

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 596, ENERO 2022

HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

El problema de la defensa de la Constitución

CARLOS PEÑA



RESUMEN

- El tema de cómo asegurar que en la producción de la ley se respeten los compromisos constitucionales es uno de los asuntos que ocupa a la literatura desde que apareció la moderna democracia de masas.
- ¿Deberán ser los jueces ordinarios o de Casación quienes, a propósito de los casos concretos, aseguren el cumplimiento de la constitución o debe existir un órgano especializado que administre los límites entre la política y el derecho?
- Adoptar la primera alternativa reestableciendo el control de constitucionalidad que poseía la Corte Suprema en la Carta de 1925 supone renunciar al control del Legislativo. Este último exige —como lo sugirió Kelsen a inicios del siglo XX— la existencia de un Tribunal Constitucional integrado por juristas profesionales e independientes, capaces de discernir jurídico-políticamente.
- Sin ese control, la mayoría queda entregada a sí misma, un riesgo que el control constitucional, desde inicios del siglo XX, ha intentado evitar.

CARLOS PEÑA es Rector de la Universidad Diego Portales y profesor de la Universidad de Chile. Sus últimas publicaciones son *Pensar el malestar* (Taurus, 2020); *La mentira noble* (Taurus, 2020); *El desafío constitucional* (Taurus, 2020); y *La política de la identidad ¿El infierno son los otros?* (Taurus, 2021).



INTRODUCCIÓN

Las preguntas acerca de la justicia constitucional —qué la fundamenta, qué relaciones posee con la democracia y cómo debe organizarse— están en el centro del actual debate. Y para resolver el viejo problema de quién tiene la última palabra a la hora de decidir lo que debe suceder en el Estado (Hassemer 2001,118), es necesario responderlas.

Para hacerlo dividiré lo que sigue en tres partes: en la primera intentaré examinar algunas cuestiones conceptuales que son propias del trabajo del jurista, en especial la distinción entre el control concebido como resolución de antinomias y el control sustantivo de las decisiones legislativas y los problemas asociados. En la segunda, y una vez que haya determinado lo que debe entenderse por control constitucional, me detendré en el problema del fundamento que lo asiste, es decir, las razones que justifican instituir un mecanismo para controlar, en una democracia, las decisiones de la mayoría. Esta cuestión es, por decirlo así, de índole filosófica; aunque, como espero mostrar, no carece de consecuencias prácticas. La respuesta a la pregunta de cómo debe organizarse el control constitucional depende en una medida importante de cuál sea la razón para establecerlo. Una vez dilucidado ese problema, me referiré, en la tercera parte, al diseño de la justicia constitucional y haré alguna referencia al caso de Chile.

Lo que sostendré, en apretada síntesis, es que el control de constitucionalidad posee un fundamento contra mayoritario; que ese fundamento si bien es antiguo se consolida en el siglo XX frente a la democracia de masas; que esta última demanda un momento de incondicionalidad para la política y que esa función la cumple la Constitución en la medida que regula la producción del derecho y las inmunidades frente al poder; que por lo mismo el control constitucional supone el control de la política por el derecho y exige a los jueces constitucionales atender a ambos lados de ese límite; que los jueces ordinarios carecen de legitimidad para ejercer esa función y que, si se le confiere, se acaba politizando la justicia. La conclusión entonces es que la defensa de la Constitución debe estar a cargo de una Corte o Tribunal Constitucional, integrado por juristas de reconocida trayectoria, elegidos por amplias mayorías que asegure, o haga probable, la independencia en su desempeño.

Pero antes de alcanzar esas conclusiones, es necesario comenzar, como anuncié, por lo que debemos entender por control constitucional.



LA CONSTITUCIÓN EN LA MODERNA DEMOCRACIA DE MASAS: ¿CONTROL FORMAL O SUSTANTIVO?

En su famoso escrito sobre el defensor de la Constitución, Carl Schmitt estructura su análisis sobre la base de distinguir entre lo que hace un juez ordinario cuando, frente al hecho que trata de subsumir, existe concurso de normas de distinta jerarquía, por una parte, y el control de las decisiones del Legislativo o el Ejecutivo, por la otra. La opinión de Schmitt es que se trata de cosas distintas, y que el problema del defensor de la Constitución se relaciona con la segunda de esas situaciones. Esa distinción de Schmitt —empleada en su texto para argüir contra la existencia de una Corte Constitucional— puede ser muy útil para identificar el real problema que está en juego. Haciendo pie en esa idea, podemos distinguir entre la defensa que pudiéramos llamar “formal” de la Constitución, y lo que pudiéramos llamar una defensa “sustantiva” de la misma. Si bien Schmitt no emplea esos términos, la distinción que subyace a ellos puede ser muy esclarecedora.

En sentido meramente formal, el problema del control constitucional no sería más que un caso de antinomia entre reglas de distinta jerarquía que ha de resolverse siempre a favor de la superior (Schmitt 1931, 79, 80, 83). Si la tarea jurisdiccional se entiende, como la entiende Schmitt, como un problema de subsunción de un hecho bajo una regla, entonces la cuestión constitucional equivaldría a un concurso de reglas que debe ser resuelto a favor de la mayor jerarquía. Entendida de esta forma la cuestión constitucional se remonta mucho más atrás del momento en que aparece el moderno estado de derecho. Es, desde luego, anterior al famoso ensayo 78 del *Federalista* o al popular caso *Marbury versus Madison*. La práctica de ejercer el control judicial para asegurar la primacía del Imperio y sus reglas es antigua en el derecho anglosajón. Fue la tarea que durante los siglos XVII y XVIII, entre 1607 y hasta 1776, ejerció el Consejo Privado del Reino (*Privy Council*) que gobernó las colonias americanas. Y en la tradición continental, por su parte, el Abate Sieyès argumentó ya en el XVIII que los derechos particulares debían conciliarse con los derechos generales (Sieyès 2003).

De esta manera, entonces, la cuestión constitucional en el sentido que hemos denominado formal parece ser intrínseca a la existencia de un sistema de reglas de distinta jerarquía. Y esto es lo que explica que el problema aparezca de manera flagrante especialmente en los imperios o en los estados federales (Calabressi 2021, 36 y ss; Shapiro et al. 2002; Pos 1903).

Esa cuestión —podemos llamarla “meramente formal”— parece ineludible y da origen a cuestiones de sobra conocidas hoy por los juristas como la *Drittwirkung*, la derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, etc. Este problema formal sería propio de cualquier sistema normativo.

Pero, como es evidente, cuando se discute el diseño de la justicia constitucional en el moderno estado de derecho no es la cuestión puramente formal la que está en el centro de la escena. Para advertirlo, baste recordar que el problema de la justicia constitucional aparece en el derecho continental asociado a los desafíos de la democracia de masas que se revelaron en la primera parte del siglo XX y en particular luego de la Segunda Guerra Mundial (hasta entonces solo tres países poseían el control de la legislatura con la posibilidad de anular estatutos, Estados Unidos, Canadá y Australia: Shapiro et al. 2002).

Los estudios comparados —*v.gr.* el de Shapiro et al. 2002— han intentado encontrar algunos rasgos comunes a la expansión del control constitucional. Se han identificado el federalismo (que comparten Estados Unidos, Canadá y Australia); la división de poderes (que sería típica de la tradición francesa cuyo Consejo Constitucional equivaldría a una tercera cámara especializada); o la importancia de los derechos (como ocurre en el caso alemán o español).

Pero entre todos esos factores quizá el más relevante sea la necesidad de fundar la legitimidad de las decisiones que ya no pueden refugiarse en una tradición compartida o en una misma conciencia moral.

Los estudios comparados —*v.gr.* el de Shapiro et al. 2002— han intentado encontrar algunos rasgos comunes a la expansión del control constitucional.

Un buen ejemplo de ello es el alegato de Gustav Radbruch, seguido por Alexy, de un derecho suprallegal (Radbruch 1962; Alexy 1999). Lo que está en el fondo de ese alegato, aunque no se comparta la forma en que Radbruch intenta resolverlo, es la convicción de que la moderna democracia de masas —expuesta a la manipulación de liderazgos carismáticos o a los intereses circunstanciales que aparezcan como mayoritarios, como tempranamente lo advirtió Max Weber (1991, 245)— requiere de un momento incondicional que sirva de parámetro de legitimidad. En el poder, incluso de la mayoría, “se puede fundar un ‘tener que’, pero nunca un deber o un valor”, alega Radbruch. De ahí se sigue que se debe deferencia al derecho legislado, pero no más allá de lo razonablemente tolerable (Radbruch 1962, 35, 37), restando solo establecer un criterio que permita trazar ese límite. En otras palabras, el control constitucional en la sociedad moderna intenta resolver el problema de cuál es la fuente de legitimidad de las decisiones en una sociedad funcionalmente diferenciada y plural y en la que el poder unificador de la tradición ha desaparecido. Desde el punto de vista sociológico, la Constitución aparece como una forma evolutiva que es propia de las democracias contemporáneas; ella permite restaurar los lazos entre las reglas y el gobierno que habían sido rotos por la caída de la tradición medieval, permitiendo al mismo tiempo la cooperación en condiciones de alta diferenciación social (Grimm 2016, 14)

De ahí pues que, en un sentido sustantivo, la defensa de la Constitución aparezca como una defensa frente al legislador o al Ejecutivo (Schmitt, 1931, 93) o, si se prefiere, como un límite a la mayoría (Bickel 1986; Waldrom 2016, 196 y ss). Esa defensa, como se advierte, es de mayor entidad que la cuestión judicial de la antinomia o la salvaguarda de la consistencia del sistema normativo. En realidad, y cabe insistir en este punto, el diseño de la justicia constitucional en vez de ser un rival de la democracia es su indispensable contrapartida.

Por eso puede afirmarse que cuando se pretende resolver en Chile la cuestión del control por la vía de restaurar la práctica de la Carta de 1925 —es decir, mediante el reclamo de inaplicabilidad entregado a la Corte de Casación—, en realidad se está eludiendo el problema que, cabe insistir, no es meramente formal sino sustantivo.

Las consideraciones anteriores conducen a otra que se encuentra de alguna forma implícita en ellas. Se trata del sentido que cabe atribuir al texto constitucional. ¿Es la Constitución, ante todo, una regla suprema que garantiza la cooperación en un mundo plural, o se trata, en cambio, de un programa político, de una decisión acerca de la fisonomía que una comunidad reclama para sí? ¿Se trata de un contrato de cooperación y de convivencia en una sociedad diversa o, en cambio, de una decisión existencial adoptada al interior de lo que Schmitt llama un “orden concreto”? (Schmitt 2004). Hay quienes piensan (los liberales en un sentido amplio) que una Constitución es un conjunto de reglas que disciplinan la competencia pacífica por el poder. Ella sería un conjunto de reglas neutrales que confieren a todos los partícipes del juego democrático la oportunidad igual de hacerse del poder sin recurrir a la violencia. Escribir una Constitución y protegerla equivaldría entonces a establecer un coto vedado al poder (los derechos de las personas) y, junto con ello, un procedimiento para decidir pacíficamente quién lo ejerce. Una Constitución liberal no se pronunciaría por ninguna concepción de la vida en común, sino que crearía un ámbito para que todas compitieran entre sí. Pero hay también otra manera de concebirla. Es lo que piensan quienes afirman que una Constitución es una decisión sustantiva del pueblo acerca de sí mismo. Convenir una Constitución sería el acto en virtud del cual el pueblo (su modalidad más habitual es la nación) se constituiría como sujeto histórico, un proceso a través del cual el pueblo decide la forma de su existencia política. En esta forma de entender la Constitución —como una decisión del pueblo acerca de su ser, una forma de constituirse a sí mismo— no hay neutralidad alguna ni una simple composición de intereses. Lo que habría es un momento extraordinario en que el pueblo, sin sujeción a norma alguna, decide qué y cómo quiere ser.

¿Es la Constitución, ante todo, una regla suprema que garantiza la cooperación en un mundo plural, o se trata, en cambio, de un programa político, de una decisión acerca de la fisonomía que una comunidad reclama para sí?

Todo esto parece muy abstracto, pero de cada una de esas alternativas se siguen consecuencias muy distintas. Una Constitución concebida como un sistema de reglas en una sociedad plural aconseja una justicia constitucional de juristas capaces de manejar el límite entre el derecho y la política; en cambio, la otra alternativa conduce al abandono del control constitucional (salvo el que al inicio llamábamos meramente formal, que es lo que se ha insinuado como modelo en Chile al sugerirse revalidar el sistema de la Carta del 25) o a una defensa de la decisión que es puramente política o simbólica, tal como la que deja ver Schmitt.

Lo que enseñan buena parte de las sociedades contemporáneas es que la democracia desconfía epistémicamente de la mayoría por considerar que su racionalidad es imperfecta (según el modelo de Elster 2000, 105) o que ella descansa sobre una concepción moral (como, *vgr.*, la que ha defendido Dworkin 1996). Ambos puntos de vista conducen a la necesidad de que exista un control que asegure los derechos y la separación de competencias al interior del Estado. De lo que se trata, como en los inicios del siglo XX insistió Kelsen, es de “controlar el proceso de producción del derecho”. Este propósito, explica Kelsen en un temprano texto, está asociado a los esfuerzos por limitar el poder. Quienes disminuyen la posibilidad del control ven al poder como una continuación de la monarquía, casi con resabios teológicos, hipostasiado en un soberano que estaría, a fin de cuentas, radicado fuera del derecho. La condición lógica del derecho es, en cambio, piensa Kelsen, que él se reproduce a sí mismo, que regula las condiciones de su propia creación. Es verdad, podría decirse, que en situaciones de excepción es la simple facticidad la que irrumpe; pero el derecho no puede ser pensado desde la facticidad. Se requiere una perspectiva normativa que es indispensable para el moderno estado de derecho (Kelsen, 1929, 25,26). O, como prefiere Heller, es indispensable tener en cuenta que al hablar de derecho se alude a una relación entre normalidad y normatividad (Heller, 1968, 275). El derecho no puede ser pensado desde fuera de sí mismo, aunque lo que esté fuera posea el prestigio de la voluntad popular.

Lo que enseñan buena parte de las sociedades contemporáneas es que la democracia desconfía epistémicamente de la mayoría por considerar que su racionalidad es imperfecta.

Si eso es así, entonces es necesario detenerse en la relación que media entre la democracia y el control constitucional o, mejor todavía, en las razones que hacen admisible ese tipo de control al interior de la democracia.

Para ello, nada mejor que comenzar examinando las objeciones que se dirigen al control constitucional.



EL FUNDAMENTO DE LA DEMOCRACIA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Una de las objeciones más populares que ha recibido la justicia constitucional es lo que se conoce, desde un trabajo de Alexander Bickel (1986, 16), como la “dificultad contramayoritaria”: ¿por qué hemos de conceder a un puñado de funcionarios no electos —los miembros del Tribunal Constitucional— el poder de bloquear las decisiones de la mayoría que se expresan en la voluntad del gobierno o en la ley? ¿Por qué, si la mayoría decide algo, debemos permitir que un grupo de profesionales, por ejemplo los jueces del tribunal constitucional, tengan la facultad de rechazarlo? ¿Acaso no hay algo inconsistente en entregar el gobierno a la mayoría y al mismo tiempo dotar a un grupo de personas con la capacidad de controlarla? ¿En qué quedamos?, podríamos retóricamente preguntar. ¿En el gobierno del pueblo por el pueblo o en el gobierno del pueblo controlado por un grupo de juristas? ¿Quién manda a quién: el pueblo al pueblo o los juristas al pueblo? ¿Qué es lo que justifica, en suma, la existencia de la justicia constitucional, ya sea bajo la forma de un tribunal constitucional especializado o bajo la forma de la *judicial review*?

Por supuesto esas preguntas son retóricas y algo exageradas; pero subyace en ellas una queja razonable y una pregunta que requiere ser respondida: ¿cuál es la justificación para establecer sistemas de control de la voluntad popular?

Una de las respuestas más conocidas frente a ese tipo de preguntas es la teoría que Garzón Valdés ha llamado el “coto vedado de la democracia” (2000, 20). Este punto de vista sugiere que la democracia o, si se prefiere, la regla de la mayoría tiene límites sustantivos que ella no podría sobrepasar. En otras palabras, habría cosas que ni siquiera la mayoría podría acordar y, si lo hiciera, su decisión resultaría ilegítima e indigna de ser obedecida. Ese límite sustantivo serían los derechos básicos de las personas que ninguna mayoría debería pasar a llevar: por decirlo así los números cuentan, pero incluso en una democracia no tienen la última palabra.

La teoría del “coto vedado” no es, sin embargo, una teoría muy fuerte, capaz de resistir todas las objeciones. Desde luego, una teoría semejante obliga a sostener que el fundamento de los derechos, que serían el coto vedado a la voluntad popular, es independiente de la propia democracia y radica en algún punto de vista referido a la naturaleza humana (o a la racionalidad, como arguye Garzón) que, no obstante, es difícil de defender en un mundo diverso y plural (que se caracteriza justamente por la diversidad de puntos de vista razonables en asuntos como esos). Para decirlo en una palabra, si la democracia es el intento de hacer convivir pacíficamente a varios puntos de vista acerca de la naturaleza humana, no es fácil comprender cómo puede ella ser limitada haciendo pie en uno solo de esos puntos de vista. Como ha señalado Jeremy Waldrom —uno de los críticos de la teoría del “coto vedado”—, no

es posible establecer límites sustantivos a la democracia porque, si queremos escapar a la objeción que acabo de formular, tales límites deberían también ser adoptados en base a alguna regla simplemente procedimental como la regla de la mayoría, de manera que lo que se elude con el “coto vedado” más temprano que tarde acaba retornando. Finalmente, arguye Waldrom, la teoría del “coto vedado” es inconsistente con la propia noción de derechos. Si nos reconocemos mutuamente la titularidad de derechos es porque sabemos que tenemos autonomía moral y la capacidad de tomar nuestras propias decisiones, que es justamente lo que la teoría del “coto vedado” acaba desmedrando (Waldrom 1993, 49).

Este tipo de consideraciones son consistentes con la posición que, años antes, había sostenido John Ely de restringir el alcance de la justicia constitucional. Ely arguyó que la tarea de un tribunal constitucional no era cuidar cuestiones sustantivas o limitar a la mayoría, sino simplemente cautelar el procedimiento democrático y la igualdad de los partícipes (Ely 1997).

Las dificultades de justificar por esa vía a la justicia constitucional han llevado a la literatura a esgrimir otro tipo de explicaciones para fundamentar poner límites, mediante un mecanismo de control como el *judicial review* o una Corte especializada, al poder de la mayoría.

Así, por ejemplo, Elster y Ackerman han defendido lo que podríamos llamar la “teoría Ulises” para justificar la existencia de la justicia constitucional.

Finalmente, arguye Waldrom, la teoría del “coto vedado” es inconsistente con la propia noción de derechos.

Lo que ocurre, afirma Elster, es que el pueblo, al igual que Ulises, tiene una racionalidad imperfecta, es decir, sabe lo que es correcto y lo que es bueno para él (sabe, por ejemplo, que incluso la minoría tiene derechos), pero su voluntad es débil y a veces corre el peligro de flaquear frente a las tentaciones de la política cotidiana o frente a la intolerancia (amenazando, por ejemplo, a las minorías). Así, entonces, la justicia constitucional sería una técnica mediante la cual la mayoría que establece la Constitución se limita a sí misma para que, cuando se escuchen los cantos de sirena de la intolerancia o del autoritarismo, el pueblo, aunque quiera, no pueda seguirlos (Elster 2000).

Una variante de la “teoría Ulises” es la que ha elaborado Bruce Ackerman.

Ackerman ha sostenido que en la historia política de un país existen tanto momentos cortos o meramente gubernamentales como momentos largos o constitucionales (Ackerman 1999; Ackerman 1998, 409). En los primeros —los que podemos llamar momentos cortos, que serían los momentos ordinarios de la política— los gobernantes actúan en ejecución de un mandato popular y sus decisiones no pueden transgredir las acordadas previamente en momentos constitucionales. Estos últimos —los momentos constitucionales— supondrían un conjunto de requisitos de movilización y participación

popular de que carecen los momentos meramente gubernamentales. La función del control constitucional sería, pues, la de mantener diferenciados en la práctica constitucional los momentos gubernamentales y los momentos constitucionales a cuya confusión indiferenciada, en favor del descontrol, tenderían las facciones que han logrado representar a la mayoría. Así, cuando el Tribunal Constitucional esgrime una regla para bloquear la voluntad actual del gobierno o de la mayoría no estaría lesionando la voluntad del pueblo, sino que, de alguna manera, la estaría protegiendo contra sí misma. O, en otras palabras, el Tribunal Constitucional estaría protegiendo a la voluntad popular acordada en los momentos constitucionales (que serían momentos de especial igualdad y participación política) de la mayoría transitoria que aparece en momentos puramente gubernamentales, momentos que carecen de las especiales características de participación que serían propias de los momentos constitucionales. En otras palabras, habría según Ackerman dos tipos de política: la constitucional y la ordinaria. La primera sería superior a la segunda, y por eso el Tribunal Constitucional debe protegerla hasta que otro momento constitucional disponga lo contrario.

¿Cuál de esas formas de fundamentar el control constitucional es la correcta?

Lo que subyace a todos esos puntos de vista es la convicción de que la regla de la mayoría posee un fundamento, por llamarlo así, moral. Dicho de otro modo, se preferiría la regla de la mayoría no porque esta última posea alguna ventaja epistémica por sobre otras formas de adoptar decisiones, sino porque ella realiza la idea de que los miembros adultos de una sociedad democrática se tratan como libres e iguales. Pero si eso es así, entonces es necesario que estos últimos valores sean salvaguardados ante las decisiones de la propia democracia (he examinado ese argumento en Peña 2020).

Una vez que se ha esclarecido lo que ha de entenderse por control constitucional y su fundamento, es necesario detenerse en el diseño que ese control ha de poseer.

IV.

¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN? ¿LA CORTE DE CASACIÓN O UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

¿Qué orientaciones se siguen de lo anterior para el diseño constitucional? Las más obvias, que es posible derivar de las consideraciones que anteceden, son las que siguen: el control constitucional debe ser sustantivo y no meramente formal; la Constitución debe ser concebida como un sistema de reglas destinadas a la cooperación en una sociedad plural; esas reglas exigen una interpretación jurídico-política; y esa tarea no debe estar entregada a la judicatura ordinaria atendido el ethos que ha poseído y las características que hoy exhibe.

El control debe ser sustantivo

Ante todo, debe descartarse retomar el sistema de control existente durante la Carta del 25 para el período 1932-1973. En ese lapso, la ausencia de un genuino derecho administrativo, una interpretación amplia de la noción de “actos de gobierno” y el corporativismo de los jueces condujo a un control constitucional débil y meramente formal. La existencia del llamado “Estado de compromiso” permitió, sin grandes sobresaltos, que un sistema así perdurara; pero el acentuado pluralismo del Chile contemporáneo, la individuación que ha experimentado la sociedad chilena y la expansión de los derechos subjetivos, impide que hoy ese sistema pueda funcionar. Un diseño como ese reduce la cuestión del control constitucional a lo que, siguiendo la sugerencia de Schmitt, llamábamos control meramente formal. Y, como ya vimos, el control constitucional tal como se plantea en la moderna democracia de masas va mucho más allá de una concepción meramente formal. La cuestión del control, por las razones que ya se explicitaron, alude, con frecuencia, a los límites del Legislativo y a su relación con el Ejecutivo. Y es obvio que ese problema, como advirtió Kelsen (Kelsen 1931, 203), no se resuelve dando poder a uno de los partidos en pugna, sino instituyendo una tercera instancia que tenga total sujeción a las reglas constitucionales.

La existencia del llamado “Estado de compromiso” permitió, sin grandes sobresaltos, que un sistema así perdurara.

De ese modo, es necesario reiterar que el problema del control constitucional (que, como vimos, en un sentido formal existía en el mundo del *Common Law* al menos desde el siglo XVII) surge en el XX luego de los problemas que plantea el poder en la moderna democracia de masas expuesta a la dominación de líderes carismáticos, al pluralismo y a una alta diferenciación funcional. El constitucionalismo —y el control constitucional— aparece como la búsqueda de lo que Radbruch llamaba un derecho suprallegal, esto es, la necesidad de una fuente de legitimidad en un mundo secularizado. Por lo mismo, y como explicábamos, la cuestión del control constitucional bajo condiciones modernas no se agota, ni puede ser reducida a la mera cuestión formal de qué regla sea aplicable en casos de antinomia, en el mero problema de inaplicabilidad. Se requiere (Carl Schmitt llama la atención acerca de esto, aunque, por supuesto, con ánimo crítico) un control del Legislativo puesto que esa es la única forma de instituir un momento de incondicionalidad en el moderno estado de derecho o, como ya vimos prefiere Kelsen, un control del proceso productor del derecho. Ese momento de incondicionalidad debe ser procedimental (atingir a la producción del derecho bajo un sistema de competencias) y sustantivo (controlar el contenido de la decisión legislativa bajo un sistema de derechos fundamentales).

La Constitución es un sistema de reglas, más que de decisiones acerca de bienes

Se suma a ello que la Constitución en una sociedad plural, como es la chilena, debe ser pensada como un contrato de cooperación y convivencia y no como una decisión existencial de la comunidad ni como el acto de constituirse el pueblo a sí mismo (como lo pretenden algunas concepciones iliberales que rondan actualmente en el debate). Siendo así, más que una suma de decisiones en el sentido schmittiano que oriente teleológicamente las decisiones estatales, la Constitución es un conjunto de reglas o normas cuyo objeto es asegurar que la producción del derecho y la relación del individuo con el Estado se sujete a un ideal deliberativo. Las reglas, más que los bienes, son las relevantes como principio de legitimidad (como enfatiza Habermas 1998, 328, 329) o, mejor aún, los bienes tal como se describen en las reglas. Cuando se atiende a las reglas se sabe qué es obligatorio hacer; cuando se atiende a los bienes o los valores se sabe qué es mejor o más recomendable. Por supuesto esta última tarea no le corresponde al control constitucional. De ahí que el control suponga instituir un legislador negativo. El Tribunal no orienta a la política: la limita.

Ese sistema de reglas exige una interpretación jurídico-política

Como se ha subrayado, en el control constitucional se trata de una tarea jurídico-política en un sentido sustantivo. La interpretación del texto constitucional no es puramente jurídica, sino que es, por decirlo de alguna forma, jurídico-política. Es un control jurídico, desde luego, porque supone una adhesión acrítica a las reglas y el empleo de la técnica dogmática a la hora de dilucidarlas. Pero es también política porque la *ratio legis* en una sociedad pluralista será un acuerdo o un consenso traslapado (Rawls 1987) en torno a cierta distribución del poder, la maximización de ciertos bienes y el respeto de ciertas inmunidades. El papel del órgano de control constitucional es el de tener la última palabra a la hora de señalar los límites de la política. Y en esa medida —como en un punto análogo a este, señala Wittgenstein— el órgano de que se trata debe ser capaz de situarse a ambos lados de ese límite.

Es verdad que puede sostenerse que la tarea jurisdiccional siempre posee un componente político en el sentido que lo destaca Kelsen (en la medida, explica este autor, que interpretar una regla supone un acto de la voluntad y no solo de la inteligencia), motivo por el cual podría decirse que los jueces ordinarios están capacitados para llevarla a cabo; sin embargo, en el caso del control constitucional el componente político va más allá de esa consideración. En el ámbito constitucional el componente político alude al manejo de los límites entre la política y el derecho, y por esta razón el órgano de que se trate debe manejar ambos lados de ese límite. Por eso un buen diseño exige una división del trabajo entre el control de casación (que remite a la tradición dogmática) y el control constitucional.

Las características de la judicatura de casación no se avienen con esas exigencias

Los sistemas jurídicos, más incluso que otros aspectos de la vida social, son dependientes de la trayectoria (*path-dependent*). A este respecto es imprescindible atender al papel que posee el juez ordinario en la cultura jurídica del caso. Esto es lo que permite explicar las diferencias que respecto del control constitucional existen al comparar el *Civil Law* con el *Common Law* (Ferrerres 2000, II).

¿Qué se puede concluir para el caso chileno cuando se atiende a la trayectoria y al ethos del poder judicial chileno?

Desde luego, el poder judicial chileno poseyó durante la vigencia de la Carta del 25, como ya se observó, un intenso corporativismo que lo hizo ser más bien tímido a la hora de controlar el Estado, un fenómeno que, como una incapacidad adiestrada, se acentuó durante la dictadura. Ese rasgo ha experimentado hoy lo que un psicoanalista llamaría una formación reactiva: la tendencia a razonar en torno a ideales de justicia material independientes del derecho legislado. Este fenómeno produce lo que, en un sentido distinto, sin embargo, observa Schmitt: una juridificación de la política (en el sentido, esta vez, de *public policy*) y una politización de la justicia. Los jueces ordinarios no pueden, por esta razón, ser considerados la “rama menos peligrosa del poder”, para usar la frase, hoy famosa, de Alexander Bickel. Es probable que la tarea jurisdiccional en base a casos —donde la peculiaridad de los hechos parece conducir la decisión— no se avenga del todo con el control constitucional que supone atender a la forma de producción del derecho y al respeto de las inmunidades por parte de quien ejerce el poder.

El poder judicial chileno poseyó durante la vigencia de la Carta del 25, como ya se observó, un intenso corporativismo que lo hizo ser más bien tímido a la hora de controlar el Estado.

El problema anterior se agrava cuando se tiene en cuenta la admisión de derechos sociales en la Carta constitucional. La justicia ordinaria está bien capacitada, tanto desde el punto de vista de la información que recibe del proceso como desde el punto de vista dogmático, para resolver asuntos binarios. Estos consisten en cuestiones de justicia correctiva como, por ejemplo, la que se produce en un contrato o en la adjudicación de una pena. En estos casos se trata de asignar algo a una de dos partes en disputa. Pero, en cambio, la justicia ordinaria carece de la información y la capacidad dogmática para resolver cuestiones de las que Fuller llama policéntricas, cuestiones en las que la decisión expande sus consecuencias sobre una multiplicidad de personas e incluso sobre el bienestar social en su conjunto

(Fuller 1978, 395). Fuller imagina a esas decisiones como el hilo de una telaraña: cortar uno de los hilos es alterar el conjunto. No es difícil imaginar a los jueces de casación resolviendo cuestiones de derechos sociales, que son policéntricas por excelencia, como si fueran cuestiones binarias. En cambio, una Corte constitucional está mejor capacitada para efectuar consideraciones generales sobre políticas (así lo muestra, por ejemplo, el caso sudafricano, *vid.* caso Grootboom).

Por último, la judicatura ordinaria se encuentra organizada como una carrera burocrática que no resiste bien las objeciones que, según vimos, se dirigen al control constitucional. Es difícil justificar por qué un conjunto de funcionarios estatales, sometidos a una carrera funcionaria, como ocurre con los jueces, pueden tener a su cargo el control sustantivo de las reglas constitucionales. Desde luego, podría decirse que ello depende de su forma de nominación; pero una nominación de jueces ordinarios que, para salvar esa objeción, tenga en cuenta consideraciones políticas como las que exige el control constitucional, acabaría politizando la judicatura.

El problema del control y el diseño del sistema político

En fin, este problema no se puede examinar aisladamente. Como ya se explicó, lo que subyace al problema del control constitucional en la moderna democracia de masas es el problema del sentido y el límite de las mayorías. De ahí que puede sostenerse que la ausencia de control (o, lo que es lo mismo, restringir el control a la cuestión que hemos llamado meramente formal) sumado a un Legislativo de una sola Cámara (otra idea que ha sido planteada en el debate) equivaldría a una democracia puramente mayoritaria, sin las salvaguardas que la larga experiencia del siglo XX aconseja y de la que son muestra las democracias liberales.

Las consideraciones anteriores —la necesidad de un momento incondicional en el moderno estado de derecho; la índole jurídico política de la interpretación que obliga a conocer ambos lados del límite; la trayectoria de la corporación judicial y su actual tendencia a la justicia material; y los problemas de diseño del sistema político— sugieren la necesidad de un órgano concentrado de control, integrado por juristas profesionales, generado por amplias mayorías y a cuyo cargo esté el cuidado de la producción del derecho y la custodia de las inmunidades reconocidas a los ciudadanos.

REFERENCIAS

Ackerman, B. 1999. ¿Un neofederalismo? en *Constitucionalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Ackerman, B. 1998. *We The People. Transformations*. Cambridge: Harvard University Press.

Alexy, R. 1999. A Defence of Radbruch's Formula, en Dyzenhaus, D. *Recrafting the Rule of Law, The Limits of Legal Order*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.

- Bickel, A.** 1986. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press.
- Calabressi, S. G.** 2021. *The History and Growth of Judicial Review*, volumen 1. Oxford: Oxford University Press.
- Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others** (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000)
- Dworkin, R.** 1996. *Freedom's Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Elster, J.** 2000. *Ulysses Unbound*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ely, J.** 1997. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Ferrerres, V.** 2000. *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. Yale University Press.
- Fuller, L.** 1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92 (1), 353-409.
- Garzón Valdés, E.** 2000. El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. *Isonomía* 12, 7-34.
- Grimm, D.** 2016. *Constitutionalism. Past, present and future*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, J.** 1998. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A.** 2000. Ensayo LXXVIII, *El federalista*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Hassemer, W.** 2001. Control de constitucionalidad y proceso político. *Persona & Derecho* 45, 117-132.
- Heller, H.** 1968. *Teoría del Estado*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H.** 1929. The Nature and Development of Constitutional Adjudication ('Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit) en Lars Vinx (translation, and notes) *The Guardian of the Constitution* (Cambridge Studies in Constitutional Law) (p. 22). Cambridge University Press. Edición de Kindle.
- Kelsen, H.** 1931. Who ought to be the guardian of the constitution? ('Wer soll der Hüter der Verfassung sein?') en Lars Vinx (translation, and notes) *The Guardian of the Constitution* (Cambridge Studies in Constitutional Law) (p. 22). Cambridge University Press. Edición de Kindle.
- Peña, C.** 1999. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación de Reparación y Reconciliación.
- Peña, C.** 2020. *El desafío constitucional*. Santiago: Taurus.
- Radbruch, G.** 1962. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rawls, J.** 1987. The Idea of an Overlapping Consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (1), 1-25.

Shapiro, M. et al. 2002. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, Kindle Edition.

Schmitt, C. 2004. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport Conn: Praeger Publishers.

Schmitt, C. 1931. The Guardian of the Constitution (1931a) Der Hüter der Verfassung, en Lars Vin (translation and notes) *The Guardian of the Constitution* (Cambridge Studies in Constitutional Law) (p. 125). Cambridge University Press. Edición de Kindle.

Sieyès, E. J. 2003. What is the Third Estate? En *Political Writings*, Indianapolis Cambridge: Hackett Publishing.

Waldrom, J. 1993. A Right Based Critique of Constitutional Rights. En *Oxford of Journal Legal Studies*, 13 (1), 18-51.

Waldrom, J. 2016. The Core of The Case Against Judicial Review. *Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press.

Weber, M. 1991. Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos. En Weber, M. *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Juan Luis Ossa S.C.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

VER EDICIONES ANTERIORES ↓