de la sentencia comentada brevemente a título de pretexto en el encabezado de este trabajo, y al calor del debate público-ciudadano que generó la sentencia del Tribunal Constitucional, en su defensa el obispo D. Alejandro Goic, presidente de la Conferencia Episcopal en la nonagésima quinta versión de la Asamblea del organismo en Punta de Tralca, sostuvo: la «opinión de la mayoría no es la correcta» [...] «la verdad no se construye con opinión pública mayoritaria o minoritaria» (diario *La Nación*, 15 de abril de 2008). Broche de oro es puesto en la homilía de fiestas patrias por el cardenal Francisco Javier Errázuriz:

Agradecemos también las aportaciones que hace la Contraloría General de la República a la superación de la corrupción y de las malas prácticas administrativas.

Te alabamos, Padre; porque tanto ella como el Tribunal Constitucional trabajan a conciencia, pensando en el bien de Chile, y sin temor al malestar que muchas veces causarán sus dictámenes o sentencias, ajustándose a la Constitución y a nuestro ordenamiento legal. (Diario *El Mercurio*, 19 de septiembre de 2008, C 4)

Precisamente en estas afirmaciones de vocería política-eclesiástica confesional reside el corazón argumental en defensa de las instituciones contramayoritarias y de la tiranía de los valores.

A modo de *dejà vu* la debatida cuestión de la píldora del día después (anticoncepción de emergencia basada en levonorgestrel) que se remonta al año 2001, tiende a eternizarse y su penúltimo acto es un dictamen de Contraloría General de la República, ejerciendo su potestad dictaminadora *ultra vires*, hace una «interpretación auténtica» (general y obligatoria) para funcionarios públicos municipales de la comentada sentencia del Tribunal Constitucional, entendiendo que los municipios quedan comprendidos por la sentencia al integrar sus servicios y establecimientos la red asistencial de servicios de salud y jurídicamente impedidos de «implementar planes y/o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario» (Dictamen 3156, de 16 de junio de 2009). Esta decisión del organismo contralor vino a reavivar el debate público sobre esta cuestión y el estatuto del no nato.

De este modo la separación derecho-moral, la laicización y secularización del orden político fundamental contenido en la Constitución hace necesario reivindicar un mínimo ético, un «patriotismo de la Constitución», como basamento cohesivo e identitario, que por su positividad iusfundamental vincule a los detentadores y destinatarios del poder, y en especial al Tribunal Constitucional, alejándolo de patologías como el «fetichismo constitucional», el originalismo y el «(neo) iusnaturalismo» que colocan a esta Judicatura fuera de su posición en la democracia constitucional al favorecer el activismo y consiguientemente insertan a esta Judicatura en una espiral de creciente pérdida de legitimidad. El Tribunal Constitucional como custodio de la Constitución, lo es de un «orden jurídico fundamental» constituido de reglas de conducta y reglas de competencia, que en lo referido a la producción de normas, reserva el control de constitucionalidad al proceso democrático de creación de derecho, y no a la guarda de un supuesto «orden suprapositivo de valores sustanciales» (Habermas). De las decisiones del Tribunal Constitucional no se espera la «verdad», sino simplemente la composición de conflictos constitucionales con sujeción al Derecho de la Constitución. La posición del Tribunal Constitucional exige admitir que no hay Estado de Derecho hoy sin democracia, sin deliberación pública y sin

espacio para la política. Por ello mismo, el argumento de Zagrebelsky en orden a que la «justicia constitucional protege la república y por eso limita la democracia [...]», conservando que la «cosa común» (gobierno), no es sino una reactualización del anunciado peligro de «dictadura de la mayoría», dejando sin resolver la «tiranía de la minoría» o «gobierno de los jueces», y la misión básica de este sistema que es asegurar los derechos de las minorías, en particular, las excluidas del proceso de adopción de decisiones políticas y asegurar que las reglas del sistema político institucional funcionen, admitiendo un espacio central para la política, porque el control judicial de los actos del poder, es por definición un control de ultima ratio (Habermas 2000: 77, Zagrebelsky 2008: 100-102).

Nos recuerda el filósofo crítico alemán J. Habermas (2000):

Tampoco puede tomarse la sugerencia de que el orden político de una comunidad moderna podría apoyarse en un consenso de fondo que se hubiese establecido en términos cuasinaturales y, por lo tanto, incuestionados. Lo que une a los miembros de una sociedad definida por el pluralismo social, por el pluralismo cultural y por el pluralismo en lo referente a las concepciones últimas del mundo, son primordialmente los principios y procedimientos abstractos de un orden republicano «artificial», es decir, generado en el medio del derecho. Estos principios constitucionales solo pueden echar raíces en las motivaciones de los ciudadanos, después de que la población haya hecho buenas experiencias con sus instituciones democráticas y se haya acostumbrado a esa situación de libertad política. Es entonces cuando aprende también a entender la República y su Constitución como un logro histórico obtenido en cada caso desde el propio contexto nacional. Sin la posibilidad de hacerse presente así la historia, tampoco pueden surgir esa clase de vínculos a los que vengo llamando «patriotismo de la Constitución».

En el plano puramente político institucional de la democracia constitucional el establecimiento del Tribunal Constitucional o «revisión judicial» se inscribe en la quiebra teórico-práctica del principio de separación de poderes, pero para preservar la distribución funcional-territorial de poderes, y la distinción Estado-sociedad civil-economía, arreglo institucional al que democracia norteamericana tempranamente, aunque difícilmente, arribó al atemperar la separación de poderes con la doctrina de los frenos y contrapesos propia del Gobierno mixto o limitado (Vile 2007). Precisamente, por estar situado en el balance de poder político el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, tiene una competencia tasada y se subordina a la forma judicial, adoptando todas las autolimitaciones que preserven esta posición y aseguren su legitimidad constitucional, en tal medida puramente instrumental.

Para concluir, resta afirmar en este trabajo acerca de la posición del Tribunal Constitucional y su problemática legitimidad, una apelación, reiterada en cada una de las tesis enunciadas, a la difícil o paradójica democracia: a la deliberación pública, al «mercado de las ideas» constitucionales y espacio de ciudadanía para la solución de los problemas colectivos. La difícil democracia es la democracia real pletórica de «promesas» (igualdad democrática, interés común, igualdad y desaparición de oligarquías, progresiva democratización de la sociedad, transparencia y educación y virtud, recogiendo la enumeración de Greppi [2006: 16-19]), «promesas» en gran medida incumplidas o negadas por la tosca materia. Es una apelación a la política democrática y sus actores. Difícil o paradójica democracia (Bobbio 1985b: 5-25) a la que apelamos en la época de la «democracia constitucional», dominada por una lógica elitista, mediática, técnica, de primacía de la economía y el mercado, de los derechos fundamentales civiles de contenido patrimonial y por la presencia creciente de dispositivos contramayoritarios; entre los que destaca en lo que nos interesa el Tribunal Constitucional y la «lógica de la Constitución». Luego la apelación a la ciudadanía, al espacio público de las ideas, a la democracia deliberativa, al patriotismo constitucional, al valor de las formas de la democracia, en suma, a la lógica de la política democrática, encuentra en la realidad o facticidad escollos que parecen a veces insuperables. Se observa en la era de la «democracia constitucional», lo que Crouch (2004: 145-168, en especial) denomina «posdemocracia», caracterizada por un declive de la política reflejo del desequilibrio que actualmente se produce entre los intereses empresariales y los de prácticamente el resto de los grupos de la sociedad pluralista; lo que exige detener el dominio de las élites empresariales o de los *managers* del capital financiero global, con políticas que reformen el ejercicio de la política por sus élites (en, sobre y contra de los partidos) y con medidas que permitan la participación de los ciudadanos en todos los niveles del espacio de ciudadanía. La «posdemocracia» tiene como telón de fondo el «consenso de Washington» y una visión ideológica acerca de la modernización y de la razón técnica, que es funcional al predominio de las élites, que en un mundo globalizado, tras crisis financieras como la de septiembre de 2008, imponen a la política y al Estado el costo del «salvataje» dejando cautivo a las economías de todos los países de la amenaza de un «riesgo sistémico».

En este contexto parece surgir una oportunidad para la política democrática y el principio democrático, que restaure un lugar para el Estado nacional y los espacios públicos de deliberación de la ciudadanía que se sobrepongan al mercado y la economía, ante las cuales todo lo sólido se desvanece; en suma una política democrática que permita un balance de poder en que la «lógica de la Constitución» y el Tribunal Constitucional tengan una posición definida y una legitimidad instrumental plena.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce

2007 *La nueva división de poderes*. J. M. Salazar y I. E. Sandoval (traductores). México D.F.: FCE.

AGUILAR C., Gonzalo

2008 «Hacia un sistema integral de derechos humanos: un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno «sobre la píldora del día después». *Ius et Praxis*, Año 14, N° 1, pp. 347-362.

ALEXY, Robert

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. E. Garzón V., R. Zimmerling (traductores). Madrid: CEC.

BACHOF, Otto

2008 *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* L. Álvarez A. (traductor). Lima: Palestra.

BAUM, Lawrence

1994 *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*. C. Piña (traductor). Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

BEARD, Charles A.

1968 *An Economic Interpretation of The Constitution of the United States*. Vigésima segunda edición. New York: Macmillan Co.

BICKEL, Alexander

1986 *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edición. New Haven: Yale University Press.

BOBBIO, Norberto

1985 *El futuro de la democracia*. J. Moreno (traductor). Barcelona: Plaza y Janes.

1985 «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos». En *Crisis de la democracia*. J. Marfá (traductor). Barcelona: Ariel.

2002 *El filósofo y la política. Antología*. Estudio Preliminar y compilación J. Fernández Santillán, prefacio N. Bobbio. México D.F.: FCE.

2003 *Teoría general de la política*. Edición de M. Bovero. Madrid: Trotta.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.

1998 *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial.

CALAMANDREI, Piero

1973 *Derecho Procesal Civil*. S. Sentís Melendo (traductor), tomo III. Buenos Aires: EJE.

CAPPELLETTI, Mauro

- 1986 «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Madrid: CEC.
- 1987 *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. México D.F.: UNAM.
- 1990 *Le pouvoir des juges*. París: P.U. d'Aix Marseille-Económica.

CASAS B., Lidia y Jorge CONTESSE S.

- 2006 «La píldora del día después». Documento de Trabajo. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

CEA EGAÑA, José Luis

- 2007 «Derecho Natural y Nuevo Constitucionalismo». Conferencia Inaugural III Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Pontificia Universidad Católica de Chile.

CROUCH, Colin

- 2004 *Posdemocracia*. F. Beltrán (traductor). Madrid: Taurus.

DAHL, Robert

- 2003 *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* P. Gianera (traductor). Argentina: FCE.

DAMASKA R., Mirjan

- 2000 *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. A. Morales V., colaboración P. Ruiz-Tagle V. (traductores). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

DEWEY, John

- 1944 *El pensamiento vivo de Jefferson*. L. Echavarrí (traductor). Buenos Aires: Losada.

DUGUIT, Leon

- 1996 *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Presentación y traducción de P. Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ELY, John Hart

- 1995 *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Undécima edición. Cambridge: Harvard University Press.

FAVOREU, Louis

- 1988 «Modele Americain et Modele Europeen de Justice Constitutionnelle». *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Vol. IV.
- 1994 *Los Tribunales Constitucionales*. M. Carrillo (prólogo) V. Villacampa (traductor). Barcelona: Ariel.

FERRERES COMELLA, Víctor

- 1997 *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

FRIEDMAN, Lawrence M.

1988 *Introducción al derecho norteamericano*. J. Vergi i Grau (traductor). Barcelona: Bosch.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto

1993 *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GOMES CANOTILHO, José Joaquín

1989 *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*. Cuarta edición. Coimbra: Livraria Almedina.

2003 *Teoría de la Constitución*. C. Lema Añón (traductor). Madrid: Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III, Dykinson.

GREPPI, Andrea

2006 *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta.

GUASTINI, Ricardo

2003 *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Fontanamara: Edita IJJ-UNAM.

HÄBERLE, Peter

1996 *Retos actuales del Estado constitucional*. Oñate: IVAP.

HABERMAS, Jürgen

2000 *Más allá del Estado nacional*. M. Jiménez Redondo (traductor). México D.F.: FCE.

HAMILTON, A., J. MADISON y J. JAY

1987 *El Federalista*. G. Velasco (traductor). México: FCE.

HUGHES, Charles Evans

1971 *La Suprema Corte de los Estados Unidos* (prólogos A. Carrillo F. y apéndice W. J. [1946] Brenann Jr.). Segunda edición corregida y aumentada. México D.F.: FCE.

KÄGI, Werner

2005 *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Estudio preliminar F. Fernández Segado. S. Díaz R.- J.J. Reyven (traductores). Madrid: Dykinson.

KELSEN, Hans

1977 *Esencia y valor de la democracia*. I. de Otto Pardo (prólogo). R. Luengo T. y Luis Legaz L. (traductores). Barcelona: Labor.

1995 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

LAMBERT, Edouard

1921 *Le Gouvernement des Juges et la lutte contra la Législation sociale aux Etats- Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionalité des lois*. París: Girad.

LINARES QUINTANA, Segundo

1978 *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Segunda edición, 9 vol., t. III. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de

1985 *Del espíritu de las leyes*. (Traducción Nicolás Estévez y Estudio Preliminar Daniel Moreno). Sexta edición. México D.F.: Porrúa, 1985

MUÑOZ MACHADO, Santiago

2004 *Constitución*. Madrid: Iustel.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

2007 *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago: Cecoch-Librotecnia.

PETERSON, Merrill D. (editor y compilador)

1988 *Thomas Jefferson. Cartas y escritos escogidos*, (traducción E. Abelleira y M.R. Bengo-
lea). Buenos Aires: Edic. Tres Tiempos,

PRIETO SANCHÍS, Luis

1999 *Constitucionalismo y positivismo*. Segunda edición. México D.F.: Fontanamara.

2005 *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra-Temis.

ROSS, Alf

1989 *¿Por qué democracia?*. R.J. Vernengo (traductor). Madrid: CEC.

ROUSSEAU, Dominique

2002 *La justicia constitucional en Europa*. T. Freixes Sanjuán (estudio). I. Ortiz Pica (traductor). Madrid: CEPC.

ROUSSEAU, Jean Jacques

1983 *El contrato social*. Madrid: Ediciones Sarpe.

RUBIO LORENTE, Francisco

1993 *La forma del poder (Estudio sobre la Constitución)*. Madrid: CEC.

SARTORI, Giovanni

1965 *Aspectos de la democracia*. R. Castillo D. (traductor). México: Limusa-Wiley.

SCHMITT, Carl

1983 *La defensa de la Constitución*. Pedro de Vega (prólogo). M. Sánchez Sarto (traduc-
tor). Madrid: Tecnos.

1985 *La dictadura*. José Díaz García (traductor). Madrid: Alianza Editorial.

- SUNSTEIN, Cass R., David SCHKADE, Lisa M. ELLMAN y Andres SAWICKI
2006 *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- TROPER, Michel
2004 *Ensayos de teoría constitucional*. México D.F.: Fontanamara.
- VÁSQUEZ, Rodolfo
1998 *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- VILE, M. J. C.
2007 *Constitucionalismo y separación de poderes*. J. Varela (presentación). X. Bastida (traductor). J. Varela (revisión). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ZAGREBELSKY, Gustavo
1995 *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. G. Peces-Barba (epílogo). M. Gascón (traductor). Madrid: Trotta.
2005 *Historia y Constitución*. M. Carbonell (prólogo y traductor). Madrid: Trotta.
2008 *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. M. Martínez N. (traductor). Madrid: Trotta.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco
2005 «Reforma constitucional. Presente y futuro». En Humberto Nogueira Alcalá (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago: Librotecnia.
2006 «Control de constitucionalidad de la Reforma Constitucional». *Estudios Constitucionales*. N° 2, Año 4, CECOCH. Santiago: U. Talca.