



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO**

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE
En búsqueda de la legitimidad**

**Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención Derecho Público
Giannina Bocchi Jiménez
Profesor guía: Francisco Soto Barrientos**

**Santiago de Chile
2023**

A los que viven en el refugio, ellos saben quienes son.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA	8
1. Antecedentes: constitucionalismo y democracia representativa	8
2. Nace la justicia constitucional	14
3. Democracia constitucional: aparece la justicia constitucional especializada	19
4. Críticas a la justicia constitucional	25
5. Una contra respuesta: la doctrina neoconstitucional	31
6. Nuevos modelos de justicia constitucional	33
a. La ciudadanía como iniciadora de la discusión constitucional	33
b. El aporte de la democracia deliberativa: diálogo entre los poderes y las personas	36
c. El constitucionalismo democrático	40
CAPÍTULO II: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE	42
1. La introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes	42
2. La irrupción del Tribunal Constitucional	48
3. El diseño de la justicia constitucional en la Carta de 1980	52
4. La justicia constitucional chilena como modelo de revisión judicial fuerte reforzada	61
5. Críticas y problemas que presenta el diseño actual de justicia constitucional	67
a. La pluralidad de órganos con competencias de control de constitucionalidad	68
b. El rol de la justicia constitucional en el diseño institucional	68
c. Integración y reclutamiento	73
d. Falta de legitimidad (democrática) y carácter contramayoritario	78
e. Irresponsabilidad de sus miembros	83
6. La justicia constitucional en el proceso constituyente de Michelle Bachelet	85
7. La justicia constitucional en el proceso constituyente de 2019-2022	88
8. Un proceso constituyente democrático que queda en deuda con la justicia constitucional	95
9. La justicia constitucional en el proceso constituyente de 2023	106
CONCLUSIONES	112

BIBLIOGRAFÍA CITADA..... 116
NORMAS CITADAS..... 125

INTRODUCCIÓN

Pareciera que, en nuestro país, la institución de la justicia constitucional (o también control judicial de la ley) es una función que da por sentada o, aún más, que es un elemento necesario o esencial de nuestra organización política. Sin embargo, afirmar lo anterior significaría caer en una simplificación o un reduccionismo. En efecto, tanto la experiencia comparada, como la propia nos enseñan que, la revisión judicial de constitucionalidad de la ley consiste en una decisión propia y particular de cada sociedad política, que responde a su propia Historia y a su especial configuración y, sobre todo, al peso que se le da al principio democrático frente a la limitación del poder estatal.

Ya sea concebida como *guardiana* de la Constitución o como institución *contramayoritaria*, el control de constitucionalidad de la ley nos obliga a revisar nuestro propio entendimiento acerca de lo que significan constitucionalismo, democracia y Constitución. Así, en esta investigación indagaremos en las raíces del Estado constitucional moderno, con hitos de las revoluciones norteamericana y francesa, para descifrar como la propia concepción de lo que significa un gobierno democrático (o republicano) tiene el potencial de determinar el sitio, a la larga, la relevancia, de la justicia constitucional en un diseño institucional específico.

Para lo anterior, dirigiremos nuestra atención hacia los modelos representativo y constitucional de la democracia, que corresponden a aquellos en los cuales surge el control de constitucionalidad, esto es, a su variante difuso, a cargo de los tribunales ordinarios de justicia y a su modelo concentrado, a cargo de un órgano especializado, respectivamente.

Posteriormente, observaremos las críticas que desde la mitad del siglo XX se han ocupado de la justicia constitucional, dentro de las que destaca aquella referida a su déficit de legitimidad democrática, que Carlos Santiago Nino resume así: “¿por qué debería prevalecer la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo?” [...] [l]o que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia”¹.

¹ NINO (1989), p. 85. Sin embargo, para Ferrajoli no es que el poder judicial -a secas- no tenga legitimidad, sino que esta tiene una fuente diversa. Si la fuente de legitimación de las instituciones y funciones de gobierno -a la que compete *la esfera de lo decidible*- se identifica con la representación política, por la que los órganos legitimados para tales actividades “son evidentemente los que

Las críticas también dan paso a diferentes reacciones. Por una parte, la doctrina neoconstitucionalista, presenta dentro de sus rasgos característicos un papel preeminente a la revisión de constitucionalidad de la ley en desmedro del principio democrático; por otra, los nuevos modelos de bajo los cuales se concibe esta institución, los que otorgan poder a la ciudadanía como iniciadora del diálogo constitucional, fomentan el diálogo institucional a través de la deliberación y promueven un constitucionalismo democrático que pretende una interpretación constitucional con sensibilidad democrática.

A continuación, nos volveremos hacia la justicia constitucional chilena, con el propósito de esclarecer si existe alguna relación entre nuestra concepción de la democracia y nuestra noción del control judicial de la legislación.

Consecuentemente, el control judicial de la ley, lo situamos en Constitución de 1925, coetáneamente con el establecimiento de los primeros tribunales especializados mandatados con el examen de constitucionalidad de la ley en Europa, con la diferencia que, en nuestro país, tal misión se encomendó a la Corte Suprema de Justicia.

De esta forma, pasaremos a través del resto del siglo XX chileno, explorando cada estadio de la función de revisión de la ley, desde sus inicios en la inaplicabilidad en manos de la Corte Suprema dentro del Poder Judicial, pasando por una fase de justicia constitucional compartida entre el máximo tribunal y el nuevo Tribunal Constitucional, hasta llegar a la configuración actual producto de la reforma constitucional de 2005.

Luego, una parte importante de esta investigación se abocará al análisis de los problemas y críticas que persisten al modelo vigente de justicia constitucional, donde se destaca su rol en el diseño institucional nacional, su integración y reclutamiento, su falta de legitimidad y carácter contramayoritario y la irresponsabilidad de sus miembros.

toman su investidura del voto y de la elección popular”, por el contrario, la fuente de legitimación de los órganos llamados a la aplicación de la ley, es decir, de las instituciones y funciones de garantía de los derechos fundamentales *-la esfera de lo indecible-* es “la rígida sujeción solamente a la ley que están obligados a aplicar”, su “legitimación es contramayoritaria”. Véase: FERRAJOLI (2008), pp. 339-341.

Finalmente, examinaremos como ese debate se ha trasladado desde la academia y la política a los recientes procesos constituyentes, que nos proporcionan una oportunidad única para reflexionar , replantear y, quizás, aprobar con efecto vinculante, un nuevo modelo de control de constitucionalidad de la ley.

Este trabajo, en definitiva, pretende responder la pregunta si la justicia constitucional en nuestro país, a lo largo de sus distintas fases, ha conseguido tal legitimidad, o, por el contrario, si es preciso someter a escrutinio el modelo vigente con ánimo de hacerla más compatible, en la medida de lo posible, con el principio democrático.

CAPÍTULO I: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

1. Antecedentes: constitucionalismo y democracia representativa

No puede entenderse la institución de la justicia constitucional sin antes comprender el constitucionalismo, que podríamos elevarlo a la categoría de presupuesto necesario de aquella. Maurizio Fioravanti lo entiende como “el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”². Por su parte, Karl Loewenstein vincula inexorablemente el Estado constitucional con la distribución del poder, la que ocurre

cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder; como está distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado³.

Ahora, es en el contexto de las incipientes democracias representativas de finales del siglo XVIII que la justicia constitucional tiene su origen; por lo que esta simple constatación nos fuerza a dirigir nuestra atención a esta forma o estadio de la democracia.

Para comenzar este análisis, debemos establecer algunas definiciones básicas. La primera de ellas, qué entendemos por democracia: “democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos. No decide nadie que se contraponga al pueblo, revestido de alguna autoridad propia frente a él, sino que es el pueblo mismo, los ciudadanos, los que han de decidir”⁴. En estas coordenadas, resulta

² FIORAVANTI (2001), p. 85. El mismo autor señala: “[e]l constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna [...] puede afirmarse que el constitucionalismo nace y se desarrolla en el contexto de formación del *Estado moderno europeo* [...] nace junto al propio Estado moderno para controlar, limitar y encauzar mediante reglas los poderes políticos”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 17.

³ LOEWENSTEIN (2018), p. 50.

⁴ BÖCKENFÖRDE (2010), pp. 133-134. “Y en consecuencia la democracia en sentido auténtico, pleno, es la democracia directa, la unidad (identidad) de gobernantes y gobernados”. Véase: BÖCKENFÖRDE (2010), p. 134.

frecuente el reconocimiento de que (el ideal de) la democracia directa es impracticable en las sociedades modernas⁵:

En sociedades cada vez más complejas, la democracia no podría entenderse ya como aspiración de la mayoría a participar de manera directa en la gestión de la política o de la economía. Debía considerarse, más bien, como un instrumento de selección y recambio de élites. El elemento participativo, de gobierno directo inherente al principio democrático, debía ceder su protagonismo al principio representativo, ejercido por partidos cada vez más similares entre sí, y acompañado de una elevada presencia de expertos y técnicos en la gestión de lo público⁶.

Martin Loughlin afirma que “todas las auto proclamadas democracias modernas basan sus sistemas de gobierno sobre la base de la representación [...] El gobierno representativo debe ser por lo tanto considerado como el método mediante el cual el pueblo es capaz de gobernarse a sí mismo”⁷. Es una forma de auto gobierno, sí, pero una indirecta a través de representantes⁸.

En la que constituye la obra de referencia obligada para el estudio de este tema, Bernard Manin advierte desde muy temprano que “lo que hoy denominamos democracia representativa tiene su origen en un sistema de instituciones (establecidas tras las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa) que, en sus inicios, no se consideraba forma de democracia o gobierno del pueblo”⁹; vale decir, a finales del siglo XVIII se entendía que democracia y gobierno representativo se referían a concepciones diversas. Roberto Gargarella

⁵ COHEN (2007), p. 141. Cf. LANDEMORE (2017), p. 52 y BÖCKENFÖRDE (2010), p. 135. Este último: “la democracia indirecta o representativa solo se justifica a base de argumentos puramente técnicos: porque de hecho es inevitable dadas la amplitud del territorio de las comunidades políticas modernas y la elevada cifra de su población. Pero en este sentido, y en relación con la idea misma de democracia, aparece como una forma inferior, como una “segunda vía” que no puede ocultar su déficit de verdadera democracia”.

⁶ PISARELLO (2011), p. 17

⁷ LOUGHLIN (2004), p. 53.

⁸ *Ibid.*, pp. 53-63. Loughlin identifica sus orígenes en Hobbes y, más concretamente, en Sieyès, para quien “[e]l ‘pueblo’ establece una forma de gobierno -un sistema de cargos públicos para representar la ‘voluntad general’- y por lo tanto tiene que elegir personas para ejercer tales cargos”.

⁹ MANIN (2006), p. 11. Cf. LANDEMORE (2017), p. 54.

menciona que, desde sus orígenes, el constitucionalismo se caracterizó por el *principio de desconfianza democrática*¹⁰. En lo que respecta al caso norteamericano, efectivamente, Alexander Hamilton creía que

Una república, por la cual me refiero a un gobierno en el cual se da un sistema de representación, nos ofrece otras posibilidades y promete suministrar la cura que buscábamos. Examinemos en qué puntos difiere de la democracia pura [...]

Las dos principales diferencias entre una democracia y una república son: que en el segundo sistema el gobierno está delegado en manos de un pequeño número de ciudadanos elegidos por los demás, y esto permite ampliarlo a un gran número de ciudadanos y a un país con una extensión territorial mayor.

La primera diferencia produce el efecto, por una parte, de refinamiento y ampliación de las opiniones públicas al pasarlas a través de un filtro como es el cuerpo de ciudadanos electos. La sabiduría de estos individuos hará que discernan mejor los verdaderos intereses de su país, y su patriotismo y amor por la justicia harán que sean menos propensos a sacrificar su país por consideraciones pasajeras o parciales [...]

La otra diferencia consiste en que bajo el gobierno de una república, se puede incluir un número mayor de ciudadanos y territorios que en una democracia [...]

Por tanto, está claro que una república tiene una ventaja sobre una democracia a la hora de controlar los efectos de las facciones, y una república extensa tiene esta misma ventaja sobre una república pequeña, así como la Unión también la posee, a su vez, sobre los estados que la componen¹¹.

¹⁰ “[L]as desigualdades sociales y económicas encontraron traducción, continuidad y respaldo en desigualdades constitucionales. Decisivamente, y desde ese entonces, el constitucionalismo apareció definido por un principio de *desconfianza democrática*: nada tenían más aquellas elites en el poder que la irrupción y desestabilización política que podían llegar a producir las masas -los sectores no privilegiados en general- en caso de manifestar sus reprimidas apetencias sociales”.

¹¹ HAMILTON *et al.* (2015), pp. 141-143. Friedman opina que “[l]os Federalistas veían un peligro en que las pasiones inmediatas de la gente se expresaran fácilmente en la legislatura. La desconfianza federalista en la voluntad popular directa era evidente”. Véase: FRIEDMAN (1998), p. 361. En el mismo sentido, Gargarella: “el sistema representativo se asienta sobre la idea de que no es bueno que la ciudadanía se involucre directamente en la discusión de cuestiones públicas. El sistema representativo, tal como fue creado, tuvo como explícito objeto el de distanciar y cortar los canales de comunicación entre la ciudadanía y sus representantes. Esta discusión, según veremos, no obedeció a una “perversa acción conspirativa” de un cierto sector social, sino a la difundida percepción de que el involucramiento de la ciudadanía en la discusión de las cuestiones públicas dificultaba la posibilidad de una seria discusión racional”. Véase: GARGARELLA (1995), pp. 94-95.

La diferencia más destacada entre las repúblicas americanas y las otras consiste en el principio de representación, que constituye el eje central de las primeras, y que se supone como algo desconocido en las repúblicas antiguas [...]

Estos hechos y muchos otros que se podrían añadir, muestran que el principio de representación no era desconocido en la antigüedad ni enteramente ignorado en sus constituciones políticas. La verdadera distinción entre estos gobiernos y los de América se halla en la *exclusión total* de la participación del pueblo en su capacidad colectiva en estos últimos, pero no en la *exclusión total de los representantes del pueblo* de la administración de los primeros¹².

Estos sistemas políticos *liberales*, se caracterizan, en consecuencia, “por la presencia de gobiernos representativos organizados por medio de una Constitución que es considerada la “ley suprema de la tierra”¹³. Originariamente, se concibe al órgano legislativo como la rama del poder *más peligrosa*, temiendo especialmente, junto a la anarquía, la *tiranía de la mayoría*, lo que explica la importancia dada al control de dichos excesos: surge así el sistema de *frenos y contrapesos*, que “intenta evitar la adopción de decisiones arbitrarias, caprichosas o repentinas, mientras que la declaración de derechos protege ciertos intereses individuales de los deseos momentáneos de la mayoría”¹⁴. En este sentido, el sistema representativo de gobierno tenía *rasgos contramayoritarios*, propio de la *dirigencia política de la época*: “[e]n general, la idea de contar con amplias asambleas populares fue severamente atacada, y la cámara de diputados (habitualmente el símbolo del poder de las mayorías), objeto de múltiples restricciones institucionales”¹⁵. En contraposición, los federalistas norteamericanos creían que la judicatura era la “que por la naturaleza de sus

¹² *Ibíd.*, pp. 465-466. Nuevamente, Gargarella: “Madison equiparaba la idea de democracia a la democracia directa, lo cual podría hacernos pensar que su preferencia por un sistema representativo tiene que ver, sustancialmente, con la imposibilidad práctica de la democracia directa. Sin embargo, según veremos, su petición es mucho más fuerte: el sistema representativo no es un mero “segundo mejor”, ante la imposibilidad de la democracia directa, sino un bien necesario y superior, frente a la incapacidad que demuestra la ciudadanía en la práctica de la democracia directa. Véase: GARGARELLA (1995), p. 95.

¹³ GARGARELLA (2007), p. 18.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 19.

¹⁵ GARGARELLA (1995), pp. 102-104. En concreto menciona las elecciones indirectas, los largos períodos de mandatos, los distritos de gran tamaño, el poder ejecutivo unipersonal, el cuerpo de senadores, el manejo de las relaciones exteriores por el ejecutivo y el senado, y el poder judicial, que “también fue diseñado a partir de presupuestos elitistas”.

funciones, menos amenaza los derechos políticos plasmados en la Constitución, al ser la rama con menos capacidad para entorpecer o menoscabar estos derechos [...] es claramente la más débil de las tres ramas”¹⁶.

Gerardo Pisarello, por su parte, comenta que “la democracia, como todas las categorías políticas, no tiene un significado atemporal o ahistórico. Surgió en un contexto político, económico y cultural muy concreto y se ha ido transformando a medida que dicho contexto se ha ido modificando”¹⁷. Hoy concebida como un tipo o forma de democracia, existe -continuando con Manin- un núcleo de principios en todo régimen representativo: (i) quienes gobiernan son nombrados por elecciones celebradas a intervalos regulares; (ii) la toma de decisiones por los que gobiernan conserva un grado de independencia respecto de los deseos del electorado; (iii) los que son gobernados pueden expresar sus opiniones y deseos políticos sin estar sujetos al control de los que gobiernan; y (iv) las decisiones públicas se someten a un proceso de debate¹⁸.

Las elecciones periódicas asumen así un papel esencial, hasta el punto de constituir la *institución central del gobierno representativo*¹⁹, al emerger como el enlace necesario entre la soberanía popular y la autorización democrática ejercida mediante el *consentimiento expresado en las urnas*²⁰. Las raíces de esta idea Manin las sitúa en John Locke, para quien la libertad, igualdad e independencia del hombre implican que solo a través de su consentimiento este puede situarse bajo poder de otro²¹; de modo que el consentimiento es la única fuente de autoridad legítima y de la obligación política²². Así, a diferencia de los sistemas por sorteo, en los sistemas electivos “el consentimiento del pueblo es reiterado constantemente.

¹⁶ HAMILTON *et al.* (2015), pp. 548-549. Mendes menciona: “Las legislaturas, de acuerdo al significado común, son responsables de ejemplificar el principio de la regla de la mayoría y de la representación electoral del pueblo. Los tribunales, a su turno, están aislados de la política electoral con el propósito de tener condiciones ideales de imparcialidad y para decidir acerca de derechos, los cuales, por definición, no pueden estar sujetos a la justificación de tipo mayoritaria”. Sin embargo, también nota que “los tribunales no están fuera de la política. No son tampoco agentes neutrales” [...] [su] opinión es decorada por las campanas y susurros de un lenguaje aparentemente técnico, que esconde voluntades políticas y agendas ideológicas. Crea la impresión de que el derecho es autónomo y de que los tribunales presentan una configuración neutral”. Véase: MENDES (2009a), pp. 72-81.

¹⁷ PISARELLO (2011), p. 15

¹⁸ MANIN (2006), p. 17. Landemore, por su parte, explica que son rasgos fundamentales de la democracia representativa “la delegación en la fijación de la agenda, deliberación y toma de decisiones a un subconjunto del cuerpo político que es distinto de la gente común y explícitamente identificado y elegido como una elite separada”, atribuyéndole caracteres electorales y elitistas muy arraigados. Véase: LANDEMORE (2017), p. 54.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 18.

²⁰ Ello lleva a Landemore a sostener que la democracia representativa equivale a democracia electoral. Véase: LANDEMORE (2017), p. 54.

²¹ LOCKE (2021), p. 131.

²² MANIN (2016), p. 109.

No sólo acuerda el pueblo el método de selección -cuando decide hacer uso de las elecciones-, sino que también otorga su consentimiento en cada resultado particular -cuando elige²³.

Como su rasgo distintivo, por lo tanto, las elecciones periódicas se entienden como la autorización que se les otorga a los representantes y que es renovada a intervalos también periódicos, lo cual asegura no solo el consentimiento y la autorización para actuar, sino que también posibilita a los votantes influir en las decisiones de sus representantes, al tiempo que es uno de los *incentivos claves* de los que gobiernan para que tengan en cuenta a la opinión pública²⁴, razón por la cual las elecciones sirven doblemente como *principio democrático y mecanismo de rendición de cuentas en el contexto de sufragio universal y derecho a voto equitativos*²⁵.

Otro de los principios que nos interesan a propósito de esta investigación es la de la discusión o debate como proceso necesario para la toma de decisiones públicas. A diferencia de las antiguas repúblicas donde se practicaba la democracia directa -homogéneas y cuyos órganos políticos eran de reducido tamaño-, el órgano representativo es *esencialmente diverso y colectivo*²⁶. Para Manin, es ese carácter diverso y colectivo del órgano representativo “y no ninguna creencia establecida previa o independientemente en las virtudes del debate” lo que explica el papel de la discusión²⁷. El razonamiento de Manin sigue así: dado el principio de igualdad de voluntad, no existe superioridad intrínseca que otorgue a determinados individuos el derecho a imponer su voluntad sobre los demás, razón por la cual se deduce que el problema estará en *llegar a acuerdos o la convergencia de voluntad*:

Por lo tanto, en una asamblea en la que se ha de lograr la convergencia de voluntad pese a la diversidad de posiciones de partida, ni los más poderosos, ni los más competentes, ni los más

²³ *Ibíd.*, p. 110.

²⁴ *Ibíd.*, p. 215.

²⁵ LANDEMORE (2017), p. 55-56.

²⁶ MANIN (2016), pp. 228-229. Para un demócrata deliberativo como Nino, “[l]a mediación a través de representantes es una de las distorsiones principales de la democracia que la alejan del valor epistémico máximo dado en la discusión moral ideal”, sin embargo, “algún grado de representación es necesario en la comunidad política dada la imposibilidad de la discusión cara a cara a nivel nacional, la complejidad de los asuntos políticos actuales y la necesidad de respetar la autonomía personal [...] Pero es necesario enfatizar que la representación es un mal necesario, y que la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible”. Dentro de los mecanismos de democracia directa, destaca el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular y el *recall* o revocatoria. Véase: NINO (2003), p. 205.

²⁷ *Ibíd.*, p. 229.

ricos tienen derecho a imponer su voluntad; todos los participantes han de tratar de ganarse el consentimiento de los demás mediante el debate y la persuasión²⁸.

Entonces, así entendido, el debate produce acuerdo y consentimiento; no necesariamente universal pero sí de una mayoría, convirtiéndose una propuesta -cualquiera sea su origen- en una *decisión pública*, de lo que se sigue que las medidas a tomar deben haber pasado el *filtro del escrutinio argumentativo*²⁹.

2. Nace la justicia constitucional

Expuesto lo anterior, debemos señalar que, la existencia del control judicial de constitucionalidad de la ley nunca ha sido un requisito del constitucionalismo³⁰; ello no se deriva de la supremacía de la Constitución ni de la existencia de una la judicatura³¹, entendiendo por supremacía aquella “cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto [...] en razón de la mayor fuerza que se le reconoce”³².

Prieto Sanchís expone que la real naturaleza de la supremacía constitucional no es la ser un presupuesto, sino más bien

²⁸ *Ibíd.*, pp. 229-230.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 230-235.

³⁰ Loewenstein afirma que “[l]a idea de que los tribunales estuviesen autorizados a impedir los acuerdos de la asamblea y del gobierno, era completamente ajena a los teóricos del constitucionalismo en su primera época”. Véase: LOEWENSTEIN (2018), p. 309. Prieto Sanchís, por su parte, explica: “al margen de preferencias, ya he dicho que no existe ninguna “necesidad lógica” de una justicia constitucional y existen experiencias que así lo indican: el control puede ser político, encomendado por ejemplo a una Comisión parlamentaria, e incluso el sistema puede carecer de cualquier forma de fiscalización sobre la normativa inferior”. Véase: PRIETO SANCHÍS (2013), p. 167.

³¹ NINO (1989), p. 82. En nuestro país, sin embargo, Soto sostiene lo contrario: “[l]a supremacía constitucional, que es una característica de cualquier constitución, exige que una norma contraria a ella sea invalidada. Esa es la base del constitucionalismo. Y hoy, ya lo dijimos, los tribunales tienen ese rol pues las constituciones son normas jurídicas. La pregunta entonces es distinta: ya no es si debe o no tener la atribución pues, para el constitucionalismo, es claro que sí debe tenerla”. Véase: SOTO VELASCO (2020), p. 160.

³² PRIETO SANCHÍS (2013), pp. 156-157. El autor más adelante sostiene que la supremacía constitucional es una cuestión de hecho, que se expresa “apelando a la regla de reconocimiento formulada por Hart [...] Es decir que, en último término, es el comportamiento de las instituciones y de los propios ciudadanos y, por tanto, una práctica consuetudinaria lo que sostiene la entera normatividad del sistema y también a mi juicio la idea de supremacía constitucional”. Véase: PRIETO SANCHÍS (2013), pp. 157-158.

tiende a presentarse como una consecuencia del modo de articular la reforma y la garantía. Dicho de otro modo, cuando una norma prevalece sobre otra, no pudiendo ser reformada por ella y/o cuenta con protección jurisdiccional, es señal que se halla en una relación de superioridad jerárquica. La práctica social en que reposa la supremacía se expresa así a través de esta doble vía. Las instituciones de reforma han de asegurar que la ley no pueda establecer disposiciones contrarias a la constitución; las de garantía han de asegurar que, si ello sucede, el propio sistema sea capaz de depurar las infracciones³³.

Considerando estas precisiones podemos aseverar que, es dentro del sistema de democracia representativa, que nace, pues, la revisión judicial de la ley, en coordenadas sumamente específicas: en el momento en que los colonos norteamericanos declaran su independencia de la Corona Inglesa y se unen para aprobar una Constitución federal³⁴.

Debe recordarse, que, para los Federalistas, “el poder más temible para la constitución republicana es el poder legislativo, porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer los tributos”³⁵. Particularmente, en *El Federalista N° 78*, se afirma “[e]l derecho de los tribunales a declarar nulos los actos legislativos contrarios a la Constitución [...] ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede tener validez alguna [...] una Constitución es y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental y, por tanto, ellos son los que deben determinar su significado y el de cualquier acto concreto del legislativo”³⁶. Luego, encontraremos que Hamilton sitúa la voluntad del pueblo en la Constitución; en caso de que la voluntad del legislativo, contenida en sus leyes, sea contraria a aquella, debe prevalecer la primera; la Constitución se considera como obra del pueblo; las leyes, como obra de sus agentes³⁷:

³³ PRIETO SANCHÍS (2013), p. 160.

³⁴ FIORAVANTI (2001), p. 103.

³⁵ *Ibid.*, p. 108.

³⁶ HAMILTON *et al.* (2015), pp. 550-551.

³⁷ HAMILTON *et al.* (2015), p. 551. “Es decir, la Constitución debe prevalecer sobre una ley ordinaria, y la intención del pueblo sobre la intención de sus agentes [...] Esta conclusión de ningún modo supone una superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo supone entender que el poder del pueblo es superior a ambos y que, cuando la voluntad del legislativo, plasmada en sus leyes, es contraria a la del pueblo, plasmada en la Constitución, los jueces deben estar gobernados por esta última y no por las primeras. Sus decisiones deben estar reguladas por las leyes fundamentales, no por las que no son fundamentales”.

Ninguna suposición o conocimiento de los sentimientos populares puede justificar un alejamiento de la Constitución por parte de los representantes, sin que antes haya tenido lugar un acto constituyente³⁸.

Fioravanti destaca que “el poder de los jueces a declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la constitución, que en seguida se desarrollará en la conocidísima dirección del control difuso de constitucionalidad” constituía “una elección casi obligada dentro de la constitución republicana, tan unida a la finalidad de evitar que los representantes del pueblo terminen por confundir su voluntad con la ley fundamental”³⁹:

Los jueces -en el momento en que declaran nula una ley contraria a la constitución- no están afirmando su superioridad sobre el legislativo, sino que son instrumentos de la constitución, que se sirve de ellos con la finalidad de reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría de turno.

En definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías -como el mismo Hamilton afirmaba- en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero con el mismo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos

³⁸ HAMILTON *et al.* (2015), p. 553. Para Nino, el identificar a la *constitución histórica* (“el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país”) con la *expresión más alta de la voluntad del pueblo*, pasa por alto que “la mayoría de las constituciones históricas vigentes en los diferentes países no han sido sancionadas por un procedimiento democrático genuino. Consideremos las constituciones de Estados Unidos y Argentina. Sólo una fracción de la población, en su mayoría hombres blancos y ricos, participaron en el proceso constitucional. En casos donde la constitución ha sido sancionada democráticamente, como en España, su vigencia se ve afectada debido al hecho de que la legitimidad democrática se diluye con el tiempo, dado que la constitución no puede expresar en forma permanente un consenso acerca de cómo el pueblo resolvería los conflictos sociales actuales. Véase: NINO (2003), p. 271.

³⁹ FIORAVANTI (2001), pp. 108-109.

están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber recibido del pueblo soberano mediante la constitución⁴⁰.

Para Loewenstein este control de constitucionalidad “es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política” y constituye, “sin duda, el rasgo más significativo y propio del sistema gubernamental americano, de tal manera que ha sido descrito, en diferentes ocasiones, como “judiciocracia” o “gobierno de los jueces”⁴¹. Resulta evidente que la función de un órgano con estos poderes es de carácter político porque *la sustancia el conflicto* lo es, “aunque la decisión esté revestida de forma judicial”, situación que corresponderá a la “judicialización de la política”⁴².

Al otro lado del Atlántico, la fórmula elegida sería distinta. En Francia, y tras la Revolución, la primacía la tendrá el poder legislativo⁴³, y el poder judicial “queda totalmente despolitizado por la revolución y reducido, por lo tanto, a la función de mero ejecutor de la ley”⁴⁴. Sin perjuicio de alguna propuesta en el sentido de asegurar el valor normativo y prescriptivo de la Constitución⁴⁵, el sitio donde se ubica el legislador en la filosofía francesa revolucionaria, hacía del todo incongruente una institución que, aunque indirectamente, viniera a limitar los poderes legislativos⁴⁶. Podemos relacionar esto con las explicaciones que da Louis Favoreau acerca del *rechazo del modelo americano* de revisión judicial, en particular, lo que denomina *sacralización de ley*: “[a] partir de la Revolución de 1789 [...] el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la ley se impone y difícilmente se discute [...] En los Estados Unidos, la Constitución es sagrada, y en Europa

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 109.

⁴¹ LOEWENSTEIN (2018), pp. 309-310.

⁴² *Ibíd.*, pp. 321-322.

⁴³ FIORAVANTI (2001), p. 119. Loewenstein también explica: “[e]n Francia, las constituciones revolucionarias, influidas por las experiencias habidas con los *parlements*, prescindieron significativamente de elevar la función judicial a la categoría de *partner* con los mismos derechos en el proceso político”. Véase: LOEWENSTEIN (2018), p. 67

⁴⁴ FIORAVANTI (2014), pp. 85-86.

⁴⁵ “Tan es así que el mismo Sieyès, precisamente con la finalidad de sostener el esfuerzo tendente a dar fuerza normativa a la Constitución, propuso instituir un jurado constitucional con la obligación de defender la Constitución de las violaciones que recibiera de alguno de los poderes constituidos”. Véase: FIORAVANTI (2001), p. 119.

⁴⁶ Ya más avanzado, en el siglo XX, Fioravanti plantea: “O baste pensar en la dificultad que existió en Francia, en el país que más se ha exaltado el papel del legislador y de los representantes de la nación o del pueblo soberano, para admitir la necesidad del control de constitucionalidad que, por el contrario, casi de inmediato asumió un papel central en Italia y en Alemania, y que en Francia se afirmó, y no por casualidad, sólo más tarde, a partir de los últimos años setenta y de una manera completamente particular”. Véase: FIORAVANTI (2001), p. 160.

lo es la ley”⁴⁷. Baste para estos efectos constatar que en la Declaración de derechos de 1789 se encuentra una sola vez la palabra constitución, mientras que la ley “nueve veces, y siempre en puntos decisivos, la palabra “ley”⁴⁸.

Luis Prieto Sanchís desarrolla el peso diferente que ambos procesos revolucionarios otorgan a la Constitución y a la ley, exponiendo que

En la tradición norteamericana, por ejemplo, la constitución y los derechos siempre se han concebido como normas superiores, inderogables por el legislador y judicialmente protegidas frente al mismo; mientras que la tradición europea que parte con la Revolución francesa generalmente se ha mostrado refractaria a ese modelo, confiando a la ley el propio reconocimiento o configuración de los derechos y, sobre todo, excluyendo su garantía judicial, no ya solo frente al legislador, sino que incluso durante algunos periodos también frente al poder ejecutivo⁴⁹.

Fioravanti sostiene que, en la lógica radical del movimiento revolucionario francés,

⁴⁷ FAVOREAU (1994), p. 19. Mal que mal, “la única revolución hecha verdaderamente en nombre de la constitución es la americana”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 98. Prieto Sanchís recuerda: “[e]l prestigio de la ley se forja en la filosofía de la Ilustración, que la concibe como el vehículo o instrumento de todo un proyecto de racionalización del orden político y social: como las leyes científicas, las normas jurídicas tenían que diseñar una suerte de cartografía práctica capaz de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas y la igualdad formal de sus participantes; de ahí que frente al inseguro Derecho consuetudinario y al pluralismo jurídico del Antiguo Régimen, la ley haya de ser escrita, además, en un estilo sencillo, claro e inequívoco, pública y susceptible de general conocimiento, estable o con vocación de permanencia, obra de un solo sujeto [...] reguladora omnicompreensiva y coherente de una cierta materia [...] dirigida a un sujeto también único (el *homo iuridicus*) y por ello mismo abstracta y general [...] Y, en fin, por si faltara algo para ver en la ley una suerte de realización terrenal de la justicia, también debía ser “expresión de la voluntad general”, lo que ha terminado interpretándose como “expresión de la voluntad del Parlamento””. Véase: PRIETO SANCHÍS (2013), p. 39.

⁴⁸ FIORAVANTI (2014), p. 97. “Es en efecto la ley -una única que abroga los privilegios del antiguo régimen- lo que sirve para garantizar los derechos individuales y sobre todo el principio de igualdad. La constitución puede indicar estos objetivos pero, en esencia, es, en primer lugar, el marco en el que se desarrolla esta obra decisiva de la ley. En una palabra, es esta última, más que la misma constitución, la que crea la nueva sociedad de los libres y los iguales”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 97. En otro pasaje: “[l]a ley es la realización de la revolución y todo se refiere a ella. Por esto el artículo más importante de la Declaración es, al final, el sexto, que dice así “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a su formación personalmente o a través de sus representantes” Este artículo explica por qué se confió a la ley la tarea de crear la sociedad nueva de los iguales y también de garantizarla”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 115. Por último, el mismo autor explica que el principio de igualdad “se daña en concreto cuando se amplía la libertad del intérprete y sobre todo la del juez. Por este motivo y una vez más en nombre de la igualdad, todos los textos normativos de la revolución, partiendo de las Constituciones, expresan una sustancial desconfianza hacia los jueces, presuponiendo la necesidad de contener la actividad de interpretación de la ley dentro de límites rigurosos”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 121.

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS (2013), p. 155.

la verdadera garantía contra el arbitrio del legislador no puede ser sino política. Consiste en la efectividad del papel del pueblo soberano al instruir a sus representantes o al revocar a quienes se apartan de esas instrucciones. Es el pueblo en primera persona quien se provee de garantías frente al legislador. Creer que esa función pueda ser desempeñada por un juez y que este, carente de legitimación democrática, pueda defender adecuadamente los derechos y la constitución, en lugar del pueblo en definitiva, es una pura locura, y si se pone en práctica, corre el riesgo de provocar un auténtico atentado a la constitución democrática [...] los instrumentos de tutela deben seguir siendo exclusivamente políticos, no pudiendo por ello admitir que entre ellos se encuentre y sea eficaz la interpretación constitucional por obra de los jueces, fruto de un saber técnico y con una precisa raíz histórica de carácter aristocrático⁵⁰.

Al final de cuentas, como manifiesta Prieto Sanchís, “la adopción de uno u otro modelo en forma alguna ha respondido a simples preferencias “técnico-jurídicas”, sino que ha venido determinada por circunstancias políticas y concepciones ideológicas de profundo calado”⁵¹.

3. Democracia constitucional: aparece la justicia constitucional especializada

El Estado constitucional, esto es, aquel dotado de una Constitución, concebida esta como “un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales, las cuales regulan las relaciones entre los detentadores y destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal”, de lo cual se sigue que “la existencia de preceptos formales que regulen el proceso gubernamental no significa imprescindiblemente que el clima político sea democrático”⁵², solo podrá gozar del calificativo de democrático, es decir, solo estaremos ante una democracia constitucional

⁵⁰ FIORAVANTI (2014), pp. 84-85. Agudamente, Fioravanti concluye que “este es el aspecto en el que se muestra más alejado del constitucionalismo actual, en el que ya ha adquirido un amplio espacio propio la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, por obra de los Tribunales Supremos. El constitucionalismo radical es el *constitucionalismo político* por excelencia, mientras que el constitucionalismo actual, en cierto sentido en oposición, a veces parece haber olvidado el origen político de las constituciones, tratándolas ya casi exclusivamente como puras normas jurídicas”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 85.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS (2013), p. 169.

⁵² LOEWENSTEIN (2018), p. 89.

cuando la masa de los destinatarios del poder, organizada como electorado en los partidos políticos y con la ayuda de elecciones honestas en base a un sufragio universal, particip[e] en el proceso político elevándose a la categoría de un independiente y originario detentador del poder. Esto ocurriría en Inglaterra, Francia, Estados Unidos y en otros países claves sólo en el siglo XIX⁵³.

Prieto Sanchís, rememorando a Riccardo Guastini, explica que la constitucionalización “debe concebirse como un proceso, no como una cualidad todo o nada, que se va fortaleciendo o enriqueciendo con sucesivos elementos o exigencias”, dentro de los cuales observamos, entre otros, la fuerza normativa o vinculante de la Constitución, su aplicación directa por los jueces y su garantía jurisdiccional⁵⁴. Ahora bien, como el mismo autor reconoce, existe una *tensión permanente* entre constitución y democracia:

la esencia de la democracia [...] parece consistir en que las decisiones políticas han de ser adoptadas según el principio mayoritario, es decir, al menos por la mitad más uno de los consociados; y la esencia del constitucionalismo parece ser que algunas decisiones sean queden protegidas o atrincheradas frente a esa mitad más uno. Según cuál sea la forma de articular estos dos principios suele hablarse de un constitucionalismo débil o deferente con la ley, y de un constitucionalismo fuerte que relega a esta última a un papel más o menos subalterno⁵⁵.

En el desarrollo actual de los regímenes democráticos el control de constitucionalidad de la legislación es un rasgo distintivo de nuestros gobiernos:

Hoy es imposible concebir un sistema constitucional sin un Tribunal o Corte Constitucional. Pero las condiciones de buen funcionamiento son precisas y creo que hay que elegir ciertas soluciones, pues no es posible disponer todo al mismo tiempo, de todas las competencias. Una

⁵³ *Ibíd.*, p. 90. Fioravanti afirma: “[a]l comienzo de las revoluciones, efectivamente, constitucionalismo y democracia no eran aliados”. Véase: FIORAVANTI (2014), p. 30.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS (2013), p. 68.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 156.

Justicia Constitucional con muchas atribuciones no funciona bien, es demasiado fuerte. El poder político va a ser su mayor opositor⁵⁶.

Soto nos entrega los números, que parecen hablar por sí mismos: “la revisión judicial de constitucionalidad es la regla general: 176 de 196 países incluyen alguna forma de control judicial de constitucionalidad, y 103 de los que lo contemplan consagran cortes constitucionales especializadas, como el caso chileno”⁵⁷. Luego,

[e]n una larga evolución que empieza luego de la Primera Guerra Mundial y que alcanza su clímax tras la caída del comunismo, la mayor parte de los países europeos establecen tribunales especiales con la finalidad de proteger sus constituciones de legislación que pudiera vulnerarlas. Europa es hoy claramente asociada con un “modelo centralizado” de revisión constitucional, donde un solo tribunal tiene la autoridad para declarar una ley como inconstitucional, mientras que Estados Unidos ejemplifica el “modelo descentralizado”, donde todos los tribunales están empoderados para apartar legislación que violente la Constitución⁵⁸.

No podrá comprenderse el modelo de justicia constitucional especializada si no se entiende la teoría de la constitución democrática de Hans Kelsen, esto es, “el tipo histórico de constitución que desde la Revolución francesa en adelante ha asumido la tarea de demoler, progresivamente, todo poder privado de un explícito fundamento normativo, de una formal atribución de competencia a través de las mismas normas constitucionales”⁵⁹. Esta constitución democrática es también republicana, pluralista y parlamentaria⁶⁰, donde la ley como *puro acto de voluntad de la mayoría*, esto es, “como instrumento de dominio de algunos intereses sociales sobre otros, para Kelsen es absolutamente necesario poner un límite a la ley”, lo que ocurre con el

⁵⁶ FAVOREAU (2019), p. 16. Cf. COUSO SALAS (2011), p. 1518: “trayendo de vuelta el punto de vista interno acerca del concepto de constitucionalismo, es importante desentrañar este último para identificar sus elementos esenciales y los contingentes. Cuando se hace eso, se encuentra que, para toda la celebración de la revisión judicial de la constitución típica de las últimas décadas, esta institución no es un *sine qua non* del constitucionalismo liberal-democrático”.

⁵⁷ SOTO VELASCO (2020), p. 146.

⁵⁸ FERRERES COMELLA (2004), p. 1705.

⁵⁹ FIORAVANTI (2001), p. 154.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 155-156.

“control de constitucionalidad confiado al tribunal constitucional”⁶¹. En este sentido, la ley merece tal nominativo

sólo en cuanto, realice en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en realidad. Así, entre una constitución democrática que contiene ese ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como puro acto de la mayoría, no se debe dudar en preferir la primera y conminar a la segunda a una verdadera y propia sanción de invalidez a través del pronunciamiento del tribunal constitucional⁶².

En un estudio comparativo de las constituciones norteamericana y austríaca, Hans Kelsen aborda las diferencias con las que en ambos países se trató la revisión judicial. Para Kelsen -quien consideraba que la obligatoriedad de una Constitución depende de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales⁶³- el modelo estadounidense implica que “la no-aplicación de una norma inconstitucional se produce al autorizar a los órganos que aplican la ley para examinar la constitucionalidad de la norma que tienen que aplicar en un caso concreto, y para negar su aplicación en este caso particular si hallan que la norma es inconstitucional”⁶⁴. Para el praguense, el que solo se pueda invalidar la norma para el caso concreto, manteniéndose la norma, fuera de este proceso, válida, pudiendo por lo tanto ser aplicada en otros casos, tiene el evidente *riesgo de falta de uniformidad* (que también califica como *peligro de práctica contradictoria*) acerca de la constitucionalidad -o no- de la norma: “un órgano puede aplicar la ley porque la considera constitucional, mientras que otro órgano desechará su aplicación sobre la base de su supuesta inconstitucionalidad”⁶⁵.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 157-158.

⁶² *Ibid.*, p. 158.

⁶³ KELSEN (2011), p. 295.

⁶⁴ KELSEN (1942), pp. 184-185. “En el sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico: a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional, como tampoco existe un contencioso administrativo o judicial, pues no hay razón alguna para distinguir entre los asuntos presentados ante un mismo juez”. Véase: FAVOREAU (1994), p. 15.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 185.

Por el contrario, en el diseño austriaco bajo la Constitución de 1920, se logra la *centralización* de la función de revisión judicial al reservarla a un tribunal especial fuera de la jurisdicción ordinaria, la llamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)⁶⁶, que constituye el “[t]ribunal constitucional más antiguo y el que, en cierto modo, ha creado el modelo en el que se inspiraran los demás Tribunales instituidos en Europa”⁶⁷. Este tribunal constitucional, entendido como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”⁶⁸, tendrá el poder de anular la ley (o una disposición de ella) que cree inconstitucional de modo general, la que, por lo tanto, cesa de existir⁶⁹. Luego, la Constitución austriaca contemplaba que la decisión anulatoria tendría efecto desde el día de su publicación, a menos que la Corte estableciera un aplazamiento (no mayor a un año), lo que permitía a la legislatura reemplazar la ley impugnada por una nueva ley constitucional antes que la anulación se hiciera efectiva⁷⁰. Por otra parte, el control comprende tanto el aspecto formal como el contenido del acto⁷¹ y los fallos tienen efecto de cosa juzgada⁷².

Para Kelsen, este acto por el cual la Corte Constitucional anula una ley *tiene la misma naturaleza que una ley que deroga otra ley*, por lo que le confiere el carácter de *un acto negativo de legislación*⁷³. De esta condición, el austriaco deduce que los integrantes de la Corte tienen que ser elegidos por el legislativo:

Desde que la Constitución otorga a la Corte Constitucional una *función legislativa*, esto es, una función que, en principio, está reservada al Parlamento, la Constitución austriaca de 1920 consagró que los miembros de la Corte Constitucional tienen que ser elegidos por el

⁶⁶ Previo a la Constitución de 1920, los tribunales austriacos tenían la facultad muy reducida para examinar la constitucionalidad de la ley, solo en lo respecta a su publicación. En este sentido, Kelsen explica que uno de los propósitos de la reforma constitucional de 1920 fue *ampliar* estos poderes, “no considerándose deseable conceder a cada tribunal un poder ilimitado de descartar la constitucionalidad de la ley. En otra parte, Kelsen reconoce que “fue especialmente la experiencia de la práctica constitucional en los Estados Unidos lo que influyó en la regulación de esta cuestión en la Constitución austriaca”. Véase: KELSEN (1942), p. 185 y p. 194.

⁶⁷ FAVOREAU (1994), p. 43.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁹ KELSEN (1942), p. 186. La Corte Constitucional de Austria podía efectuar un control de constitucionalidad abstracto y preventivo. Véase: NINO (2003), p. 258.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 187.

⁷¹ KELSEN (2011), p. 284.

⁷² FAVOREAU (1994)

⁷³ KELSEN (2011), p. 284.

Parlamento y no ser nombrados por la administración, como otros jueces [...] la mitad de los miembros de la Corte son elegidos por la Cámara de Representantes, mientras que la otra mitad de los jueces son elegidos por el Senado (Artículo 146). Esta forma de conformar la Corte fue aceptada con el objeto de hacerla lo más independiente posible de la administración⁷⁴.

El jurista austriaco estimaba que la principal diferencia entre ambos modelos concernía al *procedimiento* a través del cual una ley puede ser declarada inconstitucional: bajo la configuración estadounidense, la cuestión de inconstitucionalidad surge de manera *incidental* cuando una parte sostiene que la aplicación de una ley en un caso concreto constituye una vulneración a sus intereses, por lo que el espíritu de la revisión judicial en ese país no es el establecimiento de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley⁷⁵. En contraste, el diseño kelseniano incluye múltiples gatilladores de la jurisdicción constitucional; en su origen bajo la Constitución de 1920, los legitimados para recurrir eran el gobierno federal (contra leyes provinciales) y los gobiernos provinciales (contra las leyes federales), también la Corte podría recurrir de oficio sobre la constitucionalidad de una ley; en 1925 se estatuye el control preventivo o *a priori* respecto de proyectos de ley o actos administrativos, y en 1975 se otorga legitimación a parlamentarios y a los ciudadanos⁷⁶. De hecho, si bien este modelo rechazaba una acción popular para poner en movimiento la jurisdicción constitucional, insta por algo próximo, permitiendo a las partes del proceso -judicial o administrativo- interponer el recurso de inconstitucionalidad contra actos judiciales o administrativos dictados “en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal”; tratándose del recurso contra leyes, es legitimada una minoría calificada del parlamento, en resguardo de la protección de las minorías; y cuando se trata del control de una norma general, el mismo Tribunal Constitucional puede iniciar de oficio el procedimiento⁷⁷.

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 187-188. En otros pasajes, afirma que la revisión judicial de la ley “es una función legislativa y no puramente judicial” y que “el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga -por la independencia de sus miembros- la organización de tribunal [...] No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”. Véase: KELSEN (1942), p. 200 y (2011), p. 275, respectivamente.

⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 192-193.

⁷⁶ FAVOREAU (1994), p. 51.

⁷⁷ KELSEN (2011), pp. 292-293. Si bien Kelsen atribuía una *importancia primordial* al modo de iniciar el procedimiento ante la Corte constitucional, estimaba que una acción popular no era recomendable “porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos”. Véase: KELSEN (2011), p. 291. Respecto del control a posteriori, Favoreu describe los diversos modos de iniciarlo. Así, en *el recurso por los gobiernos provinciales*, “los gobiernos provinciales han podido deferir al Tribunal las leyes federales por violación de la Constitución (el Gobierno federal puede actuar de la misma manera respecto de las leyes provinciales). Se trata de hacer respetar las reglas relativas al departamento de las

4. Críticas a la justicia constitucional

Décadas más tarde, a mediados del siglo pasado, Alexander Bickel acuñaría el famoso concepto de *dificultad contramayoritaria* que se predica de la revisión judicial que ejerce la Corte Suprema de Estados Unidos. En su conocida obra *La rama menos peligrosa*, refiere lo siguiente:

LA RAMA menos peligrosa del gobierno estadounidense es el tribunal de justicia más poderoso que el mundo haya conocido nunca. La facultad que distingue a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos es la de la revisión constitucional de los actos de las otras ramas de gobierno, la federal y las estatales. Algo muy curioso es que la facultad de revisión judicial, como se la llama, no deriva de ningún mandato constitucional explícito. La autoridad para determinar su el significado y la aplicación de una constitución escrita no se encuentra definida y ni siquiera es mencionada en ningún lugar del propio documento⁷⁸.

Ubicando temporalmente el hecho que se establece esta institución, en el año 1803, con la sentencia recaída en el caso *Marbury v. Madison*⁷⁹, Bickel asegura que “[l]a dificultad de raíz es que la revisión judicial

competencias entre Federación y Länder, o bien de las reglas del fondo”. Luego, *el recurso por las jurisdicciones*, permite que el Tribunal administrativo y el Tribunal Supremo de Justicia remitan a la Corte Constitucional “las cuestiones de constitucionalidad planteadas a propósito de las leyes que debían aplicar”. Tercero, *el recurso por los parlamentarios*, que desde 1975 habilita a la tercera parte de los diputados del Consejo nacional para impugnar la constitucionalidad de una ley, “la misma facultad puede ser reconocida por la Constitución de un Land a la tercera parte de los diputados de la Dieta de ese Land”. Cuarto, *el recurso por los individuos*, también de 1975, según el cual “pueden impugnar la constitucionalidad de una ley federal, con la condición de que sus derechos hayan sido violados por la ley en cuestión, y que esta ley sea aplicable sin la intervención de una decisión judicial o administrativa”. En quinto y último lugar, *el recurso de oficio del Tribunal*: “[d]esde su origen, al Tribunal se le ha reconocido la facultad de examinar de oficio la constitucionalidad de una ley cuando ésta debe servir de base a una de sus decisiones, y tiene dudas sobre su constitucionalidad [...] ésta es la vía esencial del control de constitucionalidad de las leyes en Austria”. Véase: FAVOREAU (1994), pp. 52-55.

⁷⁸ BICKEL (2020), p. 17. Favoreau coincide: “[e]l verdadero problema, en efecto, para un Tribunal constitucional reside en el hecho de que puede corregir, e incluso anular, las opciones políticas fundamentales del legislador, representante de la voluntad general”. Véase: FAVOREAU (1994), p. 35. Acerca de la inexistencia de una provisión constitucional, Tushnet señala: “[e]l pueblo de los Estados Unidos, actuando a través de nuestras instituciones, tuvo que definir los contornos de nuestro sistema de revisión judicial porque la Constitución nada dice respecto de esta institución”. Véase: TUSHNET (2003), p. 2783.

⁷⁹ Ídem. Más adelante, Bickel mantiene que “aunque los artífices de la Constitución no habían logrado ser explícitos con respecto a la función de la revisión judicial, la evidencia de sus deliberaciones demuestra que la previeron -que, en realidad, la prepararon- [...] los artífices de la Constitución esperaban, específica aunque tácitamente, que los tribunales federales asumieran la facultad - de cualquier dimensiones exactas que fuesen- para juzgar la constitucionalidad de los actos del Congreso y del presidente del país, así como la de los diversos estados”. Véase: BICKEL (2020), pp. 30-31.

es una fuerza en nuestro sistema que va en contra de la mayoría”, denunciándola como *no democrática*: “la revisión judicial es la facultad para interpretar y aplicar la Constitución, en las cuestiones de mayor trascendencia, en contra de los deseos de una mayoría legislativa, que, a su vez, carece de poder para afectar la sentencia judicial”⁸⁰, por lo que constituye “una forma de desconfianza del Poder Legislativo”⁸¹.

Acerca de quienes ejercitarían tan altos poderes, para los *Padres Fundadores*, los nombramientos por un período limitado de tiempo eran contraproducentes para la necesaria independencia judicial⁸²; al contrario, Bickel observó en esto un disvalor: “no se puede negar la interrogante acuciante: ¿cómo y de dónde, nueve abogados que poseen cargos vitalicios, diseñan o derivan principios que están preparados para imponer sin recurso a una sociedad democrática?”⁸³. Carlos Santiago Nino lo resume también: “¿por qué estos órganos contramayoritarios van a prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular en una serie de cuestiones que tienen que ver con los derechos de los individuos?”⁸⁴. En otro pasaje:

De este modo, tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático⁸⁵.

La *dificultad contramayoritaria*, por lo tanto, consiste en un “desacuerdo acerca entendimiento de la Corte sobre la inconstitucionalidad de una ley dada, por un lado, y las creencias de la legislatura democráticamente

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 31-35.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 37. En otra parte: “la revisión judicial, en esencia va en contra de la teoría democrática que, en último caso, en una sociedad que en todos los demás sentidos reposa sobre esa teoría, la revisión judicial no puede ser eficaz. Pagamos el precio de una grave contradicción interna en el principio básico de nuestro gobierno, lo cual es un inconveniente, un inconveniente peligroso y, al final, nada provechoso, porque, cuando llegue la gran prueba, la revisión judicial no estará a la altura del principio”. Véase: BICKEL (2020), p. 38.

⁸² *Ibíd.*, p. 554.

⁸³ BICKEL (2020), p. 248. Nino distingue los tribunales constitucionales de inspiración europea y la Corte Suprema estadounidense, en el sentido que los primeros, que cuentan “con miembros que son periódicamente renovados y elegidos por diferentes cuerpos representativos de la soberanía popular, mantienen una legitimidad democrática mayor” que la segunda. Véase: NINO (2003), p. 292.

⁸⁴ NINO (1989), p. 84.

⁸⁵ NINO (2003), p. 259.

elegida que la aprobó, por otra parte⁸⁶. Con esta explicación, deseamos poner sobre la mesa que el desarrollo del control judicial de la ley a la luz de su constitucionalidad ya sea en su modelo europeo o estadounidense, no quedó exento de críticas, las que perduran, hasta el día de hoy:

En una sociedad democrática, la práctica de la revisión constitucional plantea preguntas acerca de quién debe llevar a cabo tal revisión y al mismo tiempo reconocer tácitamente la dificultad de justificar cualquier delegación al otorgar la autoridad final a un actor o institución específica a expensas de otros⁸⁷.

Bajo otra mirada crítica -sin embargo favorable a la revisión judicial de la ley-, Cristina Lafont identifica dos preguntas fundamentales: cómo reconciliar el constitucionalismo con el ideal democrático de autogobierno (lo que, en su entender, varía según la propia concepción de la democracia a la que se adhiera), y si es legítimo delegar la tarea de revisión constitucional a la rama judicial del Estado, en particular⁸⁸, reconociendo que no existe una respuesta única a la cuestión del diseño institucional en esta materia⁸⁹. Como ya vimos, muchos años antes, Bickel ya había planteado esta interrogante, cuando siguiendo el razonamiento del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, sostiene que aquél sabía que,

en la mayoría de las ocasiones, la incompatibilidad de una ley con la Constitución no es evidente por sí misma; que, antes bien, es una cuestión política que alguien tiene que decidir. El problema es quién: ¿los tribunales, el propio Poder Legislativo, el presidente del país, quizá los jurados para los propósitos de los juicios penales o, en última instancia y finalmente, el pueblo, por medio del proceso electoral?⁹⁰

⁸⁶ LAFONT (2020), p. 227.

⁸⁷ LAFONT (2016), p. 265.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ LAFONT (2020), p. 224.

⁹⁰ BICKEL (2020), p. 19. El *chief justice* Marshall resuelve: "Entre estas alternativas no hay posibilidad intermedia. La Constitución es o una ley superior, principalísima, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como otras leyes, es alterable cuando a la legislatura le parece [...] Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley si la última parte es verdad, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, de limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza [...] una ley de la legislatura, repugnante a la Constitución, es nula [...] Entonces, si las cortes deben contemplar la constitución y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no tal ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplican [...] la peculiar fraseología de la constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las

Para Kelsen, era imperativo que el control de constitucionalidad de la ley recayera en una institución diversa del legislativo⁹¹:

Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional [...]

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente a él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales -esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional-⁹².

Sin embargo, esta concepción primigenia dentro del establecimiento de la justicia constitucional en Europa ha sido contestada. Así, Nino también refiere que la revisión de constitucionalidad de la ley puede recaer perfectamente en

otra institución o procedimiento para resolver cuestiones de inconstitucionalidad que no involucren el control judicial de constitucionalidad. Esto puede darse por medio de un órgano político o por la apelación directa al electorado, ya sea a través de alguna institución formal (un plebiscito) o el recurso difuso que permita a algún ciudadano a desobedecer una ley inconstitucional.

Por lo tanto, no es verdad que en un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la constitución. La revisión es necesaria, pero ésta no tiene que ser necesariamente judicial. El

constituciones escritas, que una ley repugnante a la constitución es nula, y que las cortes, tanto como otros departamentos se hallan legalmente obligados por ese instrumento [...] La regla debe ser cumplida". Véase: PETRACCHI (1962), pp. 302-305.

⁹¹ "La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional". Véase: KELSEN (2011), p. 276.

⁹² KELSEN (2011), p. 274. El jurista también se hace cargo de las objeciones a este sistema, las que se reducen fundamentalmente a su incompatibilidad con la soberanía del parlamento y a la invasión al poder legislativo. Véase: KELSEN (2011), pp. 274-276.

poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema⁹³.

También en nuestro idioma, y dentro de la cultura jurídica europeo continental, se ha manifestado que el modelo de jurisdicción concentrada es “un cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días, un residuo de otra época y de otra concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios”⁹⁴, mientras que el modelo difuso sería más coherente con el principio democrático, desde que “en ningún caso desemboca en una declaración formal de nulidad de la ley, con lo que no solo se salvaguarda el criterio mayoritario y la intangibilidad de sus decisiones, sino que la norma sigue vigente para la eventual regulación de otros casos”⁹⁵.

Jeremy Waldron desarrolla el argumento contramayoritario, demostrando su rechazo a al control judicial de la ley⁹⁶, alegando que olvida los principios de representación e igualdad política⁹⁷. El autor neozelandés supone que el desacuerdo sobre los derechos y sus alcances es natural, y que son “problemas relevantes de la filosofía política, que tienen consecuencias significativas para la vida de muchas personas”⁹⁸, por lo que resulta crítico que los ciudadanos que “compart[an] una teoría sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones a emplear para resolver los desacuerdos”⁹⁹, aun cuando reconoce que “[n]ingún proceso

⁹³ NINO (2003), p. 269. Si bien Nino es, en términos generales, contrario al control judicial de leyes aprobadas tras un proceso democrático, distingue “tres amplias excepciones a esa negativa. Esas excepciones incluyen la determinación de si la ley respeta los presupuestos del proceso democrático, la descalificación de las leyes fundadas en razones perfeccionistas y el examen de si la ley en cuestión afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable”. Véase: NINO (2003), p. 292.

⁹⁴ PRIETO SANCHÍS (2013), pp. 170-171.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 171.

⁹⁶ Waldron (2018), p. 56.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 60. En su famoso ensayo titulado “La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad”, Waldron advierte que este argumento se aplica a un “caso central” (*core case*), “en el que la objeción al control judicial se muestra en su forma más clara, respecto de los casos no centrales (*non-core cases*), en que el control judicial puede considerarse apropiado, como recurso anómalo, para tratar con patologías especiales”. Renglón seguido, clarifica que el argumento es *condicional*, ya que contempla cuatro supuestos, de modo que “si alguna de las condiciones falla, el argumento no podría sostenerse”. Los cuatro supuestos de Waldron, entonces, son: “1. instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo electo por sufragio universal de la población adulta; 2. un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente correcto, establecidas sobre bases no representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el Estado de derecho; 3. un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de sus funcionarios con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y 4. un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del verdadero alcance del compromiso con los derechos y sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos”. Véase: WALDRON (2018), pp. 67-69.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 76.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 81.

de toma de decisiones será perfecto”¹⁰⁰. Waldron también concede un lugar especial a la distinción entre control judicial y supremacía judicial, siendo esta última “la tendencia de cualquier arreglo institucional que permite que estas cuestiones vitales y divisivas sean resueltas por los tribunales”¹⁰¹; o, visto desde otro ángulo, “un asunto importante que no había sido resuelto explícitamente en la Constitución será ahora resuelto de manera decisiva y exclusiva por el razonamiento de un tribunal”¹⁰².

En años recientes, autores como Conrado Hubner Mendes, en un enfoque que pretende superar el binarismo de supremacía parlamentaria-supremacía judicial, correspondientes a teorías de la última palabra¹⁰³, ha defendido las teorías del diálogo institucional¹⁰⁴, teniendo presente además que las decisiones colectivas acerca de los derechos “no se logran aisladamente, ni por los parlamentos ni por los tribunales, sino por la interacción entre ellos”¹⁰⁵. Esta *tercera vía* -que abarca distintas versiones- se caracteriza por “el rechazo de una visión juriscéntrica y monopolístico de interpretación constitucional, que debe ser ejercida por todas las ramas; [y] el rechazo de una última palabra, o, a lo menos, que un tribunal constitucional pueda tenerla gracias a la existencia formal de la revisión judicial”¹⁰⁶.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 82.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 127, 132.

¹⁰² *Ibíd.*, 234.

¹⁰³ Linares agrega: “[t]eóricamente, si es el Congreso quien tiene la última palabra, la decisión que se tome tras el diálogo interorgánico tendrá credenciales democráticas, pues la decisión que prevalece es aquella que emana del procedimiento que respeta *mejor* el derecho de participación en pie de igualdad. Si en cambio es la justicia constitucional la que tiene la última jugada, entonces la decisión que se adopte gozará de títulos democráticos más débiles, pues el vínculo representativo de los jueces y el pueblo es más endeble”. Véase: LINARES (2008a), p. 514.

¹⁰⁴ MENDES (2009a), p. 73. En su obra, Mendes revisa las múltiples razones a favor y en contra de la supremacía judicial y de la supremacía legislativa. Respecto de esta última, explica que los “[d]efensores de la supremacía legislativa invocan, a lo menos, dos valores para una defensa positiva de los parlamentos: (i) representación electoral, un mecanismo que es utilizado para replicar al Pueblo, en una escala menor; y (ii) la regla de la mayoría, un mecanismo procedimental que promueve la igualdad”. Véase: MENDES (2009a), p. 97. Para cerrar el punto, debe notarse que la supremacía judicial “que se refiere a quién tiene la última palabra institucional” no es equivalente a la facultad interpretativa de la Constitución, que se encuentra “distribuida en todos los poderes”; como apunta Linares, “[e]s útil recordar, en ese sentido, que ni Madison ni Hamilton -padres del modelo norteamericano- ni Kelsen -padre del modelo europeo- denegaron al Congreso la facultad de interpretar la Constitución”. Véase: LINARES (2008a), p. 492. De manera similar, y en nuestro país, Verdugo plantea que “es posible concebir un modelo de revisión judicial basado con el principio de supremacía constitucional, sin la noción de supremacía judicial”. También sostiene, criticando a Waldron, que el modelo de “todo o nada” sobre quién debe adoptar la decisión final “impide la posibilidad de que un sistema de frenos y contrapesos provoque un diálogo jurídico-político entre los representantes del Derecho (jueces, abogados, académicos, agencias, etc.) y de la política (parlamentarios, ministros de Estado, dirigentes de partidos políticos, etc. [...]) Antes de preguntarse quién debe cerrar el debate, hay que preguntarse lo siguiente: ¿es necesario que [sic] el cierre del debate?” Véase: VERDUGO RAMÍREZ (2013), p. 191 y p. 198.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 110.

¹⁰⁶ MENDES (2009b), p. 193. En la continuación de su artículo, Mendes clarifica que existen dos líneas principales dentro de las teorías del diálogo. La primera propone que la decisión judicial se base en una interacción con los parlamentos, teniendo en cuenta las diferencias de grado en la materia; entre una orientación judicial más deferente y minimalista y una más intrusiva y maximalista.

En fin, tanto los detractores como también algunos de los defensores de esta institución coinciden en que es una práctica no democrática, calificándola como *el resultado de un compromiso entre dos objetivos normativos potencialmente incompatibles: la protección de las minorías y el autogobierno democrático*, de modo que “una pérdida en el autogobierno democrático es simplemente el precio que se debe pagar” por tener revisión judicial¹⁰⁷.

5. Una contra respuesta: la doctrina neoconstitucional

Pozzollo sitúa las raíces del neoconstitucionalismo surge en Europa, luego de las constituciones tras la segunda posguerra y a partir del trabajo inicial de los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia, aunque su formulación data de finales del siglo XX, lo que coincide “con el cambio institucional que durante el mismo período se fue desarrollando en América Latina”, con la “adopción de un gran número de constituciones extensas, ricas en derechos y principios”¹⁰⁸. En específico, se sostiene que la inactividad o lentitud del legislador repercutió en “una actitud activista por parte de quienes podían interpretar directamente los principios superiores: los jueces constitucionales”, destacando también el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁹.

El neoconstitucionalismo, por otra parte, se opone explícitamente al positivismo jurídico¹¹⁰. Luego, si bien nos avisa que existen diversos neoconstitucionalismos, Prieto Sanchís arguye que sus rasgos distintivos son reconocibles como:

- a) El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución como norma suprema [...]
- b) La rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que

La segunda define el diálogo como “el producto de la separación de poderes, un corolario inexorable de diseño institucional, no de la “voluntad” de cada rama para unirse a la conversación”. Véase: MENDES (2009b), p. 193.

¹⁰⁷ LAFONT (2016), p. 266.

¹⁰⁸ POZZOLLO (2016), p. 149.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ POZZOLLO (2016), p. 144.

pretenden trazar límites negativos y positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente [...] c) La garantía judicial y la aplicación directa de la constitución [...] d) Rigidez constitucional¹¹¹.

Estas características se traducen también en una *creciente densidad normativa* de la Carta Fundamental “en forma de valores, principios y derechos y, sobre todo, al decidido judicialismo en que al parecer desemboca dicho modelo”¹¹², lo que se produciría de la siguiente manera:

las constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado imprecisa o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser acordadas por las generaciones del presente a través del legislador democrático. Que digan demasiado equivale a cercenar la esfera de la legislación, y que lo hagan de forma demasiado imprecisa equivale a fortalecer la figura del juez; por uno y otro lado la ley pierde valor y virtualidad¹¹³.

Peculiaridad con la que concuerda Susanna Pozzollo, para quien la jurisprudencia tiene un rol determinante, tanto en “la revisión judicial de las leyes y en la necesaria y constante defensa del carácter supraordenador de la constitución, lo que requiere entonces un control continuo sobre el trabajo del legislador”, de modo tal que la función judicial representa “un fuerte factor de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ya que la implementación de los principios y de los derechos se desarrolla en una cooperación entre legislación y jurisdicción”, lográndose que “la constitución permea o impregna el sistema jurídico en su totalidad”¹¹⁴. La contrapartida de esta actividad es que, coincidiendo con Prieto Sanchís, “el ordenamiento constitucionalizado acaba reduciendo o eliminando todas las áreas políticas donde el legislador puede elegir libremente, porque cualquier materia es ahora justiciable bajo los principios constitucionales”, con el consiguiente “riesgo de una creciente politización de la magistratura”¹¹⁵.

¹¹¹ PRIETO SANCHÍS (2013), pp. 25-30.

¹¹² *Ibid.*, p. 34.

¹¹³ *Ídem.*

¹¹⁴ POZZOLLO (2016), pp. 146-147.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 147.

6. Nuevos modelos de justicia constitucional

Ya hemos analizado las limitaciones de la democracia representativa: no requiere formas adicionales de participación popular además del voto, pudiendo tener incluso el efecto de debilitarlo al no comprometerse con el establecimiento de la agenda por los ciudadanos comunes y al permitir una completa desconexión entre las decisiones de los representantes y las preferencias de los representados¹¹⁶. H el ene Landemore es categ orica cuando afirma que la democracia así concebida equivalía a un genuino gobierno del pueblo pudo haber funcionado en el siglo XVIII, pero no a inicios del siglo XXI, por la siguiente razón: “la forma representativa de gobierno fue diseñada en su mayor parte para mantener al pueblo a una distancia segura de cualquier poder real de toma de decisiones”¹¹⁷, con lo cual concuerda Manin: “el gobierno representativo fue concebido en explícita oposición a la democracia”¹¹⁸. En nuestra lengua, Gargarella coincide: “el actual sistema representativo, desde el momento en que fue concebido, tuvo como objetivo el separar a los representantes de los representados [...] se procur  poner distancia entre la clase dirigente y la ciudadanía”¹¹⁹.

A partir de su carácter elitista, que genera una fisura entre el pueblo y la clase que legisla y establece políticas públicas y que supuestamente lo representa, Landemore deduce que la democracia representativa tal como la conocemos ha resultado ser un paradigma excluyente, no uno verdaderamente democr tico¹²⁰. La democracia liberal, así, sufriría de un déficit democrático y una crisis de legitimaci n¹²¹.

a. La ciudadanía como iniciadora de la discusión constitucional

En este escenario crítico, surge la variante participativa de la democracia: la representación del pueblo a través de legisladores que se eligen periódicamente aparece como insuficiente¹²², por lo que es menester

¹¹⁶ LANDEMORE (2017), p. 55

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 56.

¹¹⁸ MANIN (2006), p. 289.

¹¹⁹ GARGARELLA (1995), p. 89.

¹²⁰ LANDEMORE (2017), p. 57.

¹²¹ ELSTUB (2018), p. 1.

¹²² *Ibíd.*, p. 3

recurrir a mecanismos que permitan a los ciudadanos involucrarse más activamente en la toma de decisiones, es decir, tiene en su centro a una ciudadanía *políticamente activa*¹²³. Para ello, es preciso democratizar el Estado “haciendo el parlamento, la burocracia estatal y los partidos políticos más abiertos y responsables”¹²⁴. Desde este ángulo que busca una dimensión activa del pueblo como agente político, la apatía y la sensación de poca eficacia de la política pueden romperse si se logra que la democracia esté presente en la vida cotidiana de las personas¹²⁵:

Si las personas tienen conocimiento de oportunidades que existen para una participación efectiva en la toma de decisiones, probablemente creerán que la participación merece la pena, probablemente participarán activamente y, probablemente, además, sostendrán que las decisiones colectivas deben ser vinculantes. Por otra parte, si las personas son sistemáticamente marginadas y/o pobremente representadas, probablemente creerán que solo rara vez sus posturas y preferencias son tomadas seriamente, medidas equitativamente con aquellas de otros o evaluadas en un proceso que es imparcial o justo. Por lo tanto, probablemente encontrarán pocas razones para participar en, y los considerarán como autoritarios, los procesos de toma de decisiones que afectan sus vidas¹²⁶.

Temporalmente, la democracia participativa nace en 1962 en la *Declaración de Port Huron* por parte de los *Estudiantes por una Sociedad Democrática*¹²⁷. Esta vertiente se rebela contra la teoría predominante afirmando que “los ciudadanos, en las circunstancias precisas, deberían, podrían y participarían efectivamente en el proceso democrático”¹²⁸ y que son las inequidades socioeconómicas y no una elección racional o su incapacidad lo que llevan a una apatía política ciudadana: “dados los incentivos y oportunidades para ser informados, los ciudadanos tendrán interés en la política y obtendrán las habilidades para participar, superando por consiguiente, las barreras racionales instrumentales para la participación política”¹²⁹. De esta

¹²³ PATEMAN (2012), p. 7.

¹²⁴ HELD (2006), p. 211.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 212.

¹²⁶ *Ídem.*

¹²⁷ ELSTUB (2018), p. 2.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹²⁹ *Ídem.*

forma, los ciudadanos se *involucran* con la sustancia de la ley y las políticas, y no simplemente *delegan* su responsabilidad a sus representantes; de lo cual aparece que “la participación política en el formato democrático tradicional de votar en elecciones es considerado simplemente como insuficiente, por estos estándares, en el sentido del número y de la diversidad de ocasiones para participar”¹³⁰. Dentro de sus justificaciones, destacamos que al hacer que

los ciudadanos tomen decisiones que los afectan, sea en la esfera política, social o económica, la igualdad política y la autonomía personal se ven fortalecidas. Entrega el verdadero sentido de democracia como “gobierno del pueblo”. A su turno, la democracia se profundiza y es mejorada, a medida que mayor participación ciudadana puede incrementar la confianza en las instituciones políticas, que así ganan mayor apoyo público¹³¹.

Para estos fines, Carole Pateman identifica diversos elementos propios de la democracia participativa:

- “Se necesita que los individuos aprendan a participar”, lo que enfatiza el aspecto educativo de la democracia participativa. Por lo tanto, “los individuos necesitan interactuar dentro de estructuras orgánicas democráticas que hacen posible la participación”.
- “La teoría democrática participativa es un argumento acerca de la democratización [...] es sobre cambios que harán nuestra propia vida social y política más democrática, que proveerán oportunidades a los individuos para participar en la toma de decisiones en su vida diaria así como también en el sistema político más amplio. Se trata de democratizar la democracia”.
- “Los cambios requeridos son estructurales; necesitan reformar las estructuras orgánicas no democráticas”¹³².

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 4.

¹³² PATEMAN (2012), p. 10.

Bajo este esquema, son los ciudadanos -en contraposición a sus representantes- quienes toman las decisiones¹³³.

En lo que concierne al control de constitucionalidad de la ley, el rol de la ciudadanía sería bastante marginal, ya que delegan la función o a los tribunales o a la legislatura (*perspectiva juriscéntrica*) lo que resulta contraproducente desde que las personas no solo deben reconocerse como *sujetos de la ley* sino que también como *autores de las leyes por las cuales se obligan* y porque quienes gatillan la revisión judicial son precisamente los ciudadanos a través de su derecho a la respuesta legal (*citizen's right to legal contestation*)¹³⁴, que incluye el derecho a recibir un examen justo de su reclamo de que una ley determinada infringe sus derechos fundamentales inaugurando un *debate público sobre derechos fundamentales*; es esta *su contribución a la democracia*¹³⁵. Lafont cree, por lo tanto, que la legitimidad democrática de la revisión judicial se sitúa justamente “en el importante papel que ejerce al asegurar la efectiva participación de todos los ciudadanos en idénticos términos para moldear el contenido y extensión de sus derechos”¹³⁶, haciéndola equivalente a una forma de control democrático¹³⁷.

b. El aporte de la democracia deliberativa: diálogo entre los poderes y las personas

La teoría acerca de la democracia deliberativa surge en a finales de los 80s y a principios de los 90s¹³⁸, como un desarrollo de la democracia participativa¹³⁹. Para Pateman, empero, ambas no son equivalentes: “[d]emocracia participativa, sostengo, es diferente de la democracia deliberativa. Deliberación, discusión y

¹³³ ELSTUB (2018), p. 5. De la mixtura de las variables de quién toma las decisiones -ciudadanía versus representantes- y de qué manera se toman -mecanismos agregativos y mayoritarios versus deliberativos- Elstub, basado en della Porta, categoriza diversas concepciones de democracia: “[l]a primera, *democracia liberal agregativa*, combina representación y voto por mayoría. La segunda es *democracia agregativa participativa*, sin deliberación y con visiones políticas e identidades formadas de manera externa externa al proceso democrático en lugar de dentro de este -por lo tanto, combinando participación con voto por mayoría. Terceramente, tenemos *democracia deliberativa liberal*, donde los representantes deliberan para tomar decisiones [...] queda el cuarto concepto, *democracia deliberativa participativa*, donde los ciudadanos deliberan para tomar decisiones colectivas”. Véase: ELSTUB (2018), p. 5.

¹³⁴ LAFONT (2016), pp. 267-268.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 277. Lafont rechaza concepciones como la de Waldron, que califica como un *atajo expertocrático* “que evita a la ciudadanía y que espera que los ciudadanos defieren ciegamente a las decisiones de los jueces”, tildándola de “inverosímil”. Véase: LAFONT (2020), p. 219.

¹³⁶ LAFONT (2020), p. 219.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 226.

¹³⁸ LANDEMORE (2017), p. 52. Cf.: PATEMAN (2021), p. 8.

¹³⁹ ELSTUB (2018), p. 1.

debate son centrales en cualquier forma de democracia, incluyendo la democracia participativa, pero si la deliberación es necesaria para la democracia, no es suficiente”¹⁴⁰.

Luego, democracia participativa y deliberativa coinciden en que “ambas exigen la expansión de la participación política más allá de las urnas, tanto como ambas persiguen la ampliación de los espacios en los cuales la formación de la voluntad se constituye”, sin embargo, se diferencian “en la naturaleza de dicha participación”¹⁴¹. Para la democracia deliberativa, es ineludible que el razonamiento público sea central en el proceso de toma de decisiones, lo que no es necesario para la variante participativa. Citando a Florida, Elstub argumenta que si esta última se basa en la “acción directa de los ciudadanos que ejercen algún poder y deciden asuntos que afectan sus propias vidas, la democracia deliberativa se basa en intercambios de argumentos, en la recíproca manifestación de razones y en debates públicos que preceden a las decisiones”¹⁴². Stephen Elstub, por consiguiente, defiende una democracia que sea deliberativa y participativa: “[d]emocracia participativa nos dice que los ciudadanos deben gobernar y democracia deliberativa nos enseña que las decisiones deben tomarse a través de la deliberación. Su combinación, democracia participativa deliberativa, nos enseña que los ciudadanos deben gobernar a través de la deliberación”¹⁴³.

Para otros, la democracia deliberativa debe acompañarse de la democracia participativa: “[s]i son solo nuestros representantes electos los que se involucran en la deliberación, el acuerdo de los ciudadanos a través de la urna no satisface el requisito de reflexión”¹⁴⁴. Tampoco la deliberación debe reducirse a los representantes de modo que solo ellos den razones y los ciudadanos las reciban: los ciudadanos comunes deben tener la oportunidad de participar en la deliberación política¹⁴⁵.

Para Landemore, consiste en “una teoría de legitimidad democrática que encuentra la autoridad de las leyes y de las políticas en el público intercambio de argumentos entre ciudadanos libres e iguales”, que surge “como una alternativa a la otrora dominante teoría de la democracia agregativa, por la cual la legitimidad

¹⁴⁰ PATEMAN (2012), p. 8.

¹⁴¹ ELSTUB (2018), p. 7.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁴⁵ Ídem.

democrática deriva simplemente de la correcta agregación de votos en elecciones libres y justas en las que se enfrentan diversas elites unas contra otras”¹⁴⁶.

Cohen argumenta que la raíz de la democracia deliberativa se encuentra

en el ideal intuitivo de una asociación democrática en que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales [...] los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus decisiones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre¹⁴⁷.

Para Joshua Cohen, *deliberación libre entre iguales* es fuente de legitimidad. Así, en un *procedimiento deliberativo ideal*, “los resultados son democráticamente legítimos si y sólo si pueden ser el objeto de un acuerdo libre y razonado entre iguales”¹⁴⁸.

Me detendré en dos aspectos, el primero, el requisito de que la deliberación sea razonada, entendida esta como aquella que “exige a las partes que declaren sus razones para presentar propuestas, defenderlas o criticarlas”¹⁴⁹. En segundo término, el requerimiento de que la igualdad formal y sustantiva de los participantes, las que permiten que “[c]ualquiera puede introducir asuntos en la agenda, proponer soluciones, y ofrecer razones para apoyar o criticar propuestas. Y todos tienen una voz igual en la decisión”, y “que la distribución existente de poder y recursos no configura [determina] sus oportunidades para contribuir a la deliberación, ni juega un papel definitivo en ella”¹⁵⁰. La *institucionalización del proceso deliberativo* es condición necesaria para este ideal¹⁵¹.

¹⁴⁶ LANDEMORE (2017), p. 52.

¹⁴⁷ COHEN (2007), p. 131

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 132-133

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁵⁰ *Ídem.*, p. 133.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 142.

La finalidad de este proceso deliberativo será “alcanzar un consenso racionalmente motivado -encontrar razones que sean persuasivas para todos aquellos comprometidos a actuar según los resultados de una valoración libre y razonada entre iguales-”. De no lograrse este consenso -sobre lo cual, admite Cohen, no hay garantías-, “la deliberación concluye con la votación, sujeta a alguna forma de la regla de las mayorías”¹⁵². Para Lafont, la finalidad de la deliberación no es puramente epistémica en el sentido de llegar a la verdad sobre las mejores políticas, sino que también busca la comprensión de la razonabilidad de esas políticas, esto es, un convencimiento y no una obediencia ciega o una deferencia a los demás, como fuera “una mayoría decisoria, una elite política o un grupo aleatorio de ciudadanos”¹⁵³. Aceptar razonablemente e identificar como propia una política, en contraposición a su mera obediencia es el objetivo de la deliberación pública, la que “contribuye esencialmente a la legitimidad democrática al permitir que los ciudadanos aprueben las leyes y las políticas a las que están sujetos por su propia voluntad en lugar de ser coaccionados a una obediencia ciega (como en los regímenes autoritarios)”¹⁵⁴. Justamente, lo que ocurrió con la Carta de 1980, la que se elaboró sin deliberación ciudadana, lo que impidió -en palabras de Lafont- que los ciudadanos fueran capaces de *apropiarse e identificarse con el proyecto político constitucional, de reconocerlo como su proyecto, su Constitución*¹⁵⁵. Por su parte, Nino estima que el reconocer el valor epistémico de la democracia deliberativa “implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos”¹⁵⁶.

Para los adscritos a esta concepción de la democracia, el control judicial de constitucionalidad de la ley no puede darse por sentado; así para Nino, su justificación “sigue siendo bastante misteriosa”, sugiriendo

¹⁵² *Ibíd.*, pp. 133-134.

¹⁵³ LAFONT (2020), p. 231. Para Nino -quien defiende una concepción dialógica de la democracia-, “el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social [...] la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales”. Sin embargo, no todo proceso *democrático* “disfruta de los requisitos necesarios para proveerle un valor epistémico”. ¿Cuáles con esos requisitos? “la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación”. Véase: NINO (2003), p. 154, 180 y 192, respectivamente.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 232.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 242.

¹⁵⁶ NINO (2003), p. 293.

que el origen no democrático de los jueces afecta el valor epistémico que sí tiene el proceso democrático¹⁵⁷.
Luego:

La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión¹⁵⁸.

Linares defiende el ejercicio democrático del control judicial de las leyes apostando por la teoría deliberativa de la democracia¹⁵⁹, la que incorpora dos “compromisos democráticos: una misión participativa y deliberativa” y una misión de “defensa de la autonomía personal”¹⁶⁰. Para él, la cuestión acerca de los modelos (robustos) de justicia constitucional se reduce a “un debate sobre la autoridad final en un sistema político, y no un debate sobre la interpretación o argumentación jurídica más apropiada”¹⁶¹. Por ello, si bien está dispuesto a aceptar un modelo robusto de justicia constitucional en la medida que los jueces lleven a cabo la revisión judicial “guiados por el ideal de la democracia deliberativa”, dada la baja probabilidad que ello suceda, cree que la autoridad final debe recaer siempre en el poder legislativo¹⁶².

c. El constitucionalismo democrático

En el contexto norteamericano, y de acuerdo con Robert Post y Reva Siegel, el constitucionalismo democrático se basa en “que el desacuerdo interpretativo es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional”, siendo su premisa el que “la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de su capacidad para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como *su* Constitución”¹⁶³.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 258-260.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 260.

¹⁵⁹ LINARES (2008b), p. 150; 171-178.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 171

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁶² LINARES (2008b), pp. 177-178.

¹⁶³ POST Y SIEGEL (2013), p. 44.

Por lo tanto, incluso los momentos de ferviente disconformidad con el significado constitucional proveniente de un tribunal contribuyen a la legitimidad de la Constitución: “[s]i los tribunales interpretan la Constitución en términos que divergen de las convicciones profundas del pueblo estadounidense, el mismo pueblo encontrará formas de comunicar sus objeciones y oponerse a las decisiones judiciales”¹⁶⁴.

A diferencia de otras doctrinas, el constitucionalismo democrático no intenta quitar la Constitución a los tribunales, ya que, al tiempo de subrayar la importancia del “rol del gobierno representativo y de una ciudadanía movilizada cuando se trata de exigir el cumplimiento de la Constitución”, reconoce el rol de los tribunales “al usar la razón jurídica profesional para interpretar la Constitución”¹⁶⁵. Sin embargo, el matiz está en que centro no está en los tribunales, ya que esta corriente

aprecia el rol esencial que el compromiso público desempeña al orientar y legitimar las instituciones y prácticas del control judicial de constitucionalidad. Las opiniones constitucionales basadas en la razón jurídica profesional pueden adquirir legitimidad democrática sólo si la razón profesional está arraigada en valores e ideales democráticos¹⁶⁶.

Aquí se establece una relación esencial entre *legitimidad* y *sensibilidad*, lo que se logra a través de un *intercambio* entre funcionarios y magistrados, por una parte, y ciudadanos, por otra: una decisión sobre el alcance de los derechos constitucionales solo será legítima cuando mantenga *la sensibilidad democrática del significado constitucional*¹⁶⁷, su *sensibilidad a la opinión popular*, esto es, “posibilidad permanente de configurar el significado constitucional”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 55.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁶ *Ídem.*

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 56.

CAPÍTULO II: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE

1. La introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes

Existe consenso en que fue la Constitución de 1925 la que introdujo en el diseño institucional chileno el control judicial de constitucionalidad de la ley. Anteriormente, bajo la concepción de la Constitución de 1833 se delegaba al Congreso la atribución de “resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de los artículos” de dicha Carta (artículo 164), y, durante el receso parlamentario, era la llamada Comisión Conservadora -cuyos miembros eran senadores en ejercicio- la que tenía como principal atribución velar por la observancia de la Constitución y las leyes (artículos 57 y 58), razones por las que se considera que el control constitucional de la ley en Chile debutó con un carácter político¹⁶⁹. Ello se amplifica con la propia actitud del poder judicial, cuyos tribunales “estimaron no estar facultados para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, entendiendo el principio de división de poderes en términos de absoluta separación”¹⁷⁰, lo que se condeciría con el hecho de que la Corte Suprema concedió “al gobierno garantías expresas de que ningún tribunal judicial siquiera contemplaría declarar inconstitucional una ley, ya que esto situaría a los tribunales por sobre el legislativo”¹⁷¹.

Verdugo estima que la primera propuesta acerca del control judicial de constitucionalidad de la ley puede rastrearse en José Victorino Lastarria, quien, probablemente influido por el modelo constitucional norteamericano¹⁷², propugnaba en 1868 una nueva Corte Suprema, que ejerciera

la *jurisdicción política*, la cual tiene por único i principal objeto defender la Constitución contra las leyes arbitrarias que la violen o contra las que no sean conforme a ella, debiendo la Corte

¹⁶⁹ VERDUGO RAMÍREZ (2016), p. 931. Véase: HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 534; NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1232. En el mismo sentido, COUSO SALAS (2011), p. 1523: “[d]esde el inicio de sus inicios como nación independiente (1818) hasta 1925, Chile no contaba con controles judiciales sobre la constitucionalidad de la legislación. Por lo tanto, la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la constitución de 1833 fue ampliamente confinada al proceso político. En efecto, el único órgano formalmente encargado de proteger la constitución fue la *Comisión Conservadora*, un comité de senadores *ad hoc*”.

¹⁷⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 534.

¹⁷¹ FAÚNDEZ (2011), p. 34.

¹⁷² VERDUGO RAMÍREZ (2016), pp. 937-940. En VERDUGO RAMÍREZ (2016), p. 946, este autor recalca la importancia de “la admiración de Lastarria por EE.UU. [...] ya que en esa época EE.UU. era el único país conocido que poseía un sistema de revisión judicial de la ley. Es altamente probable que la idea la haya extraído de ahí”.

ejercer esta jurisdicción solo en los casos en que se recurra a ella para que declare, en un litigio privado, si tal o cual ley es o no constitucional, aplicada al caso sobre que versa la contención entre un ciudadano i cualquiera parte que pretenda aplicar dicha ley¹⁷³.

Con ello, está evidentemente, pensando en un control ex post¹⁷⁴. A diferencia, eso sí, del sistema norteamericano, Lastarria

intentaba corregir el problema democrático de la justicia constitucional reconociendo que se trataba de una jurisdicción propiamente política, que debía ser ejercida mediante un Poder Judicial subordinado a una Corte Suprema que tuviera algún grado de legitimidad democrática, y que no tuviera la exclusividad en la interpretación de la Constitución¹⁷⁵.

De esta manera, Lastarria se distanciaba de “una institución independiente que vigilara al resto de los poderes del Estado y, en cambio, promovía el fortalecimiento del Poder Judicial”¹⁷⁶, pero consciente del origen no democrático de este, promovía la elección popular de los jueces del máximo tribunal¹⁷⁷. Era la época de los jueces como “servidores” del legislador y de la interpretación auténtica a cargo del legislador, no del juez¹⁷⁸. Por otra parte, Navarro alude al Presidente José Manuel Balmaceda, quien en su discurso de 20 de abril de 1891 ante el Congreso Nacional, propuso la creación de un tribunal independiente encargado de solucionar los conflictos entre los poderes del Estado:

Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha convocado a la convocatoria de la constituyente.

Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la

¹⁷³ LASTARRIA citado por VERDUGO Ramírez (2016), p. 938.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 938.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 940.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 945.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 948.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 947.

Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca.

No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte¹⁷⁹.

Habrían de pasar más de 30 años para que la nueva Constitución de 1925, junto con elevar a rango constitucional la Corte Suprema¹⁸⁰, “mantuv[iera] el control político de constitucionalidad de las leyes que se verificó en el proceso legislativo y cuyos centros de gravedad eran el Congreso Nacional y el presidente de la República”¹⁸¹, otorgando, sin embargo, a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable, para un caso concreto, cualquier precepto legal que sea contrario a la Constitución (artículo 86 inciso 2°)¹⁸². De esta forma,

[l]a Constitución de 1925 previó así dos vías encaminadas a la declaración de inaplicabilidad de un precepto contrario a la Constitución: a) la declaración de oficio, que podía pronunciar la Corte Suprema cuando estaba conociendo de un asunto de su competencia, debiendo resolver la inconstitucionalidad del precepto legal que era aplicable en ese caso concreto; y b) el recurso de inaplicabilidad, esto es la decisión que debía emitir la Corte Suprema respecto de un proceso que se seguía ante otro tribunal, a fin de que no se aplica en el mismo un precepto legal estimado inconstitucional¹⁸³.

Sobre la inspiración del modelo chileno, hay opiniones diversas. Así, para Henríquez, dado que “[e]n ambos casos el tribunal llamado a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal era la Corte Suprema”,

¹⁷⁹ Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda ante el Congreso Nacional, 20 de abril de 1891, citado por NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1236. Véase: NAVARRO BELTRÁN (2021), p. 419.

¹⁸⁰ BRAVO LIRA (2003), p. 537.

¹⁸¹ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 536.

¹⁸² El artículo 86 en su inciso 2° establecía: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 537.

este control era de tipo “judicial concentrado”¹⁸⁴, a diferencia del modelo norteamericano (*judicial review*) que lo radicaba en todos los tribunales del poder judicial¹⁸⁵; mientras que, para Navarro, la Constitución de 1925 en este aspecto se inspiraba en el modelo norteamericano¹⁸⁶. Por su parte, Verdugo cree que si bien los redactores de la Constitución de 1925 probablemente conocían las cortes constitucionales de la época, y que posiblemente también tenían conocimiento que los países que sirvieron de modelo para Chile (fundamentalmente Francia y España) carecían de este tipo de tribunales, en los debates dentro de la subcomisión solo se mencionó el modelo estadounidense (lo que habría llevado a parte de la doctrina nacional a creer que la inaplicabilidad era una versión modificada de la *American judicial review*); sin embargo, el diseño de la inaplicabilidad *difería sustancialmente* de este¹⁸⁷.

Sin embargo, Couso nota que el consenso logrado con la Carta de 1925 “no incluía la concepción de que era tarea de los tribunales ser los guardianes de la Constitución”, misión que era en los hechos llevada a cabo por “un órgano especial dentro de la rama legislativa: la poderosa Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, que era el equivalente funcional a un tribunal constitucional, con poderes de revisión abstracto y a priori”, esto es, un *control interno*¹⁸⁸.

El balance de la actividad de la Corte Suprema en su rol de guardiana de la Constitución durante este periodo es deficiente, como observa Faúndez: “la introducción de este procedimiento tuvo poco impacto, ya que la Corte casi invariablemente desistía de usar su recién adquirido poder”¹⁸⁹, para lo cual hacía uso de una variedad de estrategias cuyo velado propósito era evitar la confrontación con los órganos políticos del Estado¹⁹⁰, tendencia que persistiría hasta 1970. A la misma conclusión arriba Henríquez, quien sostiene que

la percepción política y académica del desempeño de la Corte Suprema en el recurso de inaplicabilidad fue la de un ejercicio restringido, limitado, tímido y hasta insuficiente en la práctica. Muestra de ello es que, en general, la Corte Suprema se negó a ejercer el control de

¹⁸⁴ Ídem.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 538.

¹⁸⁶ NAVARRO BELTRÁN (2010), pp. 1236-1237.

¹⁸⁷ VERDUGO RAMÍREZ (2021), p. 1070.

¹⁸⁸ COUSO SALAS (2011), pp. 1524-1525.

¹⁸⁹ FAÚNDEZ (2011), p. 156; VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 293.

¹⁹⁰ FAÚNDEZ (2010), p. 41.

constitucionalidad por vicios de forma, continuando la postura fundada en la separación de poderes y en que la inaplicabilidad era un recurso jurídico meramente doctrinario ¹⁹¹.

A este tenor, plantea que el recurso de inaplicabilidad se ejerció, en la práctica, “como un control abstracto toda vez que no realizó un estudio de los hechos ni de las probanzas del pleito, considerando solo la conformidad de preceptos legales con la Constitución” ¹⁹². Como la sentencia que resolvía la inaplicabilidad sólo tenía efectos relativos, “esto es, sólo extensibles al juicio concreto en que se origina la acción, resolviendo la inaplicación o no de tal precepto legal”, dicho precepto legal mantenía su vigencia¹⁹³.

Todas estas deficiencias han llevado a describir esta configuración institucional como la de “legalidad sin tribunales”¹⁹⁴. Para explicar esta actitud de la Corte, se han invocado diversas razones, entre las que se encuentran una “mal entendida concepción de la supremacía legislativa”, que se tradujo en una *excesiva deferencia* en el ejercicio de sus potestades¹⁹⁵, una *debilidad institucional* (a pesar de una independencia formal) de la Corte¹⁹⁶ y *el propio diseño de la inaplicabilidad*¹⁹⁷; sin embargo, el balance es que el elemento decisivo que llevó a la Corte a esa posición fue su propia actitud, al “desarrollar un cuerpo de jurisprudencia que restringió el mecanismo de la inaplicabilidad en formas que los redactores de la constitución no persiguieron”¹⁹⁸, lo que parece ser una “elección estratégica tomada por la Corte Suprema para preservar su autoridad”¹⁹⁹. A modo ilustrativo podemos citar el estudio pormenorizado de la jurisprudencia de casi 50 años, cuyo propósito manifiesto es “reconstruir el razonamiento de la Corte Suprema en el periodo 1925-1973”²⁰⁰, a partir del cual Henríquez concluye que el máximo tribunal de nuestro país “rechazó uniformemente los recursos interpuestos en virtud de la inconstitucionalidad de los decretos leyes dictados al margen de lo dispuesto por la Constitución, fundada en que sí eran leyes, con fuerza obligatoria, porque así lo habrían reconocido los demás órganos del Estado” ²⁰¹, reconociendo su competencia para resolver únicamente la

¹⁹¹ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), pp. 538-539; NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1239; VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 298.

¹⁹² *Ibid.*, p. 538. Véase: NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1239.

¹⁹³ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 538.

¹⁹⁴ FAÚNDEZ (2010), p. 34.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹⁹⁶ VERDUGO RAMÍREZ (2021), p. 1068.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

²⁰⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 533.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 542.

constitucionalidad por vicios de fondo²⁰², lo que replica con ocasión de la revisión de los decretos con fuerza de ley²⁰³ y también en relación con eventuales defectos en el proceso de formación de las leyes, aplicando “un sentido absoluto de separación de poderes”²⁰⁴. Por ello, la ineficacia de la Corte Suprema en este período ha llevado a concluir que el tipo de control de constitucionalidad bajo la Carta de 1925, ante todo, un *experimento fallido*²⁰⁵.

Dado que la incipiente justicia constitucional que se inauguraba con la Constitución de 1925 se refería exclusivamente al control ex post de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad, dejaba exclusivamente en las manos de la Corte Suprema la decisión final acerca de la compatibilidad de una norma con la Carta Fundamental. En ese sentido, debemos partir por la base que el Constituyente de 1925 pudo haber omitido la justicia constitucional, como en otros países. Sin embargo, la opción tomada fue establecerla, pero no introducirla en el legislativo en el proceso de formación de la ley, sino que la Constitución otorgaba legitimidad exclusivamente a las partes del litigio; esto es, se confiere el derecho a impetrar la inaplicabilidad debido a la posición procesal en un juicio determinado, no en razón de su pertenencia a un poder del Estado, por lo que no hay control a requerimiento de órganos políticos, sino que se deja en manos de las partes de un juicio. Por ello, podríamos aseverar que el modelo de revisión judicial adoptado por la Carta de 1925 es participativo: son los sujetos procesales los que gatillan la jurisdicción constitucional, para la resolución de un caso concreto.

Por otra parte, como señaláramos, la decisión de la Corte que conoce de inaplicabilidad no puede ser revertida por el legislador, quedando en consecuencia firme, es decir, el diálogo se acaba, no hay posibilidad de revertir el fallo: estamos ante un programa de supremacía judicial que no es deferente con la voluntad popular encarnada en el legislativo; la decisión de la Corte era final, y el parlamento no tenía atribuciones que le permitieran contrarrestar o combatir esa declaración de inconstitucionalidad.

En otro aspecto, podríamos deducir que esta configuración original de la revisión judicial de la ley resguarda mejor el principio democrático que sus sucesoras, dado que no se confiere acción a los miembros

²⁰² Ídem.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 545-547.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 548-550.

²⁰⁵ VERDUGO RAMÍREZ (2021), p. 1082.

del legislativo para solicitar la inaplicabilidad. ¿Por qué? Porque si el Constituyente de 1925 solo confiere a las partes la legitimación para requerir la revisión de un estatuto legal en su aplicación a un caso concreto, significa que la inconstitucionalidad solo puede ser afirmada ex post, no ex ante o en abstracto. Luego, si no existe la posibilidad de cuestionar ex ante la constitucionalidad de una ley, significa que el Constituyente no concibió que una ley pudiera tener un vicio de este tipo ab initio. En otras palabras, el Constituyente de 1925 confiaba en que el legislador en su labor respetaría la Carta Fundamental; de lo contrario, hubiera previsto mecanismos a los cuales acudir en caso de producirse alguna infracción a la Constitución. Dicho en otros términos, pareciera que la Constitución de 1925 fue, en este aspecto, más deferente con el legislador.

2. La irrupción del Tribunal Constitucional

Si bien a nivel comparado no era una novedad²⁰⁶, la creación en 1970 del Tribunal Constitucional mediante la Ley N° 17.284 significó un hito en la Historia jurídica e institucional chilena. Ya en la década anterior, a nivel académico se había discutido acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional, en atención a la falta de involucramiento de la Corte Suprema en su papel de custodia de la Constitución²⁰⁷. Así, “en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator y el destacado jurista profesor Alejandro Silva Bascuñán se propuso crear una Corte Constitucional”²⁰⁸. Posteriormente, en 1965, durante las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, el profesor Francisco Cumplido expresa lo siguiente:

- 1°-Que la Constitución Política es el medio por el cual se expresa el poder político que representa la idea del Derecho mayoritario en una comunidad determinada;
- 2°-Que, en consecuencia, la Constitución sólo puede modificarse o substituirse cuando cambie la idea del Derecho sustentada por la mayoría de la comunidad;
- 3°-Que únicamente las Constituciones estables garantizan la permanencia de la idea del Derecho mayoritaria, siempre que no exijan para su reforma quórum superiores a la mayoría

²⁰⁶ El primer Tribunal Constitucional fue el austriaco (1920). Luego, se expanden por Europa: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), España (1978), etc. Véase: NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1247.

²⁰⁷ VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 299; NAVARRO BELTRÁN (2021), p. 425.

²⁰⁸ NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1240.

en ejercicio de las Asambleas Constituyentes o a la mayoría de los ciudadanos, ni consagren la inalterabilidad de las instituciones fundamentales;

4°-Que la Constitución debe tener supremacía sobre la ley ordinaria para proteger la idea del Derecho mayoritaria en la comunidad;

5°- Que, por ende, toda ley debe estar sujeta al control de su constitucionalidad, tanto en relación con su contenido, cuando respecto al procedimiento de generación o formación;

6°-Que el control de la constitucionalidad de la ley es un problema fundamentalmente jurídico y, en consecuencia, debe corresponder a un Tribunal formado en su mayoría por letrados, y

7°-Que con tal fin es necesario establecer el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, de manera que los titulares de los órganos que intervienen en ese proceso puedan impetrar un pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de tales proyectos²⁰⁹.

Sentado lo anterior, se acuerda:

recomendar que se modifique la Constitución Política del estado, en el sentido de que se otorguen a un Tribunal especial, formado por mayoría de letrados, las siguientes facultades:

- a) El control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o indicaciones formuladas a dichos proyectos, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras, y
- b) El control, con efectos absolutos, de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma)²¹⁰.

Con ello, “los académicos seguían la tendencia europeo-continental de la postguerra, que promovía el modelo centralizado de justicia constitucional por sobre el norteamericano”²¹¹, lo que sería recogido por el

²⁰⁹ CUMPLIDO CERECEDA (1965), p. 113.

²¹⁰ *Ibíd.*, pp. 113-114.

²¹¹ VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 299. Desde otra perspectiva, Atria destaca que el modelo de Tribunal Constitucional chileno es una *copia* del modelo estadounidense: “El modelo que copiamos tenía, cuando lo hicimos, más de 160 años de funcionamiento ininterrumpido”. Véase: ATRIA LAMAITRE (1993), pp. 371-372.

Presidente Frei Montalva, quien en el mensaje de su proyecto de reforma constitucional buscaba establecer “mecanismos eficaces para resolver los conflictos de poderes”²¹²:

De los conflictos entre esos dos Poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa.

Una reforma constitucional ha de llenar este vacío.

Con este fin, el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consista en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental; y la facultad que se entrega al Presidente de la República de convocar a plebiscito, y de disolver el Congreso, para resolver las discrepancias políticas.

El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es, la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidas²¹³.

Así, finalmente mediante la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 17.284, se modificó el Capítulo VI de la Constitución de 1925, estableciendo los nuevos artículos 78 a), 78 b) y 78 c), por los cuales se creaba el Tribunal Constitucional²¹⁴, cercano al modelo de Kelsen²¹⁵, esto es, un tribunal especial con competencia exclusiva (control concentrado) para anular con carácter general una ley, compuesto por miembros elegidos por el Parlamento y no por jueces ordinarios²¹⁶. Por ello, ante la incorporación del control

²¹² Historia de la Ley N° 17.284, p. 4. Al respecto: “la práctica institucional había desarrollado una tensión estructural entre el Congreso y el Presidente de la República que se expresaba en conflictos sin solución en el procedimiento de tramitación de la ley, promulgando leyes inconstitucionales”. Véase: GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 6.

²¹³ Historia de la Ley N° 17.284, p. 5. Una parte de la doctrina es de la opinión que el propósito específico de la instauración del Tribunal Constitucional en nuestro país fue reforzar el presidencialismo, al modo del Consejo Constitucional de la V República francesa. Véase: GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 15.

²¹⁴ De acuerdo con Verdugo, el Tribunal Constitucional de Chile sería el segundo más antiguo de América Latina, estando sólo después del de Guatemala, creado en 1965. VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 297.

²¹⁵ VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 300.

²¹⁶ HERRERA (1994), pp. 204-205. Hans Kelsen concibió la Corte Constitucional para la Constitución austriaca de 1920, creación “que estaba relacionad[a] de manera directa y estrecha con su concepción de la democracia. Según Kelsen, los tribunales constitucionales constituían un “medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante

preventivo en manos del Tribunal y dado que se mantuvo el control de constitucionalidad represivo ejercido por la Corte Suprema (artículo 86 inciso 2°), se considera que el modelo chileno era de carácter mixto: un doble control concentrado de constitucionalidad de las leyes²¹⁷.

Tal como fue establecido, el diseño del Tribunal Constitucional de 1970 “impedía a particulares a presentar acciones protectoras de derecho”, puesto que en virtud del artículo 78 b) de la Constitución, sólo los legisladores tenían legitimación para presentar requerimientos de inconstitucionalidad²¹⁸, siendo el control preventivo siempre facultativo, esto es, no obligatorio. Ahora bien, como lo destaca Verdugo, dado que los requerimientos “solo podían impugnar proyectos de ley (y no leyes vigentes), era esperable que el TC recibiera causas que tuvieran una connotación política”²¹⁹. En otro orden, la imposibilidad de impugnar una sentencia del Tribunal también data de la época de su nacimiento (artículo 78 c), norma que se repetiría en la Constitución de 1980 (artículo 94) y en el proceso constituyente de Michelle Bachelet (artículo 95).

En cuanto a su composición, el Tribunal estaba integrado por cinco miembros, tres designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros (artículo 78 a) de la Constitución), razón por la cual se trataba de una “mayoría política” en lugar de una “mayoría judicial”²²⁰, al tener 3/5 un origen democrático indirecto. Como bien anota Verdugo, los dos ministros nombrados por la Corte Suprema, “debían trabajar en ambas cortes (el TC y la Corte Suprema) de manera simultánea y sin dedicación exclusiva en ninguna de ellas”²²¹, razón que permite concluir que “el diseño del TC combinó antecedentes legales con incentivos políticos”, lo que fue consistente con los resultados del Tribunal en el periodo 1971-1973²²². Justamente, durante el periodo en el cual operó, llegaron 17 casos al Tribunal Constitucional, dictándose 13 sentencias, todas referidos a conflictos entre el Presidente y la

entre los grupos representados en el Parlamento”, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte Constitucional constituía un supertribunal”. De acuerdo con Herrera, “la Constitución austríaca, normaba un control “concentrado” de competencia directa, asignada a la Corte Constitucional [...] tenía la competencia exclusiva en materia de constitucionalidad, ya sea en forma directa (de oficio), o por acción determinados órganos estatales expresamente autorizados”. Véase: HERRERA (1994), pp. 204-206.

²¹⁷ HENRÍQUEZ VIÑAS (2020), p. 540; BUSCH VENTHUR (2021b), p. 506.

²¹⁸ VERDUGO RAMÍREZ (2020), p. 302.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 303.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 306-307.

²²¹ *Ibid.*, p. 307.

²²² *Ibid.*, p. 319.

oposición parlamentaria²²³. Según el análisis de este último autor, los ministros nombrados por el Presidente Allende tendieron a fallar a su favor, mientras que aquellos designados por el Poder Judicial, en general, votaron consistentemente en su contra²²⁴, lo que, sumado

al hecho que el TC resolvió casi la mitad de los casos con al menos un voto disidente, sugieren que el TC no funcionaba con el nivel de consenso asumido por autores como Silva Cimma. Es posible, entonces, que, como dice un autor, las motivaciones políticas de algunos de sus miembros haya sido influyente a la hora de tomar decisiones²²⁵.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional fue disuelto por la Junta de Gobierno mediante el Decreto Ley N° 119 de noviembre de 1973. Era un desenlace obvio, como bien registra el mismo decreto ley: dado que el Congreso había sido disuelto (Decreto Ley N° 27 de 1973) y que el Tribunal Constitucional tenía por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, la consecuencia lógica es que no pueden producirse conflictos, por lo tanto, “la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”²²⁶. Habría que esperar hasta la década siguiente para volver a presenciar un Tribunal Constitucional, empero, en un ambiente totalmente distinto: en una dictadura sin un Congreso Nacional.

3. El diseño de la justicia constitucional en la Carta de 1980

Couso comenta que cuando el Tribunal Constitucional fue reintroducido en la Constitución de 1980, lo hizo

esta vez dotado de amplios poderes de control del contenido sustantivo de las leyes, y con el declarado objetivo de proteger aquellos aspectos del modelo económico-social de la dictadura que se consagraron en la carta fundamental, ante el ‘peligro’ de que futuros gobiernos democráticos pudieran desmantelarlos²²⁷.

²²³ *Ibíd.*, p. 307.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 312.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 313.

²²⁶ Decreto Ley N° 119 (1973).

²²⁷ COUSO SALAS (2021), p. 8.

Por consiguiente, bajo la Constitución de 1980, se mantuvo el modelo que imperó hasta la disolución del Tribunal Constitucional:

el texto de la Constitución que fue sometido al plebiscito de 1980, no contaba con ninguna norma que previera la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ni por parte de la Corte Suprema, ni por parte del Tribunal Constitucional, ni de ninguna otra institución, en términos similares a la Carta de 1925. Establece un mecanismo de control difuso. El Tribunal Constitucional revisa preventivamente las leyes y la Corte Suprema efectúa el mismo *ex post* a través del recurso de inaplicabilidad²²⁸.

Por estos motivos, se concluye que se trata de una revisión judicial fuerte²²⁹. En concreto, el artículo 80 versa sobre el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema a través de la acción de inaplicabilidad²³⁰, mientras que el Capítulo VII (artículos 81 a 83) trata las atribuciones e integración del Tribunal Constitucional.

La naturaleza autoritaria del Constituyente de 1980 no dejaría de impregnar, obviamente, la justicia constitucional, lo que debe entenderse dentro de la estructura institucional compleja y completa que creó el régimen autoritario²³¹. Esta influencia la podemos constatar no solo en las atribuciones del Tribunal, sino también en su composición.

En efecto, Ponce de León también comenta que está en manos del Tribunal Constitucional la última palabra en lo que respecta a la interpretación de la Carta Fundamental, razón por la cual se consagró a nivel constitucional que no procede recurso alguno en contra de las sentencias de esta institución (artículo 83 inciso 1°), y que las disposiciones que declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley (artículo 83

²²⁸ NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1244.

²²⁹ Cf. SOLARI ALLIENDE (2019), p. 358.

²³⁰ El artículo 80 preceptuaba: "La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

²³¹ SOTO BARRIENTOS y WELP (2017), p. 69.

inciso 2°); de lo que concluye que estamos en presencia de un control concentrado de tipo robusto²³². Ambas normas continúan vigentes hasta el día de hoy (artículo 94).

Los ministros del Tribunal permanecían ocho años en sus funciones, gozaban de inamovilidad y cesaban en sus funciones a los 75 años (artículo 81) No podemos dejar de mencionar que, a diferencia de su antecesora, la Carta de 1980 junto con aumentar el número de integrantes del Tribunal Constitucional de cinco a siete, incorporó al Consejo de Seguridad Nacional como organismo habilitado para nombrar a dos miembros del Tribunal. En consecuencia, el Tribunal de 1980 lo integraban tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; un abogado elegido por el Senado²³³ y un abogado designado por el Presidente de la República (artículo 81)²³⁴, de lo cual se infiere que 2/7 de los miembros tenían fuente democrática indirecta y una mayoría de 5/7 provenía de una base no democrática, o, al menos, no directamente. Debemos recordar, que el Consejo de Seguridad Nacional se encontraba presidido por el Presidente de la República e integrado por el Presidente del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y por el General Director de Carabineros (artículo 95). Como bien se ha apuntado, la incorporación del Consejo de Seguridad Nacional a la Carta de 1980 se explica dentro de la imposición, por parte de la Junta de Gobierno, de

un sistema de gobierno integrado por órganos carentes de representatividad y organizados sin tomar en cuenta la soberanía popular y los principios republicanos y democráticos. Entre estos órganos se puede mencionar, en forma particular, al Consejo de Seguridad Nacional. Además, una serie de órganos de gobierno vieron debilitada su legitimidad democrática, tanto en su generación y como en su funcionamiento, por incrustaciones autoritarias en su seno. En el caso

²³² PONCE DE LEÓN (2021), p. 6.

²³³ Además de los miembros elegidos por votación directa por circunscripción, según el primitivo artículo 45 de la Constitución, el Senado también estaba integrado por (a) los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua; (b) dos ex ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en votaciones sucesivas; un ex Contralor General de la República, elegido también por la Corte Suprema; un ex comandante en jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado, designado por el Presidente de la República, y un ex ministro de Estado, designado también por el Presidente de la República. En todos los casos -salvo para los expresidentes de la República-, se exigía haber ejercido el cargo por un período no interior a dos años continuos y, en particular, en la hipótesis de los ministros de Estado, ello debía verificarse en períodos presenciales anteriores a aquel en el cual se realiza el nombramiento.

²³⁴ En el texto original de la Constitución de 1980, los ministros designados por el Presidente de la República y por el Senado debían ser o haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por, a lo menos tres años. Esta exigencia permaneció hasta la dictación de la Ley N° 19.541 en 1997.

del Senado, la Constitución fijaba la adopción de más de un tercio de senadores designados y vitalicios por parte del Consejo de Seguridad Nacional. Algo semejante ocurrió con el Tribunal Constitucional en cuanto a la generación de algunos de sus miembros cuyo nombramiento quedó en manos del Consejo de Seguridad Nacional²³⁵.

Recuérdese que, en 1990, la totalidad de los miembros del Tribunal Constitucional fueron nombrados directa o indirectamente por Augusto Pinochet²³⁶. Este diseño original de la Carta de 1980 permaneció hasta el año 2005, en el cual se aprobó mediante la Ley N° 20.050 la reforma constitucional que modificó su integración y atribuciones, aumentando de siete a diez los ministros, siendo designados cuatro por el Congreso (dos nombrados directamente por el Senado y otros dos propuestos por la Cámara de Diputados aprobados por el Senado), tres por el Presidente de la República y tres por la Corte Suprema (artículo 81), eliminando, en consecuencia, los poderes del Consejo de Seguridad Nacional sobre el Tribunal²³⁷, el cual, como ya se aludió, carece del “carácter de órgano democrático representativo, ni tampoco se trata de un órgano jurisdiccional, únicos criterios relevantes que justifican la participación en el nombramiento de un Tribunal Constitucional”²³⁸, lo que ha permitido concluir que este cambio “supuso revalorar la importancia de los órganos políticos de representación popular [...] mejora[ndo] la legitimidad democrática indirecta del Tribunal”²³⁹; al fijar 7/10 de los miembros con fuente democrática y una minoría de 3/10 sin esta²⁴⁰.

La reforma constitucional aprobada por la Ley N° 20.050, fijó como novedad un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin embargo, se mantuvo que los ministros no pudieran ser acusados

²³⁵ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2017), p. 205.

²³⁶ SOTO BARRIENTOS y WELP (2017), p. 77.

²³⁷ Pardow y Verdugo subrayan que hasta el año 2005, el COSENA “eligió mayoritariamente a ex ministros de la CS [Corte Suprema] o abogados integrantes de la misma. Ello, unido a que las nominaciones de la CS recaían en sus propios miembros, produjeron una mayoría de ministros con un perfil profesional marcado por la carrera judicial (esto es, jueces de carrera o bien individuos con marcados vínculos profesionales con la judicatura)”. Véase: PARDOW LORENZO y VERDUGO RAMÍREZ (2015), p. 128.

²³⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2010), p. 287.

²³⁹ BASSA MERCADO (2015), p. 264.

²⁴⁰ De los pocos análisis empíricos que tratan sobre la materia, Pardow y Verdugo sostienen que uno de los efectos de la reforma constitucional de 2005 consistió en “un TC mayoritariamente académico (posreforma) [...] significativamente menos deferente con el Poder Ejecutivo que un TC mayoritariamente judicial (prerreforma de 2005)”, donde se evidencia una tendencia a la unanimidad previo a la reforma, y un mayor número de disidencias con posterioridad a ella. Asimismo, dado que la exclusividad de la función impedía que miembros de la Corte Suprema tuvieran la calidad de ministros del Tribunal Constitucional, los nombramientos de la Corte obligatoriamente recaían en “jueces con un perfil más académico [que] viniera a reemplazar a los jueces de carrera”. Véase: PARDOW LORENZO y VERDUGO RAMÍREZ (2015), pp. 125-130.

constitucionalmente²⁴¹. Respecto de sus nuevos poderes, la reforma concentró en el Tribunal Constitucional “la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori -que lo tenía desde 1980- como a posteriori -que se radicaba en la Corte Suprema-”²⁴², lo que implicó la derogación del antiguo artículo 80²⁴³; de lo que concluimos que la inaplicabilidad sólo en democracia se vincula al Tribunal, dejando al Poder Judicial desprovisto de funciones de revisión judicial de las leyes de que estuvo premunido por 80 años. Por otra parte, cabe señalar que la acción de inaplicabilidad es distinta a la que conocía anteriormente la Corte Suprema, “desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto”²⁴⁴ (artículo 93 N° 6). Por último, la reforma consagró por primera vez en la historia constitucional de nuestro país, la inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios, esto es, “la posibilidad de que el precepto legal sea expulsado del ordenamiento jurídico por contravenir la Carta Fundamental”²⁴⁵ (artículo 93 N° 7). Para tales efectos, (i) debe haberse previamente declarado la inaplicabilidad del precepto, (ii) se otorga acción popular y la facultad de oficio del Tribunal para requerir la declaración de inconstitucionalidad; y (iii) el umbral es de 4/5 de los miembros en ejercicio del Tribunal para dicho propósito.

²⁴¹ NAVARRO BELTRÁN (2021), p. 426.

²⁴² NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1248.

²⁴³ Sobre los motivos que impulsaron el traslado de la sede de inaplicabilidad se ha comentado que “[l]as estadísticas de casos acogidos y tramitados, durante la vigencia del antiguo recurso de INA fue muy pobre. La información existente demuestra que el grueso de las causas terminaba por archivo, antes de la reforma del 2005 y que muy pocas eran acogidas”. Véase: GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 30.

²⁴⁴ NAVARRO BELTRÁN (2021), p. 436. Efectivamente, se ha alegado que el control que efectuaba la Corte Suprema al conocer las inaplicabilidades era un control abstracto e inter pares: “ello quería decir, que el precepto legal debía infringir la Constitución íntegra y absolutamente, como decían la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, y que sus efectos se reducían a la gestión para la cual se pronunciaba. El efecto fue muy negativo porque el precepto siempre poseía posibilidades de ser interpretado en otros casos de manera constitucional, de modo que rara vez era inconstitucional “en abstracto”. O al menos, a los jueces les atemorizaba generar una inconstitucionalidad a partir de un solo caso, sin ver el conjunto de posibles aplicaciones. La tensión entre interpretación abstracta del precepto e interpretación aplicativa del mismo, rápidamente se desplegó en favor de la primera, y los pocos casos en que se inaplicó fue más bien una cuestión de integración de la Corte”. Véase: GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 27.

²⁴⁵ NAVARRO BELTRÁN (2010), p. 1253. Véase: NAVARRO BELTRÁN (2021), p. 440. AL respecto: “[e]l modelo de inaplicabilidad/inconstitucionalidad fue ideado en la reforma del 2005 para depurar el ordenamiento de preceptos inconstitucionales dictados antes o después de la vigencia de la CPR. La pura inaplicabilidad no es suficiente. No hay que olvidar que la INA es un procedimiento que establece que las interpretaciones aplicativas de las leyes producen efectos inconstitucionales de cara a una situación o caso. La inconstitucionalidad en cambio es una etapa destinada a revisar en abstracto el enunciado legal, declarándolo inválido, expulsándolo del ordenamiento jurídico. Por ello, el efecto de la sentencia de inaplicabilidad es inter pares y los de la inconstitucionalidad producen efectos erga omnes”. Véase: GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 22.

Dentro de los trabajos que han tratado esta cuestión, Couso propone que los cambios experimentados por el régimen político en Chile “-desde la democracia (1970-1973) al autoritarismo del General Pinochet (1973-1990) a la transición a la democracia (1990-2005)-” afectaron de tal forma al Tribunal Constitucional “que resulta más apropiado decir que Chile ha tenido tres tribunales constitucionales diferentes”²⁴⁶. Couso continúa:

[...] en los últimos cuarenta años, este órgano [el Tribunal Constitucional] ha experimentado cambios radicales en su naturaleza, concepción de su rol e impacto en el proceso político chileno.

El “primer” Tribunal Constitucional (1970-1973) se basó en el Consejo Constitucional de Gaulle, y fue concebido como un mediador entre las ramas ejecutiva y legislativa. El “segundo” Tribunal Constitucional (1981-2005) fue introducido inicialmente por el dictador militar como un mecanismo de aseguramiento con el propósito de proteger el diseño constitucional introducido por el régimen autoritario contra el peligro percibido de lo que se avizoraba como un retorno inevitable al gobierno democrático. Finalmente, el “tercer” Tribunal Constitucional (2005-presente) ha sido un tribunal constitucional más convencional en el sentido que promueve y defiende activamente los derechos fundamentales de individuos y grupos²⁴⁷.

De esta forma, cada estadio del Tribunal Constitucional puede identificarse, o ser el correlato de un modelo específico de constitucionalismo. En su primera etapa, el Tribunal entendido como “árbitro en casos de conflictos jurisdiccionales entre los dos poderes elegidos” era armónico con un constitucionalismo basado en la supremacía de la ley y en una separación estricta de poderes, “no correspondiendo a su rol el ser un garante de los derechos fundamentales del pueblo”, lo que “estaba en línea con la filosofía legal predominante en la época en Chile, esto es, un positivismo legal fuerte propugnado por Hans Kelsen y Andrés Bello en los inicios del siglo XIX”²⁴⁸. Luego, en la época de la dictadura militar, esto es, *antítesis del*

²⁴⁶ COUSO SALAS (2011), p. 1527.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 1527-1528.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 1529-1530. En este sitio de lo que denomina *árbitro neutro*, Couso indica que “el modelo de constitucionalismo subyacente al primer Tribunal Constitucional chileno estaba alineado con el modelo tradicional de democracia que el país había gozado durante la mayor parte del siglo XX. Era uno centrado en la primacía del derecho legislado y uno que consideraba a la constitución como un documento que establecía más las reglas básicas del juego político en lugar de una carta de derechos que pudiera ser aplicada directamente por los tribunales”. Véase: COUSO SALAS (2011), p. 1530.

constitucionalismo, “un tribunal constitucional introducido por un régimen tal sólo podría ser una fachada”, donde el modelo de *democracia protegida* de Jaime Guzmán se traducía en un “modelo de constitucionalismo [...] que previniera a mayorías contingentes de cambiar los aspectos fundamentales del régimen político diseñado durante el período autoritario”²⁴⁹. Por ello, para que el modelo construido por el régimen militar perviviera una vez que se regresara a la democracia, era necesario “introducir un órgano constitucional autónomo y poderoso (cuyos miembros no pudieran ser censurados) con el poder de anular leyes que infringieran la Constitución”²⁵⁰. Sin embargo, durante la transición a la democracia, el Tribunal ha demostrado “un alto grado de deferencia con la legislatura” o, derechamente, una actitud de *relativa pasividad*²⁵¹. Por último, el *Tercer Tribunal Constitucional*, inaugurado en 2005 con las reformas constitucionales aprobadas ese mismo año que se tradujeron en la *expansión de sus poderes* -y la exclusión de los jueces de la Corte Suprema-, y bajo el contexto del *neoconstitucionalismo*, “resultó en una disposición sin precedentes del Tribunal Constitucional de abrogar activamente leyes consideradas contrarias a la constitución”, lo que lo llevó al “centro de la controversia pública [...] habiéndose transformado en un actor central en el sistema político chileno”²⁵².

Un rasgo del Tribunal Constitucional bajo la Constitución de 1980 que debemos comentar es el de su autonomía. A diferencia de otros órganos de rango constitucional, como la Contraloría General de la República y el Banco Central²⁵³, es la ley orgánica constitucional del Tribunal la que consagra en su artículo

²⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 1531-1532.

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 1532. Como bien anota Couso, “[p]or supuesto, el Tribunal Constitucional era solo uno entre una variedad de instituciones diseñadas para evitar el desmantelamiento del sistema bajo un gobierno democrático. Otras medidas diseñadas para estos propósitos incluían la designación por parte de instituciones públicas (incluyendo un Consejo de Seguridad Nacional originalmente integrado por los comandantes en jefe de las fuerzas armadas) de senadores no elegidos, la introducción de un tipo especial de legislación que solo pudiera ser reformada por una supermayoría de cuatro séptimos de los miembros del congreso, y la creación de un sistema electoral orientado a promover un empate en ambas cámaras del congreso”. Véase: COUSO SALAS (2011), p. 1532.

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 1533. Para Couso, la razón de dicha pasividad se explicaría por dos razones: la primera, que la intervención del Tribunal “se volvió innecesaria dada la presencia de un significativo número de senadores nombrados por el régimen militar antes de dejar el poder. Ello efectivamente otorgó a los herederos políticos del régimen control sobre el senado, lo que forzó a la nueva coalición democrática de gobierno (*La Concertación de Partidos por la Democracia*) a negociar con la oposición cada pieza de legislación que quisiera aprobar”. La segunda razón radicaría en que “durante este período los líderes de la coalición de la *Concertación* habrían respetado las reglas establecidas por la constitución en términos de los límites de la acción administrativa y el dominio de la legislación, convirtiendo en innecesaria la intervención del Tribunal Constitucional para controlar estas materias”. Véase: COUSO SALAS (2011), pp. 1533-1534.

²⁵² *Ibíd.*, pp. 1534-1535.

²⁵³ Artículos 98 y 108, respectivamente.

1° la autonomía de dicha entidad: “[e]l Tribunal Constitucional regulado por el Capítulo VIII de la Constitución Política y por esta ley, es un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder”²⁵⁴.

De acuerdo con Zúñiga, para entender la noción de autonomía constitucional debemos remitirnos al principio de distribución funcional del poder, de modo que las funciones clásicas (constituyente, legislativa, gubernativa, jurisdiccional, entre otras) son asignadas a *órganos constitucionales*, al tiempo que “también se instituyen nuevos órganos receptores de funciones o subfunciones nuevas o desmembradas de funciones clásicas”, dentro de las que se encuentra la función jurisdiccional constitucional²⁵⁵. En este contexto, la autonomía que nos interesa es aquella relativa a la *distribución funcional del poder*, en contraposición a la de *distribución territorial* del mismo²⁵⁶. Así, las autonomías constitucionales,

designan un haz de “propios poderes” de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución. Tal haz de “propios poderes” importa un conjunto de funciones y atribuciones, que entrañan entre otros poderes jurídicos una potestad de autonormación, y el ejercicio de tales “poderes” con independencia en los cuadros orgánicos del Estado²⁵⁷.

Desde la perspectiva de un administrativista como Pantoja, este tipo de órganos pueden ser de naturaleza jurisdiccional, técnica, asesora o de carácter social, siendo lo distintivo el no tener vínculo de dependencia con los distintos poderes del Estado, “encontrándose sometidos directamente a la Constitución Política de la República y a una preceptiva legal que por mandato constitucional regula su generación y funcionamiento”, además que están excluidos de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia²⁵⁸. Para él, son organismos *constitucionalmente acentralizados*, ya que se ubican

al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos por la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se

²⁵⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 5 (2010).

²⁵⁵ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 226.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 229.

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 229-230.

²⁵⁸ PANTOJA BAUZÁ (2012), p. 290.

autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles [...] no dependen del Gobierno ni se relacionan con él por un vínculo de supervigilancia o tutela. Se hallan, por ende, en un plano de extraordinaria independencia jurídica, tengan o carezcan de personalidad jurídica propia”²⁵⁹.

Parte de la doctrina mantiene una posición crítica respecto de las autonomías constitucionales. En este sentido, Zúñiga opina que este diseño presenta dos grandes defectos:

primero, pretende disfrazar en el carácter técnico del órgano y su composición su “apoliticidad” y sentido político-institucional [...] y segundo no se explica la carencia de legitimidad democrática de los órganos dotados de autonomía constitucional y su difícil inserción en el Estado de Derecho y orden republicano²⁶⁰.

En otra parte, plantea que los órganos constitucionales autónomos

operan como guardianes de un cierto orden impuesto por el Poder Constituyente originario y autoritario o por el Poder Constituyente derivado y democrático, autonomías que operan como instituciones contramayoritarias, necesarias para una “democracia constitucional”, pero alejadas de la definición de la forma política del Estado como “república democrática”. Esta precaria legitimidad de las “autonomías constitucionales” obliga a limitar su poder, ya que su única legitimidad es instrumental al poder político que ejercen²⁶¹.

Zúñiga vincula la falta de legitimidad democrática -que rebautiza como legitimidad “estrictamente constitucional”- a “una competencia tasada y a una suerte sujeción a la Constitución y a la ley, usualmente de tipo orgánico constitucional”. Para este autor, estas serían las razones que fundamentarían el nombramiento de los titulares de las autonomías constitucionales por parte de los que califica como *órganos*

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 312.

²⁶⁰ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 237.

²⁶¹ *Ibíd.*, pp. 237-238.

constitucionales supremos del Estado, de modo de “morigerar la falta de legitimidad democrática de estos órganos, y asegurar un equilibrio político institucional en las lógicas de mayoría y de minoría”²⁶².

4. La justicia constitucional chilena como modelo de revisión judicial fuerte reforzada

Desde la instauración de la inaplicabilidad en nuestro país, instaurada como competencia de la Corte Suprema, Chile cuenta con una revisión judicial de tipo *fuerte*. Utilizando la tipología presentada por Colón-Ríos -que atiende a la relación entre tribunales, legislaturas y poder de reforma constitucional²⁶³- este modelo implica que determinados jueces tienen el poder para derogar o dejar sin efecto una ley, y que estas decisiones jurisdiccionales solo podrían ser a su vez anuladas por la legislatura a través de un proceso formal de reforma constitucional²⁶⁴. Resulta indiferente si se trata de un control abstracto o concreto, o si la potestad para declarar la inconstitucionalidad se radica en todos los tribunales ordinarios o alguno especial, ya que lo decisivo y lo que da el carácter de fuerte a esta clase de revisión judicial, es que son los jueces los que detentan la última palabra en lo que respecta a la constitucionalidad de la ley ordinaria²⁶⁵. Se trata, con todo, de un modelo mucho más común que su contraparte débil: la mayoría de los países latinoamericanos y europeos, además de los Estados Unidos, tienen un modelo de revisión judicial fuerte, lo que se enmarca en

²⁶² *Ibíd.*, p. 241.

²⁶³ COLÓN-RÍOS (2014), pp. 144-145. En un trabajo posterior, el autor ajusta el criterio, redefiniéndolo como la “relación entre tribunales, legislaturas y el pueblo”, de modo que lo que determina el carácter de *fuerte* de un sistema de revisión judicial es “la relativa finalidad del pronunciamiento judicial de inconstitucionalidad [...] que depende ampliamente en las posibilidades institucionales de una respuesta legislativa o popular a la decisión en cuestión (por ejemplo, una reforma constitucional). Véase: COLÓN-RÍOS (2020), p. 107. Por su parte, Tushnet describe que, en su versión *fuerte*, la revisión judicial hace que “los tribunales tengan autoridad *general* para determinar el significado de la Constitución. Y, más importante para propósitos actuales, las interpretaciones constitucionales de los tribunales son oficiales y vinculantes para las otras ramas, al menos en el corto a mediano plazo”. Véase: TUSHNET (2003), p. 2784.

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 148. En contrapartida, el *weak judicial review* es concebido como aquel en que “los tribunales detentan el poder de revisar la consistencia de la legislación con los derechos reconocidos, mientras que la legislatura conserva la palabra final acerca de la validez de todas las leyes”, modelo propio del sistema de common law, presente en Reino Unido, Nueva Zelanda y Canadá. Ello es sin perjuicio que los tribunales tienen la facultad de efectuar declaraciones -no vinculantes- de *inconsistencia*, pero no de *invalidez*, lo que los obliga a dar a la legislación una *interpretación consistente con los derechos*. Véase: COLÓN-RÍOS (2014), pp. 145-148. Para Tushnet, la revisión judicial en su versión débil “responde a la preocupación que la forma fuerte de revisión permite a los tribunales con atenuado linaje democrático desplazar decisiones tomadas por órganos con linajes democráticos más fuertes”. Véase: TUSHNET (2003), p. 2786.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 150.

sistemas de constituciones rígidas, esto es, difíciles de reformar en comparación con la legislación ordinaria²⁶⁶.

Sin embargo, este poder de revisión judicial fuerte en Chile reviste caracteres que, en la misma tipología de Colón-Ríos, permiten clasificarlo como lo que denomina *strong basic structure review*, que podríamos traducir como *revisión fuerte de la estructura básica*. En simple, ella corresponde a un tipo de revisión judicial fuerte *aún más fuerte*: se le confiere el poder a determinados jueces para anular o dejar sin efecto no solo legislación común u ordinaria, sino que también leyes de reforma constitucional, lo que ocurre especialmente cuando la Constitución contiene *eternity clauses* (cláusulas eternas), que se refieren a aquellos principios sobre los cuales se asienta un Estado en particular y a los que se le atribuye una especial importancia, como la supremacía constitucional, la forma de gobierno republicana, el federalismo, la unidad del Estado, etc.²⁶⁷. Nosotros denominaremos a esta clase, *revisión judicial fuerte reforzada*: si en la revisión judicial *fuerte* la legislatura todavía podría -hipotéticamente- recurrir a una reforma constitucional para volver ineficaz la declaración de inconstitucionalidad de una ley ordinaria, en su variante *reforzada* ni siquiera una mayoría parlamentaria calificada podría hacerlo, ya que la reforma constitucional podría ser invalidada por el tribunal a cargo del control de constitucionalidad²⁶⁸. Por ello, en este modelo, la *verdadera* última palabra la tiene el tribunal, “no existiendo más recursos legales disponibles para la legislatura que puedan ser utilizados para prevalecer sobre una decisión judicial de inconstitucionalidad de una reforma constitucional”²⁶⁹.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 148. Linares coincide, cuando a propósito de la distinción clásica de las formas institucionales de justicia constitucional, explica: [J]a primera es la más común de todas: el modelo europeo de justicia constitucional que, aunque con distintas variantes, atribuye al Tribunal constitucional el poder de invalidar una ley con efectos generales. La segunda forma es el modelo norteamericano de justicia constitucional, que concede a la Corte Suprema el poder de invalidar una ley sólo con efectos para el caso concreto. Estos dos sistemas conforman los denominados modelos “robustos” de la revisión judicial de las leyes, es decir, modelos que confieren formalmente la “última palabra institucional” a la justicia constitucional”. Linares, eso sí, hace la salvedad que la Corte Suprema de Estados Unidos puede ejercer un control *abstracto* en dos circunstancias: “cuando se interpone [...] una acción remedial (*injunction*) tendiente a suspender la aplicación de la norma, y está es concedida hasta tanto se resuelva la cuestión de constitucionalidad; y segundo, cuando está comprometido el derecho de libertad de expresión. Véase: LINARES (2008a), p. 490.

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 152-154

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 154-155. El modelo opuesto, el *weak basic structure review* le otorga al pueblo -en oposición a la legislatura que actúa mediante un proceso formal de reforma- “un poder ilimitado de elaboración constitucional que podría ser utilizado para cambiar elementos de la estructura básica de la constitución”, en el marco de una constitución que “contiene mecanismos que facilitan el ejercicio del poder constituyente”. Véase: COLÓN-RÍOS (2014), pp. 157-163.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 155. El autor previene que la definición de *final* se refiere a que el ordenamiento jurídico constitucional “a pesar de que pueda contener cualquier atribución implícita o explícita de un poder constituyente ilimitado al pueblo, se basa en una constitución que no provee de un mecanismo formal para que ese poder ilimitado se manifieste [...] los tribunales que operan bajo el modelo de *strong basic structure review* tienen la palabra final *legal* en la validez de una reforma constitucional” puesto que “siempre queda

Sentado aquello, en Chile existe una revisión judicial reforzada en razón del artículo 93 N° 1 de la Constitución de 1980, que le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (entre otros) reforma constitucional, lo que no sucedía bajo el Tribunal de la Carta de 1925.

Por su parte, el Tribunal Constitucional desde su creación tiene el evidente privilegio constitucional que su sentencia no puede ser objeto de recurso alguno (artículo 78 c) inc. 1° y artículo 94 inc. 1° en las Constituciones de 1925 y de 1980, respectivamente) y que su decisión de declarar inconstitucional las disposiciones contenidas en una ley o decreto con fuerza de ley comporta un mandato ineludible para los legisladores, al establecerse la prohibición de que se conviertan en normas vinculantes (artículo 94 inc. 3°). De ello se desprende que la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal es vinculante para todas las ramas del gobierno, y, más precisamente, que solo a través de una (hipotética) reforma constitucional, podría dicha ley cuestionada, convertirse en una norma vigente y vinculante.

De este modo, y constatada la rigidez de la Constitución de 1980, el correlato obligado sería el establecimiento de una revisión judicial *fuerte*, que tiene por finalidad proteger la voluntad del pueblo - expresado en la Constitución-, de la legislatura²⁷⁰, pero reforzada, al disponer de mecanismos específicos para declarar la incompatibilidad de una reforma constitucional con la propia Carta.

Si bien el Tribunal Constitucional de 1980 recoge las competencias que le fueron otorgadas por la reforma constitucional de 1970, no hace sino profundizarlas, demostrando un excesivo recelo con el legislador. Por ello, estimamos que el mantenimiento de la inaplicabilidad a menos de las partes en un juicio, propio de una concepción participativa de la democracia, se ve profundamente disminuida por la entidad de las atribuciones que se otorgan al Tribunal Constitucional, fundamentalmente, al establecer el control obligatorio de constitucionalidad de las leyes interpretativas, leyes orgánico-constitucionales y normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas (artículo 93 N° 1). En este sentido, podríamos

la posibilidad de un ejercicio extra-constitucional del poder constituyente que pueda insertar cualquier contenido en la constitución". Véase: COLÓN-RÍOS (2014), pp. 157-163.

²⁷⁰ *Ibíd.*, p. 114, 121-122.

decir que existen grados de desconfianza hacia el legislador por el constituyente. Si en un primer grado -el más bajo- se considera que el legislador realiza sus funciones bajo el principio de supremacía constitucional, solo se establece la inaplicabilidad, dejando a salvo la posibilidad que, en un escenario concreto no considerado por su creador, la ley pueda tener efectos contrarios a la Constitución. Entonces, la inconstitucionalidad no se entiende como un vicio o un defecto que pueda surgir primigeniamente, sino que, como un defecto propio de la aplicación de la ley, no tenido en cuenta originalmente. Este es el caso de la revisión judicial de la ley bajo la Constitución de 1925.

Luego, en un segundo nivel, se contempla un control abstracto, pero a requerimiento -sea del ejecutivo o del legislativo, con ciertos quórum- (artículo 78 B letra a): es el modelo de la Constitución de 1925 con la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 17.284 de 1970. Bajo este diseño de justicia constitucional, se mantiene la inaplicabilidad ante la Corte Suprema, pero se adiciona la revisión ex ante, siempre eventual. De ello se deja entrever que se estima factible que el legislador *falle* en su función legislativa, lo que podría suceder durante el mismo proceso de creación legal. Por lo tanto, hay menos confianza y menos deferencia que en 1925.

Pero en la Constitución de 1980, se avanza un paso más: se mantiene la inaplicabilidad instaurada en 1925 y se conserva el control preventivo a requerimiento (artículo 93 N° 3), pero se suma el obligatorio, que es, por tanto, una innovación del proceso constituyente de 1980 y de su idea de democracia restringida. Entonces, siguiendo el argumento planteado, si se establece que tratándose de leyes interpretativas y leyes orgánico-constitucionales debe haber siempre y en todo caso un examen de constitucionalidad, incluso sin petición de parte, podemos concluir que la suspicacia hacia el legislador ya se encuentra en la cúspide. Ya no hay deferencia.

En la Constitución de 1980, el diálogo entre el Tribunal Constitucional (o la Corte Suprema) y el Legislativo²⁷¹ es bastante reducido, lo que seguiría la línea de los tribunales bajo el modelo europeo²⁷². A lo sumo, nos encontramos con alguna escasa referencia en la ley orgánica constitucional del Tribunal, que establece que, con motivo de un requerimiento de inaplicabilidad, aquél lo pondrá en conocimiento de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente de la República, quienes podrán, si lo estiman pertinente -es decir, se trata de una facultad discrecional- formular observaciones y presentar antecedentes, dentro del plazo de 20 días (artículo 86). Estos órganos son *órganos constitucionales interesados*²⁷³, facultados para intervenir ante el Tribunal, *sea en defensa del ejercicio de sus potestades* (cuando se trata de control de constitucionalidad *ex ante*), *sea en defensa del orden jurídico vigente* (tratándose de una inaplicabilidad), pudiendo solicitar ser tenidos como *parte* (artículo 44). En ambos casos, existe la posibilidad de alegar en la

²⁷¹ Verdugo tiene otra mirada, ya que cree que en Chile existirán las posibilidades de diálogo: “Como la tradición del derecho civil no reconoce un precedente jurisprudencial vinculante, el diálogo institucional se hace más fácil. No existe una idea fuerte de supremacía judicial que tenga la capacidad de invalidar en la práctica el proceso político existente”. Fundamenta su opinión en los casos en que se ha aprobado una ley de reforma constitucional para *revertir* una sentencia del Tribunal Constitucional (casos de “La Última Tentación de Cristo” en 2011 y la Ley N° 19.742; y aprobación del tratado de la Corte Penal Internacional en 2002 y la Ley N° 20.352) y aquellos donde se ha aprobado una nueva ley, interpretativa de la Constitución o diversa (caso de la “píldora del día después” en 2008 y la Ley N° 20.418). A partir de estos datos, concluye que “es posible que una mayoría parlamentaria se imponga en contra de una sentencia constitucional. Ello permite inferir que, al menos en este tipo de cuestiones constitucionales, los jueces no tienen la última palabra”. Concluye que, “[e]l diseño institucional chileno, sumado a la tradición jurídica del derecho civil, es favorable a la idea del diálogo institucional”. Véase: VERDUGO RAMÍREZ (2012), pp. 214-218. Contrariamente, Busch y Quezada creen que es necesario un sistema dialógico entre Congreso y Tribunal Constitucional, “donde fuera posible que el Congreso detentara la última palabra”. Véase: BUSCH VENTHUR, Tania y QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2013), p. 153.

²⁷² Según Linares, en el modelo europeo de justicia constitucional “las posibilidades para el diálogo entre el Tribunal y el Congreso se reducen al máximo. Si la justicia constitucional opta por la declaración de inconstitucionalidad de la ley, la comunicación se rompe. Al Congreso sólo le queda acatar la decisión judicial, o probar con una nueva ley que no sea sustancialmente igual a la invalidada”. Por su parte, el modelo norteamericano, que de acuerdo con este autor “comparte muchos puntos en común con el modelo europeo en lo que atañe a las posibilidades del diálogo interorgánico”, define como la diferencia más importante entre ambos diseños, “los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, que aplican sólo a las partes del juicio que se ventila ante la Corte Suprema. El punto no es trivial, si tenemos en cuenta que la ley invalidada puede ser siendo aplicada por el gobierno. En estas condiciones, el Congreso cuenta con un margen de maniobra: dado que teóricamente puede seguir aplicando la ley invalidada, puede responder a los argumentos vertidos por la Corte, y de esta manera propiciar una relación de ida y vuelta”. Véase: LINARES (2008a), pp. 490-493.

²⁷³ El artículo 44 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional establece: “Son órganos y personas legitimados aquellos que, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República, están habilitados para promover ante el Tribunal cada una de las cuestiones y materias de su competencia [...] Son órganos constitucionales interesados aquellos que, de conformidad a esta ley, pueden intervenir en cada una de las cuestiones que se promuevan ante el Tribunal, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden jurídico vigente [...] Son parte en los procesos seguidos ante el Tribunal el o los órganos y la o las personas que, estando constitucionalmente legitimados, han promovido una cuestión ante él, y las demás partes de una gestión o juicio pendiente en que se ha promovido una cuestión de inaplicabilidad de un precepto legal o de inconstitucionalidad de un auto acordado. También podrán serlo los órganos constitucionales interesados que, teniendo derecho a intervenir en una cuestión, expresen su voluntad de ser tenidos como parte dentro del mismo plazo que se les confiera para formular observaciones y presentar antecedentes”.

causa (artículo 43). Finalmente, la sentencia que se pronuncie sobre la cuestión de inaplicabilidad, deberá notificarse a los órganos colegisladores (artículo 91).

Como se observa, los órganos colegisladores *pueden* presentar argumentos en defensa del ordenamiento jurídico vigente -como sería en el caso de un requerimiento de inaplicabilidad- no obstante, la normativa no contempla una obligación para el Tribunal en el sentido de que deba tener en cuenta los argumentos esgrimidos por dichos órganos. Tampoco la regulación actual de los poderes del Tribunal Constitucional establece algún tipo de deber para interpretar la o las normas cuestionadas -ya sea en sede de inaplicabilidad o control preventivo- de manera consistente con la Constitución. Hay un diálogo, sí, pero restringido; y el Tribunal mantiene la última palabra, continuando con el principio de supremacía judicial.

Todos estos motivos nos llevan a afirmar que la naturaleza autoritaria del proceso constituyente de 1980 permeó el modelo de revisión judicial de la legislación. El modelo constitucional de 1980 trató de mantener a la ciudadanía lo más alejada posible de la toma de decisiones. Como citábamos anteriormente, había un propósito implícito de eliminar la *agencia política del pueblo*, en un contexto de una democracia concebida como *protegida, autoritaria y tecnificada*²⁷⁴. Protegida ¿de quién? De la misma ciudadanía, del mismo pueblo como sujeto político. Entonces, es totalmente coherente con este ideario el control preventivo de constitucionalidad de la ley, puesto que este protegería el orden impuesto por la Constitución de 1980, que podría estar en riesgos por eventuales mayorías parlamentarias opositoras. En este aspecto, control previo y control ex post vía inaplicabilidad tienen un rasgo en común: los dos fueron configurados para que la decisión última, final acerca de la compatibilidad constitucional recayera en las manos del Tribunal (y, antes, de la Corte), y no de la ciudadanía o de sus representantes. Para nosotros, ello es conteste con la debilitación sistemática, en palabras de Soto, de

la legitimidad e influencia ideológica de los partidos [...] se impuso un discurso donde predomina casi sin contrapeso la representación formal, limitando la posibilidad de interacción con otros mecanismos de participación. La distancia social se hace cada vez más creciente con las instituciones que hacen posible la democracia representativa [...] el modelo electoral

²⁷⁴ ATRIA LAMAITRE (2013), pp. 64-66; PALMA GONZÁLEZ (2008), p. 56.

establecido bajo la Constitución de 1980 tendría como objeto reducir al mínimo la deliberación, afectando en consecuencia la participación y la legitimidad del sistema”²⁷⁵.

5. Críticas y problemas que presenta el diseño actual de justicia constitucional

En la doctrina constitucional chilena, observamos que el fundamento y el diseño de la jurisdicción constitucional no ha sido tomada en cuenta, salvo contadas excepciones²⁷⁶, como Atria, quien ya hace casi 30 años se pronunciaba sobre las ventajas y desventajas del modelo de justicia constitucional imperante en nuestro país, partiendo de un supuesto que pareciera ser omitido en diversos análisis: “[e]n un sistema democrático el poder político lo detentan los representantes de los electores”²⁷⁷. Sin embargo, como hace notar Ponce de León ante el hecho que tres de los siete candidatos presidenciales en las elecciones de 2017 (Goic, Guiller y Piñera) destacaban la necesidad de examinar el rol y las competencias del Tribunal Constitucional, existe cierto consenso en que esta institución debe ser evaluada y reformada²⁷⁸, lo que se suma al hecho de que actualmente existen más de una treintena de proyectos de ley en tramitación sobre reforma al Tribunal²⁷⁹, lo que equivale a decir que se trata de una preocupación consistente de la mayor parte de los sectores de la clase política chilena.

En este escenario, las críticas y cuestionamientos al Tribunal Constitucional de la Carta de 1980 pueden ser clasificadas en los siguientes grupos: (a) aquellas referidas a su posición dentro del sistema institucional y a su relación con otros órganos con competencias concurrentes; (b) su rol como custodio de un determinado orden impuesto por la dictadura; (c) la integración y reclutamiento de sus miembros; (d) su falta de legitimidad democrática y su carácter contramayoritario; y (e) la irresponsabilidad de sus integrantes.

²⁷⁵ SOTO BARRIENTOS y AHUMADA FRANCO (2022), pp. 105-120. Para estos autores, la representación formal “tiende a infantilizar y menospreciar la opinión popular”. Véase: SOTO BARRIENTOS y AHUMADA FRANCO (2022), p. 107. Soto también recuerda que, a diferencia de su par de 1925, la Constitución de 1980 omite la característica de “representativa” de la República de Chile. En efecto, el artículo 1° de la Constitución de 1925 establece: “[e]l Estado de Chile es unitario. Su Gobierno es republicano y democrático representativo, mientras que la Carta de 1980 consagra en su artículo 4°: “Chile es una república democrática”. Véase: SOTO BARRIENTOS (2012), p. 320.

²⁷⁶ SOLARI ALLIENDE (2019), pp. 355-358.

²⁷⁷ ATRIA LAMAITRE (1993), p. 370.

²⁷⁸ PONCE DE LEÓN (2021), pp. 3-4.

²⁷⁹ Según el sitio web de la Cámara de Diputados, los proyectos de ley versan sobre distintas materias, responsabilidad, atribuciones, nombramientos, etc.

a. La pluralidad de órganos con competencias de control de constitucionalidad

De esta forma, un primer cuestionamiento al diseño de la justicia constitucional en nuestro país trasciende al Tribunal Constitucional, invocando la inconveniencia de que exista una pluralidad de organismos dotados de competencias de control de constitucionalidad: “[c]onspira también contra la democratización de la Constitución un sistema de control constitucional judicial en el cual participan el Tribunal Constitucional, la Contraloría, la Corte Suprema y los Tribunales Electorales de manera desorganizada y no sistemática”²⁸⁰. Si bien a partir de la reforma constitucional de 2005 la Corte Suprema ya no detenta atribuciones en la materia, la prevención se mantiene. Es más, el que el Tribunal Constitucional mantenga las facultades de declarar la inaplicabilidad y la inconstitucional de la ley no varía esta situación: “[l]a complejidad del sistema de jurisdicción constitucional con la participación de diversos órganos y actores no obsta a que éste siga siendo concentrado”²⁸¹, con el riesgo de un “choque de jurisdicciones [...] guerra marcada por un ethos activista de todas estas instituciones”²⁸². La solución propuesta es que el Tribunal Constitucional “debe legitimarse como última instancia de control constitucional. Frente a la Contraloría General de la República, la Corte Suprema y el Tribunal Electoral, el Tribunal Constitucional debe ser la última instancia decisoria”, lo que supone, en primer término, aumentar su legitimidad democrática²⁸³.

b. El rol de la justicia constitucional en el diseño institucional

Una segunda crítica aborda el origen de la Constitución de 1980, que ejerce una influencia directa en el rol de la justicia constitucional. En efecto, se concibe al Tribunal Constitucional como uno de los “centinelas o custodios de un orden constitucional o un orden económico-social, centinelas que son una “aristocracia togada” [...] en quienes se deposita la custodia de un orden, con profundas raíces ideológicas [...] tienen su fuente de creación institucional en la Constitución de 1980, otorgada, autoritaria y neoliberal”²⁸⁴. La pregunta que surge, entonces, es ¿la crítica sería la misma si la fuente constitucional custodiara un orden de distinto corte ideológico? ¿La crítica de falta de legitimidad se mantendría si la fuente de esa autonomía fuera una

²⁸⁰ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2017), p. 201

²⁸¹ ZÚÑIGA URBINA (2021), p. 106.

²⁸² *Ibid.*, p. 108.

²⁸³ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2017), p. 207.

²⁸⁴ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 242.

Carta democrática? Para Zúñiga, pareciera que la crítica de ausencia de legitimidad va asociada indefectiblemente al orden que el Tribunal Constitucional busca resguardar:

[t]ales centinelas o custodios son una aristocracia togada o tecnócratas que adoptan decisiones públicas, al margen del proceso de deliberación pública, imponiendo sus visiones ideológicas acerca del orden que están llamados a conservar. Tales instituciones contramayoritarias tienen como función reequilibrar el poder político atribuido a las funciones tradicionales y sus órganos supremos como Gobierno y Congreso Nacional, como ocurre [...] con el Tribunal Constitucional en el campo de la inconstitucionalidad de normas con los poderes normativos legislativos y reglamentarios²⁸⁵.

Por ello Zúñiga, quien advierte el peligro de la *tiranía de los valores* que puede imponer este tipo de instituciones, contrarresta afirmando que debemos “admitir, sin filias o fobias, la necesidad de las instituciones contramayoritarias y de la técnica de las autonomías constitucionales”²⁸⁶. Lo que sí, destaca, es que “[l]a política democrática, la deliberación, los espacios de ciudadanía, los partidos, las elecciones, no deben ser sustituidas por decisiones de una aristocracia togada”, susceptible de “transforma[r] al activismo judicial en una opción elitista”²⁸⁷.

En esta materia, Couso destaca que, en los primeros quince años de la transición, el rol del Tribunal Constitucional fue *poco relevante*, lo que cambió gradualmente con ocasión de la reforma constitucional de 2005,

alcanzando la cúlmene de su rol protector del modelo económico-social de la dictadura durante el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, cuando se transformó en un importante actor político no elegido democráticamente, al declarar inconstitucionales numerosos proyectos de

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 243.

²⁸⁶ *Ídem.*

²⁸⁷ ZÚÑIGA URBINA (2021), p. 110. Cf. Viera Álvarez (2021), p. 19, quien cita el trabajo de José Francisco García y Sergio Verdugo sobre activismo judicial, quienes señalan que “se trata de una mirada crítica a una práctica que se estaba produciendo en nuestros Tribunales y que hay signos preocupantes que deben ser atendidos, especialmente porque el activismo judicial supone un peligro para el sistema democrático”.

ley que buscaban introducir elementos de justicia social, pero que eran contrarios a las cláusulas neoliberales de la Constitución de 1980²⁸⁸.

Este cuestionamiento, en su vertiente más exacerbada, considera que el Tribunal Constitucional se ha erigido como una tercera cámara²⁸⁹ a través de la usurpación de funciones que no tiene encomendadas²⁹⁰, lo que también se produce como consecuencia de que el control preventivo se realiza en un momento de mayor controversia política²⁹¹. Valga recordar que, para este sector de la doctrina, el control preventivo del Tribunal Constitucional llega a ser una facultad *completamente exagerada*, lo que conduce a Atria a calificarlo como uno de los cerrojos de la Carta de 1980²⁹² y como un *poder fáctico*, en el entendido que “cuando se trata de cuestiones políticamente sensibles, sus apelaciones al derecho son falsas, son apelaciones a lo que sea que en las circunstancias justifica lo que les parece políticamente adecuado”²⁹³. Viera, por su parte, sostiene que es “el más importante (y peligroso) control político del Tribunal Constitucional”²⁹⁴.

Luego, el Tribunal Constitucional exhibiría una

²⁸⁸ COUSO SALAS (2021), p. 9.

²⁸⁹ Esta calificación negativa en nuestro Derecho pareciera tener matices a nivel comparado, al estimar que la fase ante el Tribunal Constitucional “tiende a concebirse como una prolongación del procedimiento legislativo en las Cámaras, y de hecho es corriente que en los debates parlamentarios se advierta o negocie sobre la interposición de un futuro recurso”. Véase: PRIETO SANCHÍS (2013), p. 28.

²⁹⁰ ATRIA LAMAITRE (2020a), pp. 121-134, 143, 149-153. Cf. BASSA MERCADO (2015), pp. 263-264. Años antes, Atria opinaba que “el Tribunal Constitucional no ha actuado como un órgano prescindente políticamente. Al contrario, funciona como un amplificador de las opiniones de las minorías. En efecto, una vez que éstas han perdido en el limpio juego democrático, cuando a pesar de las limitaciones constitucionales no ha podido impedir la dictación de una disposición que política e ideológicamente les es inconveniente, entonces recurren al tribunal” añadiendo que “será una especie de Cámara más restringida que la de Diputados, sin representación democrática alguna, y que decidirá sobre si el Congreso y el Presidente, con toda la representación democrática posible, lo ha hecho bien”. Véase: ATRIA LAMAITRE (1993), pp. 377-378.

²⁹¹ ATRIA LAMAITRE (2020b), pp. 175-176.

²⁹² ATRIA LAMAITRE (2013), p. 54. Previamente, Atria señala: “Que esta Constitución da al proceso político una forma cuyo fin es neutralizar la agencia política del pueblo es algo evidente y, por lo demás, explícito. Ya hemos citado los pasajes de Jaime Guzmán en los que él se vanagloria de la “nueva mentalidad” que caracteriza su Constitución, mentalidad que en su momento fue denominada “democracia protegida”. ¿Pero protegida de qué? La respuesta es: del pueblo. La “protección” consistía en un cúmulo de cerrojos que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas [...] se trata de reglas tramposas”. Véase: ATRIA LAMAITRE (2013), p. 45.

²⁹³ *Ibid.*, p. 128. Irónicamente (o quizás, lógicamente), el primer control preventivo obligatorio de constitucionalidad que realizó el Tribunal Constitucional bajo la Carta de 1980, fue el referido a su propia ley orgánica constitucional (sentencia rol N° 1 de 4 de mayo de 1981). Como bien apunta Verdugo, se trató del “control de su propia norma”. Véase: VERDUGO RAMÍREZ (2010), p. 235.

²⁹⁴ VIERA ÁLVAREZ (2021), p. 26.

tendencia sistemática [...] a extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, abandonando su tradicional rol de *legislador negativo*, interviniendo en discusiones de relevancia constitucional no sometidas formalmente a su conocimiento e, incluso, arrogándose a sí mismo atribuciones para definir sus propias competencias²⁹⁵.

Para Ponce de León, estas prácticas están indisolublemente relacionadas con el diseño institucional del Tribunal: así lo confirmarían el que las coaliciones de gobierno y oposición realizan un cuoteo de su integración, replicando en él la conformación binominal de las cámaras, lo que conduce a su *sobrepolitización*, en lugar de asegurar su *idoneidad técnica*²⁹⁶; lo que es compartido con Atria para quien el requisito de los 2/3 del artículo 92 de la Constitución tiene como efecto que las “[b]ancadas que en su conjunto reúnen dos tercios de los votos se ponen de acuerdo entre sí para repartirse entre ellas los cupos disponibles”²⁹⁷, sin perjuicio que para él el problema no reside en el cuoteo, sino en el quórum de 2/3, que en su opinión hace “inevitable el acuerdo parlamentario para repartirse los cupos”²⁹⁸, exigencia que fuerza a una negociación previa entre grupos parlamentarios antes de efectuar la votación respectiva²⁹⁹. También se sostiene que, si bien el Tribunal constituiría una sede jurisdiccional de carácter técnico para solucionar una controversia política,

[s]in embargo, esta instancia se ha transformado en una etapa adicional a la discusión política de los proyectos de ley más complejos, principalmente cuando la minoría parlamentaria se ‘identifica’ con la mayoría de los integrantes del Tribunal, configurándose una instancia para bloquear la agenda legislativa del Gobierno³⁰⁰.

Couso califica derechamente al Tribunal Constitucional como uno de los *enclaves autoritarios* de la Carta de 1980 y cree que esta institución es percibida

²⁹⁵ PONCE DE LEÓN (2021), p. 8.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 8. Cf. BASSA MERCADO (2015), pp. 266-280.

²⁹⁷ ATRIA LAMAITRE (2020b), p. 201.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 207.

²⁹⁹ BASSA MERCADO (2015), p. 266.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 261.

por buena parte de la ciudadanía como una entidad problemática, que impide que las mayorías democráticas prevalezcan, particularmente cuando se trata de emprender proyectos de ley transformadores, que impacten en los pilares del modelo económico-social que dejó tras de sí la dictadura³⁰¹.

En el que parece ser la propuesta de reformas más sistemática y coherente sobre el Tribunal Constitucional, el Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional -que pretendió elaborar un documento que sirviera de insumo para la función legislativa³⁰²-, sin llegar a calificarlo como tercera cámara, asevera a propósito del control preventivo que este se encuentra “muy cerca de la política y del proceso de factura de la ley. Es la continuación de la política partidista pero por “otros medios”, lo que tiende a contaminar al TC con las tensiones propias del proceso político”³⁰³:

De este modo, ante un problema de orden político convertido en una cuestión de constitucionalidad ante el TC, la sentencia de este tribunal no resuelve el problema de legitimidad de la decisión; más bien afecta la legitimidad del propio TC que aparece involucrado o emparentado con la decisión. En consecuencia, este “dilema del TC”, esto es si es un “tribunal” o un “órgano político”, depende de su diseño constitucional (competencias e integración), así como de la “auto-comprensión” que el órgano tenga de sí mismo³⁰⁴.

El trabajo del Grupo de Estudio también utiliza las estadísticas del trabajo del Tribunal Constitucional, las que para el año 2020 demuestran que los requerimientos de inaplicabilidad representan el 98% de los ingresos, mientras que el control preventivo obligatorio y facultativo, apenas alcanzan entre ellos un 1%³⁰⁵, lo que le valdría el apodo de “tribunal de inaplicabilidades”³⁰⁶. Así, se matiza que, si bien el control preventivo, en sus vertientes obligatoria y facultativa representa una parte marginal de la carga del Tribunal,

³⁰¹ COUSO SALAS (2021), p. 2. Soto define a los enclaves autoritarios como “un conjunto de disposiciones que establecían contrapesos no democráticos extraños para el constitucionalismo contemporáneo, tales como los senadores designados, el Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los Comandantes en Jefe”. No incluye entre ellos al Tribunal Constitucional. Véase: SOTO VELASCO (2020), p. 27.

³⁰² GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 2.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 14.

³⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 14-15.

³⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), p. 38.

³⁰⁶ GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 21.

desde el punto de vista cualitativo y simbólico, por la naturaleza controversial de las causas sometidas preventivamente al Tribunal en esta sede (especialmente mediante requerimientos parlamentarios), se ha asentado la crítica, por parte de algunos sectores políticos y académicos, de que actuaría como un órgano partidista³⁰⁷,

De esta manera, se reconoce la presencia de una *tensión* entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático, sobre todo al tener en cuenta que se trata de una facultad excepcional en el Derecho Comparado³⁰⁸.

c. Integración y reclutamiento

Una tercera crítica aborda la integración y reclutamiento del Tribunal, que se han calificado como de “lógicas de la política palaciega, donde las decisiones se toman en reducidos círculos de poder, completamente alejados del escrutinio público y ciudadano”, lo cual tiene como resultado un *empobrecimiento de la democracia*, al tratarse de procedimientos lejos de la transparencia y publicidad debidas según la propia Constitución³⁰⁹.

En un primer acercamiento, Nogueira advierte que para la necesaria independencia e imparcialidad que debe caracterizar al tribunal Constitucional, es menester “que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida”³¹⁰. Con esa prevención, considera que los requisitos establecidos en el artículo 92 de la Constitución de 1980, en concreto, el de ser abogado con a lo menos 15 años de título, el haberse destacado en el ejercicio de la actividad profesional, universitaria o pública, y el no tener impedimento para desempeñar el cargo de juez, aseguran la “idoneidad jurídica básica para desempeñarse adecuadamente en el respectivo órgano jurisdiccional, conociendo y resolviendo las materias sometidas a su conocimiento con criterio jurídico, aun cuando los textos no consideran expresamente la formación en derecho público de los

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁰⁸ *Ídem.*

³⁰⁹ BASSA MERCADO (2015), pp. 268-274.

³¹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2010), p. 285.

magistrados”³¹¹. Por estas razones pareciera que Nogueira aconseja que los candidatos al Tribunal Constitucional “sean sometidos a un escrutinio público, similar al que se ejerce por el Senado norteamericano previo al otorgar el acuerdo para el nombramiento de Ministros de la Corte Suprema Norteamericana propuestos por el Presidente de la República”, tanto respecto de los ministros nombrados por el Congreso Nacional como por la Corte Suprema, “corroborando los antecedentes y competencia de los candidatos a desempeñar tan importante función pública”³¹². No se explica, sin embargo, por qué no habría de extenderse dicho examen a los candidatos propuestos por el Presidente de la República, lo que, en nuestra opinión, debiera hacerse de manera análoga, si además, se tiene en cuenta que el sujeto habilitado para la designación es la *persona* del Presidente, no el Ejecutivo, por lo que estima que el sistema de nombramiento es más precario aún³¹³. Curiosamente, Nogueira propone suprimir la designación de ministros por la Corte Suprema, en el entendido que una concepción republicana y democrática exigiría que el Tribunal Constitucional estuviera conformado sólo por ministros “nombrados por órganos representativos directamente de la voluntad popular, en nuestro caso, del Congreso Nacional y del Presidente de la República, en lo posible con controles interorgánicos o intraorgánicos, como ocurre por regla general en el derecho comparado”³¹⁴.

La postura de Nogueira se contrapone, por ejemplo, a la de Navarro, quien si bien es crítico de los procedimientos de designación de los ministros del Tribunal, estima que, de los tres órganos que nominan candidatos, “el único que llama a concurso público ha sido la Corte Suprema, la que, además, ha designado siempre a profesores de derecho público (sea constitucional o administrativo)”, distinguiéndola del Ejecutivo y Legislativo, quienes, en su parecer “han efectuado designaciones disímiles”; destacando a ministros que no obstante ejercieron cargos políticos previos, “actuaron como verdaderos jueces constitucionales”, mientras que otros

solo tenían antecedentes como asesores, careciendo de mayor experiencia en el ejercicio de la profesión, lo que resulta esencial en un tribunal que, en general, supone jueces de carrera o

³¹¹ *Ibid.*, p. 286.

³¹² *Idem.*

³¹³ BASSA MERCADO (2015), pp. 257-273.

³¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ (2010), p. 286.

académicos [...] Por cierto, ha surgido cierta crítica por tratarse de designaciones en esencial políticas y que no han sido debatidas lo suficiente ni precedidas de concursos públicos³¹⁵.

Sin embargo, lo anterior se matiza con que la circunstancia de designar académicos no asegura un desempeño adecuado de la magistratura, habiendo ocasiones en que “han actuado más como “políticos” o “delegados” que jueces y cuyas decisiones parecen siempre previsibles³¹⁶, razones por las cuales cree necesario para el perfeccionamiento institucional del tribunal “revisar su mecanismo de integración, particularmente en las designaciones del Presidente de la República y el Congreso Nacional”, siendo deseable “el establecimiento de sistemas de concursos e inhabilidades previas en cargos políticos o de exclusiva confianza”³¹⁷. Por último, se considera que además del mérito, la conformación del Tribunal “debe ser reflejo de un amplio pluralismo político, social e ideológico, de suerte que sus decisiones sean resultado de un abierto y público”, que impacte en la legitimidad de ejercicio³¹⁸. Similares apreciaciones encontramos en Couso, quien critica la designación que realiza el Presidente de la República de manera totalmente autónoma, lo que ha provocado la politización de tales designaciones³¹⁹; al tiempo que la experiencia confirmaría que estas designaciones recaen en personas de confianza del mandatario, “que desempeñaron previamente, y al alero de quien los nombra, altos cargos de relevancia política para los respectivos gobiernos”³²⁰.

El Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, que en nuestra opinión constituye un ideario de consenso entre la pluralidad de opiniones vigentes en la academia, hace hincapié, en general, en que deben “[a]umentar los estándares de transparencia, escrutinio público y participación de la sociedad civil en los procesos de selección respecto de todas las designaciones de ministros del TC”, y, en particular, que la discrecionalidad del Presidente de la República a la hora de designar a sus candidatos, debe ser morigerada³²¹, en especial, por cuanto se advierte que “ha cobrado relevancia la nominación de abogados colaboradores directos en ámbitos de Derecho Público del Presidente de la República que los ha designado

³¹⁵ NAVARRO BELTRÁN (2021), pp. 427-428.

³¹⁶ Ídem.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 451.

³¹⁸ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 244.

³¹⁹ COUSO SALAS (2021), p. 12.

³²⁰ BASSA MERCADO (2015), p. 273.

³²¹ GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), pp. 11, 61. Cf. BUSCH VENTHUR (2021b), p. 519.

(algunos de ellos también académicos), o altos cargos en los gobiernos de la coalición del Presidente”³²², razón por la cual se plantea una precalificación por parte de una comisión autónoma de nombramiento de altos magistrados³²³. Al Grupo no le es incómodo que la designación de los miembros del Tribunal provenga de los tres poderes del Estado, enfatizando la conveniencia de “aumentar el número de ministros que son designados por órganos cuyos integrantes han sido elegidos directamente por votación popular”, fortaleciendo, con el ello, el principio de legitimidad democrática³²⁴. Se estima, asimismo, ineludible, que toda designación sea previa concurso público de antecedentes y de defensa ante cada órgano interviniente³²⁵. Por otra parte, la idea de establecer una inhabilidad respecto de exautoridades políticas para integrar el Tribunal³²⁶, es coherente y resulta imprescindible si se quiere evitar la caracterización del Tribunal como una tercera cámara.

Atria, en tanto, sostiene que el control preventivo abstracto es determinante en la designación que efectúan el Presidente de la República y el Congreso, lo cual se traduce en “un Tribunal compuesto en parte considerable al menos por ministros que ocupan cargos en virtud de su afiliación o cercanía a un determinado partido o “sector” político”, lo cual a su vez “afecta uno de los elementos más fundamentales del Estado de derecho, la idea de que las causas judiciales deben ser resueltas por jueces independientes y no por órganos políticos”, razón por la cual propone devolver la inaplicabilidad a la competencia de la Corte Suprema, para que “las cuestiones abstractas sean conocidas por un órgano políticamente integrado y los litigios sean decididos por jueces independientes”³²⁷. Para él, la intervención de los tres poderes del Estado en la designación de los ministros del Tribunal Constitucional no se justifica por cuanto al reunir ministros con *designación judicial, partisana y unilateral* por el Presidente de la República “enfatisa el carácter político y jurídicamente caprichoso de la integración”, sin reflejar “nada relevante”; mientras que lo esperable sería un sistema de integración que reflejara “alguna racionalidad”³²⁸. Ante esto, propone que la designación de los miembros del Tribunal esté solo en manos del Legislativo, de modo que “refleje una determinada correlación de fuerzas reconducible por su parte a una manifestación popular en elecciones”³²⁹.

³²² *Ibid.*, p. 41.

³²³ *Ibid.*, p. 60.

³²⁴ *Ibid.*, p. 47.

³²⁵ *Ibid.*, p. 61.

³²⁶ *Ibid.*, p. 63.

³²⁷ ATRIA LAMAITRE (2020b), p. 192.

³²⁸ *Ibid.*, p. 199.

³²⁹ *Ídem.*

De las reflexiones de Bassa, podemos deducir que habría diversos niveles en los procedimientos de designación de ministros del Tribunal. Así, en un primer nivel estarían las designaciones efectuadas por el Parlamento, las que -si bien han replicado la lógica binominal- estarían por sobre -en cuanto a legitimidad y razonabilidad- de las realizadas por el Presidente de la República, donde la puerta giratoria sería notoria y grave³³⁰. Ambas instancias de designación demostrarían que la ausencia de controles sobre los nombramientos:

No hay concursos públicos de antecedentes, no hay oposiciones, no hay audiencias públicas para el escrutinio de los antecedentes del candidato, no se estudia su trayectoria, no se consideran los artículos académicos que pudo haber publicado. Si algo se verifica, se hace en privado³³¹.

En particular sobre la designación de miembros por el Congreso, este autor lleva la atención al hecho que la Constitución solo confiere al Senado una potestad plena para el nombramiento de los ministros, a diferencia de lo que ocurre con la Cámara de Diputados, que debe someter a sus candidatos a la aprobación de la Cámara Alta. Así, estima que se trata de un resabio aristocrático y sin justificación racional alguna, en el entendido que “no existe ninguna diferencia significativa en la calidad de la deliberación en ambas Cámaras, así como tampoco respecto de sus atribuciones legislativas”, razón por la cual debiera seguirse el mismo procedimiento en cada una de ellas, puesto que también las dos gozan de “la misma legitimidad democrática emanada de sufragio universal directo”³³². Respecto de los nombramientos de la Corte Suprema, aclara que, si bien no responde a los turnos del sistema binominal, y a pesar de existir una reglamentación contenida en el Auto Acordado N° 26 de 2006 que considera un concurso público de antecedentes, el carácter secreto de la sesión en la que se toma la decisión termina por perjudicarla³³³. Finalmente -y contrario a lo que pareciera sugerir- propone continuar con los tres actores involucrados en los nombramientos ministeriales, pero añadiendo transparencia a los procedimientos y estableciendo “mecanismos efectivos de control público sobre el proceso de designaciones, generando una instancia

³³⁰ BASSA MERCADO (2015), p. 273.

³³¹ *Ibid.*, p. 278.

³³² *Ibid.*, p. 258.

³³³ *Ibid.*, pp. 278-279.

deliberativa que le permita a la ciudadanía (o a sus representantes) escrutar públicamente los antecedentes del candidato o candidata”³³⁴.

d. Falta de legitimidad (democrática) y carácter contramayoritario

Otro cuestionamiento, ya esbozado precedentemente, se refiere a la falta de legitimidad de todo sistema de justicia constitucional, de la cual no está exento nuestro Tribunal Constitucional. Para efectos de esta investigación, entenderemos por legitimidad la *justificación* de una determinada institución, que en virtud del principio de soberanía popular solo puede emanar del pueblo mismo³³⁵:

El cumplimiento de las tareas del Estado y el ejercicio de las competencias estatales necesita de una legitimación que se retrotrae al pueblo mismo o a aparte de él (a ello se alude con la idea de una cadena ininterrumpida de legitimación democrática [...])

El fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado. Y hay diferentes caminos para alcanzar este fin³³⁶.

La legitimación no necesariamente debe ser inmediata, es decir, que se reconduzca inmediatamente al pueblo; aunque esta *pueda conferir una dignidad democrática más elevada*, es igualmente admisible la designación mediata por este: “[I]o decisivo es que la cadena de legitimación no se vea interrumpida por la intervención de un órgano o de un cargo no legitimado democráticamente o no legitimado así de forma suficiente”³³⁷. A esto, Böckenförde denomina *legitimación democrática orgánico-personal*³³⁸.

³³⁴ *Ibid.*, p. 282. Cf. SOLARI ALLIENDE (2019), p. 354.

³³⁵ BÖCKENFÖRDE (2000), p. 48. Más adelante, comenta: “el principio de la soberanía popular se refiere de manera primaria a la cuestión de la titularidad del poder del Estado. Con él se afirma que la instauración y la organización del dominio que ejerce el poder político tienen que poder retrotraerse al pueblo mismo, esto es, a una legitimación y a una decisión que surgen del pueblo”. Véase: BÖCKENFÖRDE (2000), p. 50.

³³⁶ *Ibid.*, pp. 55-56.

³³⁷ *Ibid.*, p. 58.

³³⁸ *Idem.*

A nivel local, debemos hacer presente que parte de la doctrina considera que la legitimidad del Tribunal Constitucional es un asunto que habría estado “completamente ausente de la reflexión constitucional post-1990”³³⁹, lo que le hace preguntarse:

¿Qué explica que un tema que es discutido y discutible en cualquier cultura democrática fue totalmente ignorado en Chile? [...] Porque debe destacarse que la cuestión es especialmente notoria, porque la aceptación indiscutida de la jurisdicción constitucional y la celebración de su ampliación ocurre precisamente en un país que, en términos constitucionales, tiene la dudosa distinción de ser de los pocos cuya democracia post-dictatorial se basó sin solución de continuidad en la constitución dada por el dictador (!), y que el Tribunal Constitucional, al que esa reflexión nunca discutió con seriedad, era un tribunal cuya integración hasta el año 2005 era garantía de una interpretación neoliberal de la constitución (!!)³⁴⁰.

Atria cree que esta actitud de lo que él denomina “celebración unilateral y de complacencia doctrinaria con el Tribunal Constitucional” ya llegó a su término³⁴¹; para él, la doctrina constitucional chilena ha adoptado un cariz de total ingenuidad al haber ignorado “la cuestión de la sujeción a la norma por el órgano encargado de vigilar su cumplimiento”³⁴². Esta falta de interés o de apatía en torno a la discusión de la legitimación de la justicia constitucional en nuestro país estaría totalmente injustificado, a partir de la observación de Busch:

En el contexto chileno, las objeciones a la justicia constitucional son particularmente acuciantes. No sólo se enfrenta la crítica contramayoritaria propia de todo sistema de justicia constitucional. Nuestro TC enfrenta una objeción democrática agravada, es la misma Constitución que debe custodiar la que no encuentra una sólida justificación democrática y ha

³³⁹ ATRIA LAMAITRE (2020a), p. 126; BUSCH VENTHUR (2021b), p. 510.

³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 126-127.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 130.

³⁴² *Ibid.*, p. 143. A partir de la idea de tribunal constitucional de Hans Kelsen, Atria comenta que lo que se entendía por una institución de este tipo en la época de la controversia con Carl Schmitt no tiene nada que ver con el Tribunal Constitucional de la Carta de 1980. En efecto, distingue que la creación de Kelsen tenía por objeto arbitrar, resolver *reglas precisas de distribución de competencia*, no pronunciamientos sobre la parte dogmática de la Constitución, quien veía en esto un “peligro de desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución”, razón por la cual afirma que el Tribunal de 1970 era como el que defendía Kelsen. Véase: ATRIA LAMAITRE (2020a), p. 186.

sido contundentemente rechazada por la ciudadanía en el plebiscito de 25 de octubre de 2020³⁴³.

En tanto, Zúñiga, siguiendo a Lambert, afirma que en todo sistema de justicia constitucional se observan *dos problemas basales*:

la ilegitimidad democrática de este poder, disfuncional a la democracia, y las dificultades de imponer límites a una Constitución que, prescriptivamente, es lo que los jueces dicen que es; lo que vendría a sustituir la legitimidad democrática del Estado y del orden político por la legitimidad burocrático-judicial³⁴⁴.

Para él, la necesidad de la justicia constitucional no está en juego³⁴⁵, sin embargo, se requiere de la “autolimitación judicial, [la] deferencia con los poderes públicos, en especial con los poderes revestidos de legitimidad democrática, la admisión real de la presunción de legitimidad de la ley y los actos estatales y la no justiciabilidad de las cuestiones políticas”³⁴⁶. La falta de legitimidad democrática, a su vez, se relaciona directamente con la integración del Tribunal, entendiéndose que la intervención en el nombramiento de sus integrantes por parte de los poderes políticos tendría como finalidad subsanar dicha deficiencia³⁴⁷. Couso nota que ha perjudicado la democracia y el juego político el hecho que se recurra al Tribunal Constitucional cuando un determinado sector pierde en el debate político-legislativo³⁴⁸. Para Cristi y Ruiz-Tagle resulta imprescindible dar legitimación a la designación de los miembros del Tribunal Constitucional³⁴⁹. Por su parte, Bassa subraya que el Tribunal es una “institución que tiene apariencia de tribunal [que] puede imponer, a órganos de representación popular, una decisión que tiene una apariencia ambigua, a la vez política y jurídica”, situación que constituye una de las paradojas de la democracia constitucional contemporánea, al dejar el control de los derechos fundamentales en un órgano sin legitimidad democrática directa³⁵⁰.

³⁴³ BUSCH VENTHUR (2021b), p. 510.

³⁴⁴ ZÚÑIGA URBINA (2021), p. 82.

³⁴⁵ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 243.

³⁴⁶ ZÚÑIGA URBINA (2021), p. 87; BUSCH VENTHUR (2021a), p. 22.

³⁴⁷ NOGUEIRA ALCALÁ (2010), p. 283.

³⁴⁸ COUSO SALAS (2021), p. 9.

³⁴⁹ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2017), p. 208.

³⁵⁰ BASSA MERCADO (2015), p. 256.

Finalmente, para Ponce de León, la naturaleza contramayoritaria del Tribunal Constitucional resulta evidente, por cuanto “basta con una simple mayoría de jueces no electos democráticamente para dejar sin efecto la decisión de otra simple mayoría –o, a veces, de una mayoría calificada– que sí se encuentra legitimada democráticamente”³⁵¹, lo que resulta aún más patente tratándose del control preventivo de constitucionalidad³⁵².

Específicamente, respecto de este último tipo de control, parte de la doctrina que lo defiende lo hace con matices: reconoce que hay un *creciente consenso* respecto a que el control preventivo obligatorio, esto es, aquel sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales que versen sobre estas materias (artículo 93 N° 1) “no está produciendo beneficios nítidos en la supremacía constitucional”, lo cual sí se produciría en relación con la variante preventiva facultativa (artículo 93 N° 3), puesto que este tipo de control que puede utilizar una minoría de las cámaras, contraría con “defensores transversales [y] quienes lo estiman esencial para la supremacía constitucional”³⁵³. Si revisamos las distintas propuestas en esta materia, es posible afirmar que existe consenso en la eliminación del control preventivo obligatorio de leyes interpretativas y leyes orgánicas constitucionales³⁵⁴, dejándolo solo a salvo cuando se refiera a tratados internacionales sometidos a aprobación del Congreso³⁵⁵, y también en la supresión del control preventivo facultativo de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales³⁵⁶. Para otro sector, el control preventivo forzoso del artículo 93 N° 1 de la Carta de 1980 representa la mejor manifestación que el Tribunal Constitucional de 1980 es una institución distinta al Tribunal de 1970. El argumento de Atria es el siguiente: puesto que se trata de un control de oficio, sin que medie

³⁵¹ PONCE DE LEÓN (2021), p. 7.

³⁵² *Ibid.*, p. 10.

³⁵³ FERMANDOIS VÖHRINGER (2016), p. 189. Cf. SOTO VELASCO (2020), pp. 157-158.

³⁵⁴ En un estudio de sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional en ejercicio de su poder de control previo obligatorio, Verdugo manifiesta: “[e]n el control obligatorio no hay, en realidad, una controversia visible, ni intereses en juego. No hay una solicitud de inconstitucionalidad. De hecho, puede que ni siquiera exista una duda de constitucionalidad. Esto incluso hace sospechar, como vimos, acerca de la naturaleza jurisdiccional del control preventivo, ya que no hay partes, no hay intereses, no hay contienda y el TC no está llamado a adjudicar pretensiones. En verdad, el control obligatorio se parece más a la toma de razón de la Contraloría General de la República o al curso de un procedimiento no contencioso ante un juez ordinario, que a una causa controversial que se ventile frente a un juez llamado a dirimir un conflicto”. Véase: VERDUGO RAMÍREZ (2010), p. 222.

³⁵⁵ De acuerdo con el mismo estudio de Verdugo, dado que las leyes interpretativas de la Constitución son excepcionales (solo 4 bajo la vigencia de la Constitución de 1980), el control preventivo obligatorio se concentra en el examen de las leyes orgánicas constitucionales y de los tratados internacionales cuando versan sobre materias propias de estas últimas. Véase: VERDUGO RAMÍREZ (2010), p. 233.

³⁵⁶ GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), p. 9. Existe también una posición intermedia (y previa) que propugna que el control preventivo facultativo sólo recaiga sobre aspectos formales o procedimentales. Véase: SIERRA IRIBARREN (2016), pp. 221-222.

requerimiento previo -lo que se contrapone con la idea de la función jurisdiccional-, marcaría una diferencia con las funciones entregadas al Tribunal de 1970, cuyo fin primordial era resolver las diferencias entre el Ejecutivo y el Legislativo y que exigía requerimiento por los involucrados; por lo tanto, si bajo la Constitución de 1980 el Tribunal conoce sin requerimiento de parte, esto es,

sin conflicto entre órganos, entonces es claro que no se trata de proteger la integridad constitucional de un órgano frente al intento de otro órgano de erosionar o negar sus facultades, sino que se trata de defender algo de su posible erosión por la acción conjunta de *todos los órganos con legitimación democrática directa*, el Presidente y el Congreso. ¿Y qué podría estar necesitado de protección frente a una voluntad convergente y sin reparos de los órganos con legitimación democrática? La respuesta es: la constitución misma. Pero entonces resulta que la constitución es algo que se impone a la política desde fuera, algo que no descansa en el principio democrático sino debe ser protegido del principio democrático. Esta es la idea que en su momento se llamó “democracia protegida”, que por cierto era protegida de ella misma, es decir, negada. Es la constitución tramposa³⁵⁷.

En esta misma línea se ha manifestado Bassa, quien sostiene que el control forzoso ex ante “supone un gravamen exagerado a la deliberación legislativa, que solo se justifica desde concepciones políticas que desconfían de la democracia deliberativa”³⁵⁸. Acerca del control preventivo facultativo, el autor plantea que “la práctica constitucional señala que se trata, en realidad, de diferencias políticas entre Gobierno y oposición, que esta última intenta resolver a su favor en el Tribunal cuando es derrotada en el Congreso”, lo que fuerza al Tribunal a pronunciarse sobre una “disputa que una minoría parlamentaria mantiene con la mayoría, diferencia revestida de inconstitucionalidad”³⁵⁹.

Finalmente, Soto justifica la mantención del examen preventivo facultativo o a requerimiento porque es el único medio que permitiría controlar los vicios de procedimiento, “es decir, aquel que vela por el cumplimiento de los requisitos que la Constitución impone en el procedimiento de formación de la ley”, lo que

³⁵⁷ ATRIA LAMAITRE (2020b), pp. 173-174.

³⁵⁸ BASSA MERCADO (2015), p. 260.

³⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 260-261.

evalúa como “clave para resguardar una deliberación justa y es, por lo mismo, una garantía para la minoría”³⁶⁰. Si bien reconoce que el control preventivo sustantivo presenta reparos (por ejemplo, se ejerce durante el proceso legislativo, en cualquier momento del mismo), igualmente defiende su mantención, en aras de la supremacía constitucional³⁶¹.

e. Irresponsabilidad de sus miembros

De acuerdo con el artículo 22 de su ley orgánica³⁶², los ministros del Tribunal pueden estar afectos a causales de implicancia -pero no de recusación-, sin embargo, no están contemplados dentro de las autoridades que pueden ser objeto de acusación constitucional³⁶³, el mecanismo que la Constitución utiliza para hacer efectiva la responsabilidad política de aquellos. Por ello, ahora sigue el cuestionamiento sobre la irresponsabilidad de los miembros del Tribunal. Busch, luego de destacar la “especificidad de la jurisdicción constitucional, a medio camino entre lo político y lo jurídico”, concede que “[p]ese a las relevantes consecuencias que para la vida social y política importan las decisiones de los jueces constitucionales, el control y el régimen de responsabilidad de estos magistrados es un ámbito poco estudiado”³⁶⁴, constatando que “el juez constitucional chileno no está sometido a ningún control externo, circunstancia que lo sitúa fuera de la lógica del control al que debe someterse todo aquel que ejerce poder público en un Estado de Derecho”³⁶⁵.

Dicho esto, Cristi y Ruiz-Tagle explican que la falta de responsabilidad política de sus integrantes “conspira contra el principio democrático republicano que dispone que el ejercicio del poder político implica responsabilidad política”³⁶⁶ y que “el poder del Tribunal Constitucional debe ser contrapesado por la

³⁶⁰ SOTO VELASCO (2020), pp. 158-159.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 160-161.

³⁶² Decreto con Fuerza de Ley N° 5 (2010).

³⁶³ Para una parte de la doctrina, del mero hecho que no se mencione a los miembros del Tribunal Constitucional en el listado de las autoridades que puedan ser objeto de acusación constitucional no se desprende que aquellos no puedan serlo, postura correspondería a una “interpretación literal y originalista” de la Constitución. Frente a esta posición, se aboga por una interpretación de la Constitución a la luz del principio de responsabilidad general, también por una acepción amplia del concepto de “magistrados de los tribunales Superiores de justicia” que incluya a los miembros del Tribunal Constitucional, y finalmente, con el argumento que, con la reforma constitucional de 2005, al trasladar la inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal, también se traspasó la responsabilidad política consustancial a ella. Véase: GAJARDO FALCÓN (2018), pp. 240-242.

³⁶⁴ BUSCH VENTHUR (2021a), p. 18.

³⁶⁵ BUSCH VENTHUR (2021b), p. 520.

³⁶⁶ CRISTI BECKER y RUIZ-TAGLE VIAL (2017), p. 201.

posibilidad de acusar constitucionalmente a sus miembros y esta medida está todavía pendiente”³⁶⁷, lo que es compartido por Zúñiga quien reprocha “el déficit en materia de sistema de controles y responsabilidades”³⁶⁸, razón por la cual aboga, en virtud del principio democrático, por un reforzamiento tanto del control social, político y jurídico de este tipo de instituciones, como del régimen de responsabilidad a que están sometidos, lo que resulta “un imperativo de *Constitutione y lege ferenda* en un orden político republicano y democrático”³⁶⁹. En este mismo sentido, también Gajardo, para quien la responsabilidad política es inherente a todo régimen democrático constitucional³⁷⁰, y se explica en razón del poder político que el Tribunal Constitucional despliega³⁷¹.

Atria también pertenece a este grupo; para él la explicación a la irresponsabilidad política de los miembros del Tribunal se reduce a que la doctrina no ha sido capaz de entender a esta institución como una de naturaleza política, razón por la cual los *check and balances* ha sido totalmente omitidos³⁷², con lo cual coincide con Bassa, quien lo recalca a pesar de tratarse de un órgano que actúa sobre órganos con legitimidad democrática, lo que viene refrendado por su diseño institucional: inamovilidad de sus integrantes (artículo 92 inciso 3°), irrecurribilidad de sus sentencias (artículo 94 inciso 1°) e imposibilidad de acusación constitucional (artículo 52 N° 2), lo que se reduce a que “que el desempeño de sus ministros ha quedado al margen de la revisión institucional por parte de los demás órganos del Estado”³⁷³. Más aún, sostiene que esta configuración de la justicia constitucional combina

los diversos factores de la peor forma posible: un organismo con apariencia de tribunal, que cuenta con amplísimas competencias políticas e institucionales (no todas de carácter jurisdiccional), que actúa (casi) sin control institucional, que carece de la suficiente claridad respecto de los criterios válidos de interpretación constitucional, cuyos integrantes son designados atendiendo criterios principalmente políticos y sin una deliberación pública previa que escrute su idoneidad para ejercer el cargo³⁷⁴.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 207.

³⁶⁸ ZÚÑIGA URBINA (2007), p. 241.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 244.

³⁷⁰ GAJARDO FALCÓN (2018), p. 233.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 235.

³⁷² ATRIA LAMAITRE (2020b), p. 210.

³⁷³ BASSA MERCADO (2015), pp. 255-259.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 264. Cf. SOLARI ALLIENDE (2019), pp. 353-354.

En la vereda opuesta, Nogueira estima que “la posibilidad de destituir a los magistrados a través del juicio político o acusación constitucional [...] constituye un riesgo para la adecuada independencia de los magistrados”³⁷⁵, ejemplificando a través de la experiencia latinoamericana en Perú, Ecuador y Bolivia, los riesgos que -en su parecer- conllevaría dicha posibilidad. Por ello, se muestra en contra de la acusación constitucional en contra de los ministros del Tribunal, para que “solamente puedan ser objeto de imputación y condena en el caso de cometer delitos por el tribunal de justicia correspondiente, luego de un debido proceso”³⁷⁶. En esta misma vereda, pero de manera más atenuada, el Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional ha sugerido no extender el juicio político a los ministros del Tribunal Constitucional, apuntando a “[r]obustecer el estatuto de responsabilidad de ministros, incorporando a la LOCTC una regulación especial y más estricta en términos de procedimiento, causales taxativas y quórum de destitución de un ministro del Tribunal Constitucional por parte del pleno”³⁷⁷.

6. La justicia constitucional en el proceso constituyente de Michelle Bachelet

En el que sería el primer proceso constituyente democrático luego de la dictadura, el programa de gobierno de Michelle Bachelet abordaría expresamente la situación y críticas del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, se refería expresamente a su carácter contramayoritario, además, se plantea una conformación impar, eliminando el voto dirimente del presidente del Tribunal, y se excluye a la Corte Suprema del proceso de nombramiento de los ministros, además se elimina el control preventivo de constitucionalidad, tanto obligatorio como facultativo³⁷⁸.

En cuanto al “Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, recordemos que los temas sobre los cuales se discutió fueron: valores y principios; derechos, deberes y responsabilidades; e instituciones del Estado, según un análisis de diversas experiencias comparadas³⁷⁹, a través de preguntas orientadoras que

³⁷⁵ NOGUEIRA ALCALÁ (2010), p. 297.

³⁷⁶ *Idem*.

³⁷⁷ GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), pp. 12, 63.

³⁷⁸ BACHELET JERIA (2013), pp. 34-35.

³⁷⁹ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016a), pp. 13-14: “Valores y Principios. Son directrices de mayor importancia que orientan el accionar y que son estimados y compartidos por una comunidad. Suelen ser incorporados en el

guiaron el proceso en todos los niveles³⁸⁰. El mecanismo de consulta utilizado fue el de metodología de convergencia deliberativa, “la cual concibió la consulta como una oportunidad para deliberar - incluso en presencia de puntos de vista divergentes - y llegar a conclusiones o converger colaborativamente”³⁸¹, a través de los diálogos ciudadanos que partían desde el ámbito local (consulta individual a través de un formulario digital y deliberación colectiva presencial a través de encuentros locales auto-convocados, *ELA*³⁸²), pasaban por el provincial (cabildos provinciales) y culminaban en el regional (cabildos regionales), para terminar con la entrega de las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución³⁸³.

En estos diálogos ciudadanos, el Tribunal Constitucional (o más precisamente, la justicia constitucional), no estuvo entre las instituciones más mencionadas en la discusión a nivel local, provincial y regional³⁸⁴.

preámbulo o en los primeros capítulos de las constituciones, pues constituyen la base sobre la cual la sociedad se ordena jurídica, social, económica y políticamente. Derechos. Se refiere a los derechos básicos que la sociedad estima como más valiosos. En la mayoría de las constituciones estos se suelen clasificar entre Derechos Políticos (que facultan la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la conducción del Estado), Derechos Civiles (que aseguran la libertad y autonomía de las personas) y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que facultan exigir del Estado acciones que permitan a las personas satisfacer sus necesidades básicas como seres humanos). Deberes y Responsabilidades. Para que los derechos se cumplan efectivamente, es necesario que vayan acompañados de deberes y responsabilidades. Los deberes que se establecen para las personas que viven dentro de un país y que son imprescindibles para alcanzar el bien común. Por su parte, las responsabilidades alcanzan a aquellas obligaciones que la Constitución dispone específicamente a los poderes públicos (responsabilidad política, civil, administrativa o penal). Instituciones del Estado. Las Instituciones son el conjunto de entidades, órganos, autoridades y procedimientos establecidos por la Constitución y que tienen como propósito permitir el correcto funcionamiento del Estado, propender al bien común, buscar que se alcancen los valores constitucionales y dar satisfacción y protección a los derechos fundamentales”.

³⁸⁰ Las preguntas fueron las mismas para los distintos niveles de participación, lo que habilitaba su sistematización. Las preguntas consistieron en: “¿Cuáles son los VALORES Y PRINCIPIOS más importantes que deben inspirar y dar sustento a la Constitución? ¿Cuáles son los Derechos más importantes que la Constitución debiera establecer para todas las personas? ¿Cuáles son los DEBERES Y RESPONSABILIDADES más importantes que la Constitución debiera establecer para todas las personas? ¿Qué INSTITUCIONES debe contemplar la Constitución y qué característica debe tener? Para poder dar respuesta a tales preguntas, se ponen a disposición de las personas listados de referencia sobre conceptos constitucionales (listado de valores y principios; derechos, deberes y responsabilidades; e instituciones del Estado) que permiten orientar la discusión, y además se abre la posibilidad de generar nuevos aportes conceptuales en un espacio denominado “otros”³.” Véase: MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016a), p. 14.

³⁸¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2017), p. 14. Cf. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016a), p. 11: “Esta metodología concibe el proceso como un espacio mediante el cual las personas desarrollan conversaciones (deliberación) a partir de distintas posiciones, y llegan a conclusiones o puntos en común (convergencia), de manera colaborativa, para definir acuerdos, acuerdos parciales o desacuerdos sobre los asuntos constitucionales [...] tiene dos componentes: la *convergencia*, entendida como acto de cooperación para la búsqueda de puntos en común; y la *deliberación*, entendida como el diálogo a partir de distintas posiciones, evaluando las ventajas y desventajas, en la construcción de acuerdos o decisiones. Deliberar es reflexionar colectivamente sobre alternativas para tomar una decisión conjunta y configurar un acuerdo”.

³⁸² WELP y SOTO (2019), p. 33. Véase: SOTO BARRIENTOS y WELP (2017), p. 170. De acuerdo con la Guía para el Diálogo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, un ELA “puede ser organizado por cualquier grupo de personas, institución u organización social y/o territorial (juntas de vecinos, clubes deportivos, clubes de adultos mayores, clubes juveniles, entre otros) con domicilio en una comuna determinada, siempre que cumplan con los requisitos exigidos para ello”. Véase: MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016b), p. 13.

³⁸³ Boletín N° 11.617-07 (2018), pp. 14-17.

³⁸⁴ CONSEJO CIUDADANO DE OBSERVADORES (2017), pp. 75-83.

Recordemos que, en la discusión sobre instituciones del Estado, se presentó una lista de más de 20 instituciones, de las cuales los participantes deberían elegir máximo siete, pudiendo también agregar una no especificada³⁸⁵.

El proyecto de nueva Constitución recogió parcialmente los lineamientos del programa de gobierno³⁸⁶. Así, consagró expresamente el carácter autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder del Estado. En cuanto a su composición, mantuvo el número de ministros en 10, sin embargo, se innova al fijar un mecanismo único para el nombramiento de todos los integrantes del Tribunal, estableciendo etapas determinadas para que los diversos poderes del Estado participen. En primer lugar, la Corte Suprema convoca a un concurso público para formar una terna que elevará al Presidente de la República; luego éste propone a uno de los integrantes de esa terna a las dos cámaras del Congreso; previa exposición de la postulación al cargo, en sesión especial y pública, cada una de las cámaras aprueba al candidato propuesto con un quórum de 2/3 de sus miembros en ejercicio; finalmente, el Presidente de la República designa al elegido, nombrándolo como ministro del Tribunal Constitucional (artículo 93).

En cuanto a sus atribuciones, se mantiene el control preventivo obligatorio de leyes interpretativas de la Constitución, de leyes orgánicas constitucionales y de tratados internacionales que versen sobre materias propias de estas últimas, con la variación que la declaración de inconstitucionalidad exige un quórum de 4/5 (artículo 94 N° 1); en contrapartida, se elimina el control preventivo facultativo sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. En cuanto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esta se conserva en idénticos términos (artículo 94 N° 5)³⁸⁷. Como novedad, subrayamos que por primera vez se consagra la responsabilidad de los integrantes del Tribunal Constitucional, al mismo modo que el resto de las autoridades políticas que pueden ser objeto de acusación constitucional (52 N° 2 letra c))³⁸⁸.

³⁸⁵ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016a), p.23.

³⁸⁶ Boletín N° 11.617-07 (2018), pp. 85-87.

³⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 87-91.

³⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 60-63.

Sin embargo, a pesar de estas modificaciones, el balance del proyecto es crítico³⁸⁹, entre otros motivos, por la mantención de las instituciones contramayoritarias junto a su estatuto autónomo no guarda coincidencia con las limitaciones a este tipo de órganos que, en principio, los afectarían al *pertenecer* al Estado³⁹⁰.

Por otra parte, mantiene la inaplicabilidad con legitimación de las partes del litigio, extendiendo la tendencia inaugurada bajo la Constitución de 1925. Es, en ese aspecto, una mirada participativa, permitiendo a los ciudadanos iniciar el diálogo constitucional. La propuesta también se acerca más a una relación de mayor confianza con el legislativo, al eliminar el control preventivo a requerimiento, dejando subsistente el preventivo de carácter obligatorio (artículo 94 N° 1). Sin embargo, persiste la palabra final del Tribunal, sin mayores opciones de diálogo que aquellas que se mantendrían bajo la ley orgánica del Tribunal.

7. La justicia constitucional en el proceso constituyente de 2019-2022

El día 24 de diciembre de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.200, que modificó la Constitución Política de la República introduciendo un nuevo epígrafe a su Capítulo XV, el cual recibió un nuevo título denominado “Reforma de la Constitución y Procedimiento para Elaborar una Nueva Constitución de la República”. Recordemos que, previo a esta modificación, la Carta de 1980 no contemplaba normas para el reemplazo constitucional, sino solo para su reforma. Así, esta nueva sección, “Del procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República”, dotada de normas expresas que regulan un

³⁸⁹ Cierta doctrina cree que la experiencia participativa fue un fracaso, en particular debido a que las Bases Ciudadanas no tuvieron correlato con el proyecto de nueva Constitución enviada por la Presidenta Bachelet, es decir, no tuvo incidencia en el resultado final, y, derechamente, las discrepancias entre ambos documentos fueron de tal entidad que “fracturaron la pretensión deliberativa del proceso, por la falta de responsividad desde la política institucional al contenido participativamente generado por la ciudadanía”. Véase: CONTRERAS VÁSQUEZ (2020), pp. 87-89. Precisamente, y a diferencia de lo que Jordán y Figueroa profetizaban, la participación pública en este proceso no fue incidente, lo que, de acuerdo con sus propios postulados, significaría que no surgió el compromiso político necesario para ello. Véase: JORDÁN DÍAZ y FIGUEROA RUBIO (2017), pp. 56-59. Soto, por su parte, arguye que el proyecto constituyó “una reacción a coyunturas políticas de un momento y no una lectura fiel a las instancias de participación”. Véase: SOTO VELASCO (2020), p. 40.

³⁹⁰ ZÚÑIGA URBINA (2018), p. 181. Para este autor, de hecho, el proyecto de nueva Constitución “era una reforma parcial de la Constitución, bajo la apariencia de una reforma total”³⁹⁰ y que no obstante su declaración de haber utilizado las Bases Ciudadanas como fuente, finalmente “fue elaborado por un grupo anónimo de asesores y de manera cerrada, por lo que no hay manera de explicar su lógica deliberativa y porque las propuestas incluidas en las Bases Ciudadanas no fueron efectivamente incluidas en su totalidad el proyecto”³⁹⁰. En este sentido, resulta paradójico que luego de toda la fase de participación ciudadana (ELA, cabildos, elaboración de Bases Ciudadanas, etc.), el resultado no haya recogido los insumos aportados por los ciudadanos intervinientes: fue una propuesta elaborada “a puertas cerradas”³⁹⁰. Véase: ZÚÑIGA URBINA (2018), pp. 178-188.

mecanismo para el reemplazo constitucional, tuvo su origen luego de un proceso inédito de movilización de actores sociales y políticos que abogaban por una nueva constitución, movimiento que había eclosionado sólo unos meses antes y que puede ser leído como la irrupción del poder constituyente³⁹¹. Al igual que sus dos antecesoras inmediatas, el proceso constituyente iniciado en 2019 no se verificaría bajo los supuestos establecidos originalmente en la Constitución de 1980, sino que ésta sería objeto de una reforma *ad hoc* con el objetivo de implementar el Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución de 15 noviembre de 2019³⁹².

Producto de la reforma constitucional, el proceso constituyente adquirió forma jurídica, donde en su formulación normativa la participación directa de la ciudadanía sería un rasgo distintivo de todo el itinerario. Así, en el plebiscito nacional (o *de entrada*) de 25 de octubre de 2020³⁹³ se consultó al cuerpo electoral “¿Quiere usted una Nueva Constitución?” y “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?”. Los resultados fueron irrefutables: un 77% consintió en la realización de un nuevo texto constitucional y un 74% eligió el mecanismo de convención constitucional³⁹⁴, esto es, una asamblea con 155 miembros elegidos popularmente, en lugar de un órgano híbrido compuesto en partes iguales de parlamentarios en ejercicio y miembros de elección popular (artículos 130 y 141)³⁹⁵. Así, por primera vez en nuestra Historia, el pueblo chileno ha podido votar por el mecanismo para reemplazar la Carta vigente, ha elegido a las personas que tendrán la capital labor de concretar ese mandato, e incluso, ha tenido la posibilidad de formular propuestas

³⁹¹ SALGADO MUÑOZ (2020), p. 54.

³⁹² BORIC FONT *et al.* (2019), pp. 1-2. Nogueira nota: “Dicho acuerdo fue suscrito por un arco de partidos con representación parlamentaria, de gobierno, Unión Demócrata Independiente (UDI), Renovación Nacional (RN), Evolución Política (Evópoli), y los partidos de oposición (PS, PPD, PRSD, DC, RD, Comunes, y a título personal el diputado Gabriel Boric, de Convergencia Social), autoexcluyéndose del acuerdo el PC, el Partido Humanista, Convergencia Social, PRO, FRSV, Igualdad, Izquierda Libertaria y Wallmapuwen, quienes tuvieron en desacuerdo con el quorum de 2/3 para adoptar acuerdos”. Véase: NOGUEIRA ALCALÁ (2020), p. 438.

³⁹³ Originalmente, la Ley N° 21.200 estableció el día 26 de abril de 2020 para la realización del plebiscito de entrada, el que fue convocado mediante Decreto N° 2.445 de 2019 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Sin embargo, la Ley N° 21.221 modificó el artículo 130 e incorporó la disposición 33ª transitoria de la Constitución, corrigiendo la fecha para el 25 de octubre de 2020 y, consecuentemente, el plebiscito fue convocado mediante Decreto N° 388 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, para esa fecha.

³⁹⁴ <https://www.servel.cl/resultados-provisorios-plebiscito-nacional-2020/>, visitado en 14 de octubre de 2022.

³⁹⁵ La Convención Constitucional de Chile 2021-2022 (de aquí en adelante, la Convención) representa un caso inusual en que un cuerpo colegiado comienza a funcionar sin restricciones de agenda impuestas por otros órganos, con total libertad para definir sus propias reglas de funcionamiento y compuesta por personas con mínimos lazos previos desde los cuales construir acción colectiva. Ello no era lo que buscaba la clase política chilena con representación parlamentaria cuando ideó este mecanismo para encausar una salida a la crisis social iniciada en octubre del 2019. Por el contrario, ellos esperaban poder controlar el desarrollo de la Convención logrando que ésta fuese integrada por miembros de sus filas. Pero lo que no anticiparon fue que al momento de elegir a los integrantes de esa instancia (los convencionales), la ciudadanía preferiría individuos mayormente independientes sin vínculos con los partidos. Véase: FÁBREGA LACOA (2022), p. 128.

de normas constitucionales, a lo que se añade la posibilidad de pronunciarse acerca de la aceptación o rechazo del proyecto emanado de la Convención.

La reforma constitucional aprobada por la Ley N° 21.200 consagró expresamente en el artículo 135 de la Constitución una limitación material para el texto que se sometiera a plebiscito: el respeto al carácter de república del Estado de Chile, a su régimen democrático, a las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes³⁹⁶.

El órgano dentro de la Convención Constitucional a cargo de la discusión y deliberación sobre justicia constitucional fue la Comisión de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional. A ella, fueron invitados académicos y también autoridades, como por ejemplo, el presidente del Tribunal Constitucional, Juan José Romero. En su exposición³⁹⁷, Romero destaca la necesidad de contar con un órgano especializado y autónomo, así como también que el Tribunal prácticamente no tiene competencia para pronunciarse de oficio respecto de los asuntos que son sometidos a su conocimiento y resolución. Sobre el control preventivo, en ambas modalidades, manifiesta que se trata de una atribución que se ejerce de manera marginal, no obstante sus sentencias tienen mayor impacto público y controversia, destacando que los casos en que se declara la inconstitucionalidad no son la regla general. Todo lo contrario ocurre con la inaplicabilidad, a la que se refiere como el “corazón de la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional en nuestro país”³⁹⁸, que alcanza al 95% de su carga de trabajo, y que ha visto un aumento exponencial desde el año 2010, advirtiendo además que se trata de causas que en su mayoría “no revisten impacto público”³⁹⁹. Sobre las materias a mejorar, destaca que el número de integrantes del Tribunal debiera ser impar, eliminando así el voto dirimente de su presidente⁴⁰⁰, y que los requisitos y el sistema de nombramiento deben ser revisados.

³⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (2020), p. 450, 455.

³⁹⁷ ROMERO GUZMÁN (2021), pp. 1-3.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 2.

³⁹⁹ *Ídem.*

⁴⁰⁰ Como acertadamente se ha hecho notar, “hasta por empate se puede cargar una ley por el rol que cabe al Presidente del Tribunal Constitucional. La actual configuración es un mecanismo de neutralización de nuestro poder político”. Véase: VIERA ÁLVAREZ (2021), p. 30.

La propuesta de nueva Constitución (en adelante “PNC”) trató de resolver algunos de los problemas que se predicaban del Tribunal Constitucional. Por ello, no debe extrañar que el órgano cambie de nombre a Corte Constitucional, para enfatizar que se trata de un nuevo órgano encargado de la justicia constitucional, inaugurando un nuevo período en el control de constitucionalidad de la ley. La PNC la trata en su Capítulo X, “Órganos Autónomos Constitucionales”, junto a la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Ministerio Público, entre otros, en un esquema similar al de la Constitución de 1980. Precisamente, en la sustitución del Tribunal Constitucional por una Corte Constitucional, es notoria la influencia de las propuestas del Frente Amplio en el contexto de las elecciones de convencionales constituyentes, en cuyo programa se afirmaba expresamente la eliminación del primero, reemplazándolo por “una nueva institucionalidad paritaria que garantice los derechos fundamentales y la aplicación efectiva de la nueva constitución”⁴⁰¹. Ligado con ello, en lo referente a las autonomías constitucionales, se plantea la necesidad de “revisar los mecanismos institucionales establecidos para lograr dicha autonomía de manera de fortalecer su control democrático”, partiendo por el supuesto que la autonomía es “independencia formal y efectiva frente al Ejecutivo, pero no frente a la ciudadanía”⁴⁰².

La Corte Constitucional es concebida en el PNC como un “órgano autónomo, técnico y profesional encargado de ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución”, cuyas resoluciones “se fundan únicamente en razones de derecho” (artículo 377)⁴⁰³. Será una ley (simple) la encargada de determinar la organización, el funcionamiento, los procedimientos, la planta, el régimen de remuneraciones y el estatuto del personal de la Corte (artículo 378 N° 5).

⁴⁰¹ FRENTE AMPLIO (2021), p. 11.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 12

⁴⁰³ Hace casi 30 años, Atria enunciaba a propósito de la independencia que se estima indispensable para el Tribunal Constitucional, que “[e]n muchas ocasiones el fallo del tribunal es perfectamente predecible conforme a la ideología de sus integrantes [...] Exigir independencia al Tribunal Constitucional es exigir que éste no sea un suprapoder que coincida sistemáticamente con las opiniones de la oposición. Si con las de alguien tiene que coincidir, debe ser con las mayorías parlamentarias [...] baste decir que lo que se necesita es alguna especie de *teoría fe la deferencia judicial* aplicada al Tribunal Constitucional”. En otra parte, “la justicia constitucional en Chile, al menos al nivel del Tribunal Constitucional, se resuelve según las opiniones ideológicas de los ministros”. Véase: ATRIA LAMAITRE (1993), p. 370, 374.

En cuanto a su conformación (artículo 378), el PNC vuelve a la integración impar previa a la reforma constitucional de 2005, al fijar 11 miembros (N° 1), los que siguen permaneciendo nueve años en sus cargos y no son reelegibles (N° 2). Se establece expresamente que las designaciones obedecen a “criterios técnicos y de mérito profesional”, correspondiendo que cuatro integrantes sean elegidos en sesión conjunta del Congreso de Diputadas y Diputados⁴⁰⁴ y de la Cámara de las Regiones⁴⁰⁵, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio; tres integrantes elegidos por el Presidente de la República; y cuatro integrantes elegidos por el Consejo de la Justicia⁴⁰⁶ a partir de concursos públicos (N° 3).

Se mantiene el requisito de contar con a lo menos 15 años de ejercicio profesional de abogado, sin embargo, se incorpora la exigencia de tener “reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica” (artículo 378 N° 4), con lo cual se prescinde del requisito de haberse destacado en la actividad pública, lo que permite actualmente la designación de antiguas autoridades políticas. Asimismo, también la norma establece que, de preferencia se trate de profesionales provenientes de distintas especialidades del derecho.

⁴⁰⁴ La PNC la define como órgano deliberativo, paritario y plurinacional que representa al pueblo; que concurre a la formación de las leyes y ejerce las demás facultades encomendadas por la Constitución (artículo 252 N° 1), integrado por un número no inferior a 155 integrantes electos en votación directa por distritos electorales. Se delega a una ley de acuerdo regional la determinación del número de integrantes, los distritos electorales y la forma de su elección, atendiendo al criterio de proporcionalidad (N° 2), contemplando escaños reservados para pueblos y naciones indígenas (N° 3).

⁴⁰⁵ Órgano deliberativo, paritario y plurinacional de representación regional encargado de concurrir a la formación de las leyes de acuerdo regional y de ejercer las demás facultades encomendadas por la Constitución (artículo 254 N° 1), cuyos integrantes son elegidos por votación popular (N° 2). También se deja a la ley la determinación del número de representantes regionales que se elegirán por región, el que deberá ser el mismo para cada región y en ningún caso inferior a tres, asegurando que la integración final del órgano respete el principio de paridad. Asimismo, la ley regulará la integración de los escaños reservados en la Cámara de las Regiones (N° 3).

⁴⁰⁶ De acuerdo con la PNC, el Consejo de la Justicia “es un órgano autónomo, técnico, paritario y plurinacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es fortalecer la independencia judicial. Está encargado de los nombramientos, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia” (artículo 342), cuya principal atribución consiste en “[n]ombrar, previo concurso público y por resolución motivada, a todas las juezas, los jueces, las funcionarias y los funcionarios del Sistema Nacional de Justicia” (artículo 343 letra a) (el Sistema Nacional de Justicia, según lo dispuesto en el artículo 327, está compuesto por la justicia vecinal, los tribunales de instancia, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema). En cuanto a su integración, está conformado por 17 miembros, de los cuales ocho son jueces elegidos por sus pares; dos funcionarios o profesionales del Sistema Nacional de Justicia elegidos por sus pares; dos elegidos por los pueblos y naciones indígenas en la forma que determinen la Constitución y la ley, quienes deberán ser personas de comprobada idoneidad para el ejercicio del cargo y que se hayan destacado en la función pública o social; y cinco personas elegidas por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, previa determinación de las ternas correspondientes por concurso público, a cargo del Consejo de Alta Dirección Pública, quienes deberán ser profesionales con a lo menos diez años del título correspondiente, que se hayan destacado en la actividad profesional, académica o en la función pública (artículo 344 N° 1).

No menos importante es el mandato que el constituyente otorga al legislador común, esto es, no orgánico constitucional, como en la Constitución de 1980 en su artículo 92 inc. final, respecto de la regulación de la organización, funcionamiento y procedimientos, entre otros, de la nueva Corte Constitucional (artículo 378 N° 5).

Se consagra de manera expresa la independencia de los miembros de la Corte Constitucional de todo otro poder estatal, y también se continúa con la inamovilidad, fijando, esta vez, como causal de cesación en el cargo, la remoción (artículo 379), manteniendo la exclusión de la acusación constitucional (artículo 253 letra c). Junto con la consagración de la dedicación exclusiva al cargo (artículo 380 N° 1), y en concordancia con la eliminación del requisito de ejercicio destacado en la actividad pública, se establece como inhabilidad el haberse desempeñado en cargos de elección popular, o como ministros de Estado u otros de exclusiva confianza del Gobierno, durante los dos años anteriores a su nombramiento (N° 2); también en sentido inverso se establece como prohibición, al terminar su período y durante los 18 meses siguientes, el optar a cualquier cargo de elección popular o de exclusiva confianza de autoridad pública alguna (N° 3). También son sujetos a las inhabilidades e incompatibilidades para los jueces del Sistema Nacional de Justicia⁴⁰⁷ (N° 2), sin perjuicio que se deja a la ley la determinación de las demás incompatibilidades e inhabilidades para el desempeño del cargo de juez de la Corte Constitucional (N° 4).

En lo que se refiere a sus atribuciones, la Corte Constitucional carecía de facultades de control preventivo en todo evento, esto es, tratándose de ley o tratados internacional, facultativo u obligatorio (artículo 381). Permanecen la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de preceptos legales cuyos efectos sean contrarios a la Constitución. Sin embargo, hay diferencias importantes. Como regla aplicable a ambas instituciones, la PNC exige que la Corte solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales (artículo 382 N° 2).

Ahora, respecto de la inaplicabilidad, existen diferencias fundamentales con su símil de la Constitución de 1980 (artículo 381 N° 1 letra a). Primero, la cuestión de constitucionalidad solo puede ser planteada por

⁴⁰⁷ El artículo 310 dispone que los jueces no podrán desempeñar ninguna otra función o empleo, actividades académicas en los términos que establezca la ley (N° 3), consagrando que sólo ejercerán la función jurisdiccional, estándoles prohibido desempeñar función administrativa o legislativa alguna (N° 4) y militar en partidos políticos (N° 5).

el tribunal que conoce de una gestión pendiente, sea de oficio o a petición de parte, con lo que se elimina la posibilidad de las partes de la gestión pendiente de recurrir al Tribunal o Corte Constitucional. Segundo, se limita la oportunidad de plantear la cuestión, al prohibirla cuando el asunto esté sometido al conocimiento de la Corte Suprema. También se deja expresa constancia que al declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, este no podrá ser aplicado en la gestión judicial en la que se originó la cuestión de constitucionalidad (artículo 382 N° 3).

Por su parte, para la declaración de inconstitucionalidad, se aumentan a dos las declaraciones previas de inconstitucionalidad como condición, para lo cual habrá acción pública, sin perjuicio de la facultad para realizarlo de oficio. En ambos casos, la inconstitucionalidad requerirá para ser declarada de 3/5 de los integrantes de la Corte Constitucional. ahora bien, se añade una nueva hipótesis para la declaración de inconstitucionalidad: bastando una inaplicabilidad declarada, se otorga legitimación para requerirla al Presidente de la República, 1/3 de los integrantes del Congreso de Diputadas o Diputados o la Cámara de las Regiones, un gobernador regional o al menos la mitad de los integrantes de una asamblea regional. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, esta inconstitucionalidad requiere un quórum de 4/5 de los miembros en ejercicio de la Corte Constitucional (artículo 381 N° 1 letra b). Para concluir con las atribuciones de la nueva Corte Constitucional, la PNC establece que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto provocará su invalidación, excluyéndolo del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, añadiendo que dicha resolución tendrá carácter vinculante, de cumplimiento obligatorio para toda institución, persona o grupo, y contra ella no cabrá recurso alguno (artículo 382 N° 4).

Como nos enseñó la experiencia reciente, según la ruta trazada, un último plebiscito constitucional (o *de salida*) llevó a los chilenos nuevamente a las urnas, esta vez, para aprobar o rechazar la propuesta de nueva Constitución que concibió la Convención, donde el voto fue obligatorio (artículo 142 incisos 1° y 2°). Así, el pueblo de Chile, el día 4 de septiembre de 2022⁴⁰⁸, decidió rechazar el texto propuesto por la Convención por un 61,87% de los votos, con una participación histórica de más de 13 millones de votantes, lo que

⁴⁰⁸ Plebiscito convocado mediante Decreto N° 2.078 de 2022 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

corresponde a más del 85% del padrón electoral⁴⁰⁹, por lo que la Carta de 1980 continúa vigente (artículo 142 inciso final).

8. Un proceso constituyente democrático que queda en deuda con la justicia constitucional

Bajo la Convención Constitucional el control preventivo se elimina en su totalidad⁴¹⁰, sobreviviendo únicamente la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad (artículo 381), lo cual es coincidente con la concepción de la Corte como un órgano encargado de ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución (artículo 377).

La deferencia a escala constitucional no es un tema en el que se haya profundizado en Chile; salvo Zapata, Busch⁴¹¹ y Verdugo. En palabras de este último, en particular, la deferencia tiene “el potencial de disminuir los costos democráticos de la revisión judicial de las leyes”, puesto que implica que “los jueces son deferentes con las autoridades democráticamente electas y eluden la declaración de inconstitucionalidad”⁴¹². Su complemento natural sería

la presunción de constitucionalidad de la ley que se cuestiona, bajo el esquema de respeto que exige la separación de funciones y la autonomía del legislador electo popularmente. Debido a ello, la deferencia supone una fuerte fe del legislador, que asume que este no ha buscado contradecir la Constitución. Por ello, el intérprete debe buscar el sentido que mejor permita hacer compatible la ley con la Carta Fundamental⁴¹³.

⁴⁰⁹ https://www.servelecciones.cl/#/votacion/elecciones_constitucion/global/19001/, visitado en 15 de octubre de 2022.

⁴¹⁰ Solo a modo ejemplar, puede recordarse que convencionales como Viera ya se habían manifestado -académicamente- por la eliminación del control preventivo, en cuanto “lesiona la voluntad popular”, admitiendo como último recurso un control de competencias, no sustantivo. Véase: VIERA ÁLVAREZ (2021), pp. 29-32.

⁴¹¹ BUSCH VENTHUR (2021a).

⁴¹² VERDUGO RAMÍREZ (2013), p. 212.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 213. Verdugo luego precisa que existe una contradicción del Tribunal Constitucional a la hora de invocar la deferencia, puesto que, por una parte, la ha alegado en casos que han restringido su competencia y, por otra, ha defendido la tesis de la deferencia y/o la presunción de constitucionalidad “en sentencias que han declarado la inconstitucionalidad del precepto impugnado”.

Zapata ha estudiado más profundamente la deferencia, quien postula el principio de deferencia razonada como rector de la actuación del Tribunal Constitucional:

El concepto de deferencia encierra dos sentidos complementarios. Significa, en primer lugar, que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía. La deferencia, en segundo lugar, demanda de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía [...]

En el caso del TCCh, la “deferencia” es un principio de acción que debe regir sus relaciones con aquellos órganos estatales cuyos actos jurídicos está llamado a controlar: Presidente de la República y Congreso Nacional. Como resulta evidente, la “deferencia” no sólo obliga al Tribunal respecto al Legislativo y el Administrador, sino que, correlativamente, impone a dichos poderes de representación democrática el deber de respetar las prerrogativas y resoluciones del TCCh cuando éste controla legítimamente la constitucionalidad de sus actos [...]

Desde esta perspectiva específica, la deferencia consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común⁴¹⁴.

El proyecto también establecía que la Corte solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales (artículo 382 N° 2). Por otra parte, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto provocará su invalidación, excluyéndolo del ordenamiento jurídico, teniendo carácter de vinculante, de cumplimiento obligatorio para toda institución, persona o grupo, y contra ella no cabe recurso alguno (artículo 382 N° 4), lo que no se expresó a propósito de la inaplicabilidad, donde el precepto declarado inaplicable no podrá ser aplicado en la gestión judicial en la que se originó la cuestión de constitucionalidad (artículo 382 N° 3).

⁴¹⁴ ZAPATA LARRAÍN (2008), pp. 221-223.

En este aspecto, el proyecto de 2022 buscaba renovar la justicia constitucional chilena, haciéndola más compatible con el principio democrático. La consagración del principio de deferencia, de presunción de constitucionalidad y de interpretación conforme a la Constitución sin duda constituyen avances importantes, al orientar la labor de los jueces inconstitucionales a tratar de respetar, de conservar la legislación aprobada por el parlamento. Ello significa que el Constituyente de 2022 optó porque la inconstitucionalidad fuera una medida de última ratio, privilegiándose la mantención del status quo compuesto por el ordenamiento jurídico aprobado en la sede legislativa.

Ya revisamos que algunas de estas modificaciones son armónicas con las tendencias a nivel comparado. Debe recordarse, que durante el proceso constituyente de 2019-2022, un grupo de senadores dirigió a la Comisión de Venecia una consulta referente a distintos tópicos, englobando un conjunto de preguntas específicas acerca de la Convención Constitucional, dentro de los que se encontraba el Tribunal Constitucional. Las preguntas formuladas fueron las siguientes:

¿Considera conveniente eliminar el Tribunal Constitucional de la eventual nueva Constitución de Chile? ¿Cuál es su opinión sobre la competencia de este órgano para ejercer el control previo de constitucionalidad, y es esta forma de control previo acorde con un sistema democrático? Si se suprimiera el Tribunal Constitucional, ¿debería seguir existiendo un sistema de control de constitucionalidad; qué competencias y qué órgano debería ejercerlas?⁴¹⁵

Sucintamente, la Comisión respondió cada una de estas preguntas, afirmando su histórico y sistemático apoyo a la institución de la revisión judicial, y dentro de esta, de la recomendación de un tribunal constitucional separado y especializado o un órgano equivalente, sin perjuicio de lo cual, reconoce que la revisión “puede adoptar una variedad de formas institucionales diferentes”⁴¹⁶. En esa línea, la Comisión apunta que, a nivel comparado, “la forma paradigmática de revisión judicial es el control *a posteriori*. Sin embargo, existen al menos algunos mecanismos de control *a priori* en muchos sistemas constitucionales”, sin embargo, esta última la califica como excepción frente al primero que eleva a regla general. Incluso haciendo esta salvedad, la Comisión de Venecia sostiene que los objetivos “parecen justificar este control

⁴¹⁵ COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (2022), p. 16.

⁴¹⁶ Ídem.

preventivo: evitar la incompatibilidad entre la Constitución y los tratados internacionales o prevenir un conflicto de legitimidad entre el Parlamento regional y el nacional”⁴¹⁷. Específicamente, la Comisión aboga por una legitimidad reducida para el control preventivo, sosteniendo que “exigir un umbral de votos más bajo para el ejercicio del control ex ante que para la revisión ex post de la legislación (como ocurre actualmente en Chile) le parece a la Comisión de Venecia que no tiene precedentes y que aumenta el riesgo de politización”⁴¹⁸.

No obstante, como explicáramos en la sección anterior, este avance se ve eclipsado por la eliminación de las partes como legitimados activos en el requerimiento de inaplicabilidad, privándolos de su derecho a activar la revisión judicial de la legislación⁴¹⁹; lo cual no es trivial ya que se extingue la posibilidad de que los ciudadanos participen en el diálogo constitucional⁴²⁰. No obstante, el PNC involuciona en un segundo aspecto: la nueva conformación del órgano constitucional.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, p. 18. Luego, la Comisión afirma: “la revisión constitucional ex ante se considera en muchos países, es decir, antes de la promulgación de la legislación, como un dispositivo muy importante para garantizar la constitucionalidad de la legislación. Sin embargo, no existe una norma europea común en cuanto a los iniciadores y las modalidades concretas de esta revisión. Los Estados deciden, de acuerdo con sus propias tradiciones constitucionales y necesidades específicas, qué órganos, y en qué medida, están autorizados a realizar una revisión a priori y quién debe tener derecho a iniciarla”.

⁴¹⁸ *Idem*. Sin perjuicio de ello, admite que “el control ex ante podría considerarse más problemático desde el punto de vista de la separación de poderes. Por esta razón, “para evitar una politización excesiva de la labor del Tribunal Constitucional y de su autoridad como órgano judicial, el derecho a iniciar un control ex ante debería concederse de forma bastante restrictiva”. Además, la revisión ex ante puede organizarse de forma que se minimice el riesgo o la impresión de la injerencia inadecuada de un órgano judicial en el proceso legislativo democrático”.

⁴¹⁹ Debemos mencionar, empero, que parte de la doctrina ha visto un ejercicio abusivo en la acción de inaplicabilidad, “vulgarizando la interpretación de la Constitución, porque la inaplicabilidad se ha transformado en un camino más en el itinerario de estrategias forenses, ya que los abogados litigantes han transformado al Tribunal Constitucional en una nueva “instancia” procesal”. Véase: VIERA ÁLVAREZ (2021), p. 33. Específicamente, se ha denunciado cierta actitud del Tribunal -o, al menos, de algunos de sus miembros- consistente en el “uso de mecanismos dilatorios para trabar causas sobre la responsabilidad penal de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos”, apareciendo como “un instrumento de impunidad”, “demorando la ejecución de causas falladas por los tribunales ordinarios de justicia”. Véase: CONTESSE SINGH (2021), pp. 78-85. También Coddou ha esgrimido que “es plausible sostener que las inaplicabilidades se han transformado en amparos imperfectos de derechos fundamentales para grupos aventajados, que permiten mejorar la posición de las pretensiones procesales en las gestiones pendientes, a costa de erosionar su condición de mecanismos de defensa objetiva de la Constitución”. Véase: CODDOU MC MANUS (2021), p. 154.

⁴²⁰ Gargarella, nuevamente, nos da luces: “[p]ara asegurar el “autogobierno colectivo”, lo que debe hacer una comunidad es acercar su proceso de toma de decisiones, cada vez más, al ideal de una “*conversación entre iguales*” la cual “evoca, como ideal, una situación en que todos (como decía Jürgen Habermas, “todos los potencialmente afectados por una cierta decisión”) se reúnen a intercambiar opiniones sobre temas que les preocupan especialmente, y lo hacen desde una posición de igualdad [...] de modo que resulte informada por los puntos de vista y demandas de todos los involucrados. La razón de ello es democrática y epistémica”. Véase: GARGARELLA (2021), pp. 69-70.

En la siguiente figura, se resume la forma en que se integra el Tribunal o Corte Constitucional, observándose la evolución del origen de los nombramientos de sus miembros en sus distintos momentos constitucionales:

Figura 1.

		Tribunal Constitucional 1970	Tribunal Constitucional 1980	Tribunal Constitucional 2005	Tribunal Constitucional 2018	Corte Constitucional 2022
Con legitimidad democrática directa	Presidente de la República	3 (con acuerdo del Senado)	1	3	10	3
	Cámara de Diputados	-	-	2 (con acuerdo del Senado)	10	-
	Senado	-	1	2		-
	Congreso de las Diputadas y los Diputados y Cámara de las Regiones	-	-	-	-	4
Sin legitimidad democrática directa	Corte Suprema	2	3	3	10	-
	Consejo de la Justicia	-	-	-	-	4
	Consejo de Seguridad Nacional	N/A	2	-	-	-
	TOTAL	5	7	10	10	11

Elaboración propia.

De la figura se extrae que si el Tribunal de 1970, creado en democracia mediante el ejercicio del poder constituyente derivado, tiene una preferencia por las designaciones de los órganos políticos con legitimidad democrática directa; el Tribunal de 1980, por el contrario, prefiere los nombramientos que surgen de órganos sin legitimidad democrática, lo que se acentúa al tener en cuenta que el Senado -el cual podía elegir un

ministro- tenía en sus filas a senadores designados⁴²¹. Luego, a partir de la reforma de 2005 la tendencia se invierte y las autoridades de origen político-democrático son las que realizan un mayor número de nombramientos, reduciendo la influencia directa de la Corte Suprema⁴²², y eliminando la competencia del Consejo de Seguridad Nacional para efectuar designaciones. En el proceso llevado a cabo bajo la segunda presidencia de Michelle Bachelet (2014-2018), el proyecto presenta un mecanismo único de designación, con la intervención escalonada de los tres poderes del Estado. Sin embargo, en el hasta ahora único proceso constituyente llevado a cabo por una asamblea democráticamente elegida especialmente para dichos efectos, se introduce un nuevo actor -el Consejo de la Justicia- que toma la posta de la Corte Suprema, y se le asigna el mismo peso que los órganos democráticos-representativos -el Congreso de las Diputadas y los Diputados y la Cámara de las Regiones- e incluso superando en peso específico al Presidente de la República, al ser capaz de realizar un mayor número de nombramientos. ¿Cómo se explica este cambio en la tendencia que venía desde el año 2005? ¿Qué justifica que se retorne a nombramientos o designaciones realizados por un órgano cuya legitimidad democrática resulta, cuando menos, dudosa?

Ya en 1993, se planteaba que

En un sistema democrático no se requiere que todo órgano que detente poder sea electivo. Es posible que muchos de ellos sean generados por otros, a su vez generados democráticamente. Un Tribunal Constitucional puede obtener legitimidad de origen a través de un procedimiento de generación al cual concurren el Presidente de la República y el Parlamento, que sí son de generación claramente democrática⁴²³.

⁴²¹ Esta situación corresponde también a una decisión que afecta transversalmente el diseño institucional bajo la Constitución de 1980, así, “es posible advertir una variante acotada de la representación en otras fórmulas constitucionales, por ejemplo, en la integración de órganos técnico-profesionales como es el caso del Poder Judicial, del Ministerio Público, Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central, entre otros, cuyas autoridades no son electas directamente por la ciudadanía”. Véase: SOTO BARRIENTOS (2012), p. 320.

⁴²² PARDOW LORENZO y VERDUGO RAMÍREZ (2015), p. 130.

⁴²³ ATRIA LAMAITRE (1993), p. 370.

En la misma línea, se considera que la intervención de diferentes poderes del Estado en la designación de los miembros del Tribunal favorece al ideal deliberativo y logra “conciliar equilibradamente legitimidad democrática e independencia”, obteniendo una integración más plural⁴²⁴.

Sin embargo, en la Corte Constitucional creada por la Convención Constitucional, el 36% (4/11) de los nombramientos se entregaba al Consejo de la Justicia, el que, a su vez, de sus 17 miembros, solo cinco de ellos tenían raíz democrática, al ser elegidos por el Congreso y la Cámara de Regiones, previo concurso público⁴²⁵. El Consejo de la Justicia toma sus decisiones por la mayoría de sus integrantes en ejercicio (artículo 345 N° 1 PNC) y efectúa sus designaciones previo concurso público (artículo 378 N° 3 letra c)). Siguiendo a Böckenförde, podemos tomar dos posiciones frente a este hecho. La primera de ellas implica que los nombramientos de la Corte Constitucional pugnarían con la legitimación democrática orgánico-constitucional, ya que no todos los que participan en la toma de decisión (el nombramiento) cuentan con legitimación individual⁴²⁶. La segunda postura defiende que, “si en un órgano colegiado hay un número suficiente de miembros con legitimación democrática individual, ello basta para que la decisión del órgano como tal tenga su legitimación democrática [...] siempre que los miembros legitimados democráticamente puedan imponer su propia idea”⁴²⁷. Ciertamente, el Tribunal Constitucional de 1980 no cumplía ninguna de las dos posturas; la segunda, que se refiere a un estándar más bajo -o, si se quiere, más realista o

⁴²⁴ BUSCH VENTHUR y SZMULEWICZ RAMÍREZ (2020), pp. 137-138. Para estos autores, “la pluralidad de actores importará, en la práctica, una valoración distinta de los requisitos y el perfil adecuados para integrar las cortes constitucionales. De esta forma, se favorece una integración más plural y conectada con las diversas visiones existentes dentro de la comunidad política en que se inserta el tribunal”.

⁴²⁵ Recuérdese que, la composición del Consejo de la Justicia es la siguiente: (i) ocho jueces o juezas titulares elegidos por sus pares; (ii) dos funcionarias, funcionarios o profesionales del Sistema Nacional de Justicia elegidos por sus pares; (iii) dos integrantes elegidos por los pueblos y naciones indígenas en la forma que determinen la Constitución y la ley; y (iv) cinco personas elegidas por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta, previa determinación de las ternas correspondientes por concurso público, a cargo del Consejo de Alta Dirección Pública.

⁴²⁶ BÖCKENFORDE (2000), p. 59. “De acuerdo con este planteamiento, también chocan con la legitimación democrática orgánico-personal todas aquellas comisiones encargadas de la selección de jueces, en las que solo una parte de los miembros es elegida, delegada o propuesta de forma vinculante por jueces o por representantes de los jueces, y lo mismo ocurre con las comisiones de la Administración, todas con competencias de decisión y libres de instrucciones, que no se componen exclusivamente de funcionarios -legitimados democráticamente a través de su nombramiento-, sino también, junto a ellos, de representantes comisionados o propuestos de forma vinculante por determinados grupos sociales o profesionales. Véase: BÖCKENFORDE (2000), pp. 59-60.

⁴²⁷ BÖCKENFORDE (2000), p. 60. Para el autor, resulta suficiente esta segunda opción, “que se centra en la legitimación de la decisión. En ella se respeta y se garantiza también el principio democrático. En su favor hablan además razones de tipo pragmático: no impide una práctica que se ha venido realizando desde siempre en el ámbito de la Administración y que permite un cierto campo de juego para la utilización de criterios de equilibrio e integración en la composición de los órganos estatales”. Véase: BÖCKENFORDE (2000), p. 61.

pragmático-, ni podría verificarse, ya que, de siete integrantes, cuatro no tenían legitimidad democrática -los miembros uniformados- lo que impedía que los órganos democráticos pudieran, eventualmente, imponerse.

Entre otros aspectos a destacar de la opinión consultiva de la Comisión de Venecia, se encuentra aquel sobre la legitimidad del control constitucional, “incluido el papel de “legislador negativo””, lo que “plantea requisitos distintivos para la composición del tribunal y el procedimiento de nombramiento de sus miembros, requisitos que difieren de los que se aplican a un Tribunal Supremo como jurisdicción de apelación ordinaria”, lo que favorecería un tribunal con estos rasgos⁴²⁸. En opinión de la Comisión, la designación o elección de los miembros del Tribunal Constitucional constituye una de “las cuestiones más importantes y delicadas de la adjudicación constitucional y para la preservación de un sistema creíble de Estado de Derecho constitucional”, haciendo hincapié en que es

necesario garantizar tanto la independencia de las y los jueces [...] como la participación de los diferentes órganos del Estado y de las fuerzas políticas en el proceso de nombramiento para que las y los jueces sean considerados algo más que el mero instrumento de una u otra fuerza política⁴²⁹.

Anteriormente nos detuvimos en la eliminación de la acción de inaplicabilidad, lo que en nuestra opinión constituye un desacierto por parte de la Convención Constitucional, al suprimir la única vía disponible para los ciudadanos de activar o iniciar el diálogo constitucional -siguiendo a Lafont-. Con relación a este aspecto, la Comisión de Venecia en su opinión consultiva eleva el tema de la legitimación a una cuestión muy relevante para un *sistema adecuado de revisión judicial constitucional*:

dejar la posibilidad de solicitar un control de constitucionalidad sólo al poder legislativo o al ejecutivo puede limitar gravemente el número de casos y, por tanto, el alcance del control. Por lo tanto, el acceso individual a la jurisdicción constitucional se ha desarrollado en la gran mayoría de los países, al menos en Europa. Este acceso puede ser directo o indirecto

⁴²⁸ COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (2022), p. 17.

⁴²⁹ Ídem.

(mediante una objeción planteada ante un tribunal ordinario, que remite la cuestión al tribunal constitucional)⁴³⁰.

En nuestro país, la supresión de la acción de inaplicabilidad fue cuestionada por parte de la academia. Así, por ejemplo, teniendo como referencia que casi la totalidad del trabajo del Tribunal Constitucional se refiere a la inaplicabilidad (97% de sus ingresos), lo que Salem considera como “gran logro del constitucionalismo chileno”, es “puesto en entredicho por el proyecto de Nueva Constitución [...] El texto propuesto suprime el derecho que desde 1925 tienen las partes en una gestión judicial pendiente para requerir directamente la inaplicación de un precepto legal que produce efectos inconstitucionales”, quedando a discreción del juez de la causa⁴³¹. Si bien el juez puede iniciar el requerimiento de oficio o a petición de parte, consideramos, coincidiendo con Salem, que resulta insuficiente para los estándares actuales de participación ciudadana, lo que hace a este nuevo planteamiento “regresivo desde el punto de vista de acceso a la justicia”, la democratización de la justicia constitucional -lograda a través de la acción de inaplicabilidad- entonces, se pierde⁴³², lo que se traduce en “reducir los mecanismos de control del poder”, sumado al hecho que menos del 1% de las inaplicabilidades fueron requeridas por jueces⁴³³. Luego, si este nuevo escenario se suma al *privilegio procesal* a favor de la Corte Suprema, por el cual “si el asunto está siendo conocido por el Máximo Tribunal del Poder Judicial, no se podrá plantear una cuestión de inaplicabilidad”, restricción que actualmente no existe⁴³⁴, se aprecia un *retroceso*⁴³⁵.

Si tenemos presente, además “la importancia de una justicia constitucional abierta a la ciudadanía y a la opinión pública”, que vincula la legitimidad del Derecho Constitucional a la posibilidad que diversos actores

⁴³⁰ Ídem.

⁴³¹ SALEM GESELL (2022), pp. 94-95.

⁴³² *Ibid.*, p. 95. Prosigue Salem: “no es una corte a la cual sólo pueda acceder el Presidente de la República o el Congreso Nacional, o un grupo de parlamentarios. Lo puede hacer cualquier persona. De aprobarse la Nueva Constitución, esa persona requerirá contar con la anuencia previa de un juez para poder litigar en la Corte Constitucional”.

⁴³³ FORO CONSTITUCIONAL UC (2022), p. 29. “Cabe considerar, además, que la práctica demuestra que los jueces y tribunales ordinarios son reticentes a requerir del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si la norma legal que han de aplicar puede generar un efecto inconstitucional. En efecto, durante el año 2021 se presentaron 2.606 requerimientos de inaplicabilidad. De estos sólo 10 fueron interpuestos por jueces. Ello lleva a pensar que es probable que esta acción sea menos entablada que en la actualidad, restringiendo significativamente una valiosa vía de protección constitucional para las personas, así como los controles y límites a la potestad legislativa”.

⁴³⁴ El artículo 381 N° 1 letra a) del PCN establece acerca de la inaplicabilidad: “[n]o procederá esta solicitud si el asunto está sometido al conocimiento de la Corte Suprema”.

⁴³⁵ SALEM GESELL (2022), p. 95.

de la sociedad cuenten “con instancias en que sus interpretaciones de la Constitución tengan la posibilidad de expresarse”, la idea será ampliar los canales existentes, no suprimirlos:

[d]e ahí la tendencia a implementar instituciones diseñadas para generar vínculos entre la judicatura y la sociedad civil [...] es relevante que existan mecanismos para canalizar institucionalmente los planteamientos de la ciudadanía frente a una controversia constitucional, de modo que no se produzca insularidad y aislamiento de la jurisdicción constitucional respecto de las fuerzas sociales de la comunidad política en que ésta se inserta⁴³⁶.

Por ello, la apuesta por la Corte Constitucional no termina por convencer, demostrando en nuestra opinión resultados dispares. Si bien el diseño de justicia constitucional se vuelve más deferente con la legislatura y, por lo tanto, con la expresión de la voluntad popular a través de sus representantes, lo que es coherente con la expulsión en el ordenamiento nacional del control preventivo, la eliminación de la legitimación de las partes para plantear un requerimiento de inaplicabilidad socava la cuasi nula participación que la ciudadanía podía hipotéticamente tener en un litigio con potenciales ribetes de inconstitucionalidad. Si a ello añadimos que más de un tercio de los integrantes de la Corte Constitucional no contaban con legitimación democrática directa, los progresos realizados en la configuración de la nueva justicia constitucional se ven, por lo tanto, menguados, y nos conducen a concluir que el proceso constituyente democrático falló, en última instancia, en acercar la justicia constitucional a las personas.

El proceso de 2019-2022 resulta paradójico, o, si se quiere, insatisfactorio, desbalanceado. Al tiempo que se consagra a nivel constitucional el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, el de deferencia y el de interpretación conforme al texto constitucional (artículo 377), se suprime el control obligatorio en todas sus facetas (artículo 381), por lo que vemos que se avanza más hacia la confianza hacia el legislador que el proyecto del gobierno de la Presidenta Bachelet. Sin embargo, hay más; recordemos que, a diferencia de sus predecesoras, la Convención Constitucional eliminó el privilegio del Tribunal consistente en la inimpugnabilidad de sus decisiones (artículo 94 de la Constitución de 1980), norma que data de la ley

⁴³⁶ BUSCH VENTHUR y SZMULEWICZ RAMÍREZ (2020), p. 135. Estos autores proponen ciertos arreglos que pueden impactar en el “potencial deliberativo de la jurisdicción constitucional, y por lo tanto, en su mayor o menor legitimidad”: sistema de nombramiento, posibilidad de presentar *amicus curiae*, audiencias públicas convocadas por el tribunal dentro del proceso de control de constitucionalidad y los votos de minoría y prevenciones.

de reforma constitucional por la cual se crea el Tribunal en 1970. Por lo tanto, el diálogo constitucional no termina con la sentencia de la nueva la Corte; dejando abierta la puerta a una impugnación, la que, a falta de regulación constitucional, podría establecerse en la ley a la cual encarga el constituyente la organización, el funcionamiento y los procedimientos, entre otros, de la Corte Constitucional (artículo 378 N° 5). Una de las implicancias de este cambio significativo, es que permitiría, al menos teóricamente, cambio de paradigma desde la supremacía judicial a la supremacía legislativa, sobre todo con el apoyo de los nuevos principios ya aludidos.

Pudiera sernos reprochado que las innovaciones que la Convención Constitucional planteaba para la justicia constitucional la harían más armónica con el principio democrático, y, a primera vista, pareciera que fuera así. Empero, llega la desilusión: se priva a las partes del litigio del derecho de pedir la inaplicabilidad de una norma que pueda generar efectos contrarios a la Constitución, restringiendo solo al juez que conoce del caso la posibilidad de hacerlo. Esta nueva implementación de la inaplicabilidad no resulta afín con los cambios descritos anteriormente; pareciera que el nuevo modelo queda cojo, sobre todo, si se tiene presente que el 97% de la carga de trabajo del Tribunal Constitucional está compuesta por requerimientos de inaplicabilidad⁴³⁷, y, según las últimas estadísticas disponibles, solo un 3,53% de estos era solicitado por el juez de la causa⁴³⁸.

Si la acción de inaplicabilidad a manos de los ciudadanos hace a la justicia constitucional más accesible y más democrática, al ser los iniciadores del diálogo constitucional en sede de inaplicabilidad, despojarlos de la única vía que poseen para intervenir en la interpretación constitucional, equivale excluirlos de todo el proceso. Si el control preventivo se limita a los órganos políticos, y la inaplicabilidad se sustrae de las personas, tenemos una revisión de constitucionalidad deficiente; se permite el acceso a ella a los representantes del pueblo, de la ciudadanía, pero no a los ciudadanos mismos, lo cual parece una contradicción⁴³⁹.

⁴³⁷ Durante 2022 los requerimientos de inaplicabilidad significaron el 97% de los asuntos ingresados al Tribunal Constitucional. Véase: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/estadisticas/>, visitado en 28 de abril de 2023.

⁴³⁸ En el año 2017, hubo 878 requerimientos de inaplicabilidad, de los cuales 847 fueron de particulares, y solo 31 de tribunales de justicia. Véase: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/estadisticas/>, visitado en 28 de abril de 2023.

⁴³⁹ Por este motivo, resuenan fuertes las palabras de Gargarella, que nos parecen atinentes: “una institución o un cargo no se democratizan cuando nos quedamos en la “puerta de entrada” del problema, es decir, votando a quienes van a ocupar el cargo. La democratización requiere que la ciudadanía decida sobre las cuestiones en juego: que tenga la *capacidad cotidiana para intervenir en ese proceso decisorio, o supervisar lo que sus delegados hacen en su nombre*”. Véase: GARGARELLA (2021), p. 46.

9. La justicia constitucional en el proceso constituyente de 2023

Ante el fracaso del experimento democrático de 2019-2022 y luego de un interregno de cierta confusión, el proceso constituyente retomó su camino. Si la ciudadanía ya había dado un mandato -a través del plebiscito de entrada- para reemplazar la Constitución, el trabajo realizado por la Convención Constitucional aparecería como un ensayo, una primera oportunidad que fue finalmente desechada. En ese sentido, el qué resultaba inamovible -la Constitución debe ser sustituida-, por lo que la decepción observada en el plebiscito de salida sería leída como un primer experimento, de cara a una decisión que se estima irrefutable.

Dado que el proceso de 2019-2022 fue posible gracias a una reforma constitucional ad hoc, el segundo ensayo constituyente también exigiría un ejercicio análogo. Así, la Ley N° 21.533 incorporaría un nuevo epígrafe en el Capítulo XV, denominado “Del nuevo procedimiento para elaborar una Constitución Política de la República”, sumando los nuevos artículos 144 a 161 y la disposición 52ª transitoria.

A diferencia de la fórmula anterior, que se decantó por un organismo compuesto en un ciento por ciento por miembros elegidos democráticamente, por elección popular, en esta oportunidad se recurriría a un modelo más conservador, que podríamos calificar de mixto.

Así, en primer término, una Comisión Experta tendría la tarea de proponer a un segundo órgano, el Consejo Constitucional, un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución. La Comisión estaba integrada por 24 personas, que, bajo criterio de paridad, fueron elegidas con el acuerdo del Senado y de la Cámara de Diputados, en proporción a las fuerzas políticas y partidos representados en cada uno de ellos (artículo 145), quedando compuesto de la siguiente manera: diez expertos de Chile Vamos (Unión Demócrata Independiente, Renovación Nacional y Evolución Política), seis del Socialismo Democrático (Partido Socialista, Partido por la Democracia, Partido Radical y Partido Liberal), cuatro de Apruebo Dignidad (Convergencia Social, Revolución Democrática y Federación Regionalista Verde Social), dos del Partido Demócrata Cristiano, uno del Partido Republicano y uno del Partido Comunista⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ <https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/>, visitado en 11 de julio de 2023.

La Comisión se instaló el día 6 de marzo de 2023 y tendría tres meses para despachar el anteproyecto de propuesta nueva Constitución, debiendo aprobar cada norma por un quórum de tres quintos de sus miembros en ejercicio (artículo 152).

Por su parte, el Consejo Constitucional, fue concebido como un órgano cuyos 50 integrantes serían electos en votación popular, de conformación paritaria, y cuyo único objeto sería el de discutir y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución (artículo 144). Los resultados de las elecciones de 7 de mayo demostrarían un notable giro a la derecha más conservadora: el Partido Republicano de Chile se quedaría con 23 asientos y el pacto Chile Seguro -Unión Demócrata Independiente, Renovación Nacional y Evolución Política- se quedarían con otros 11 escaños⁴⁴¹.

El anteproyecto de propuesta de nueva Constitución (en adelante, “Anteproyecto”) sería evacuado por la Comisión Experta, según lo previsto, los primeros días del mes de junio de 2023.

La Comisión se dividiría en subcomisiones, siendo la Subcomisión sobre Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos la competente para revisar y plantear la nueva justicia constitucional. Y, retomando el camino iniciado por el PNC, la Comisión Experta reemplazaría -a lo menos en lo formal- el Tribunal Constitucional por una Corte Constitucional (Capítulo VIII), entendida como un órgano jurisdiccional, autónomo y técnico, cuya función es garantizar la supremacía de la Constitución (artículo 165 N° 1). No persiste en los principios orientadores de actuación de su antecesora, como son el de deferencia al órgano legislativo, la presunción de constitucionalidad de la ley y de interpretación conforme a la Constitución, a pesar de la enmienda formulada de un grupo de comisionados en tal sentido, que fue rechazada por la Subcomisión⁴⁴².

En cuanto a su conformación, se deja en número impar y se establece un procedimiento escalonado de designación, donde intervienen las tres ramas del Estado: la Corte Suprema, previo concurso público de antecedentes, confeccionará una quina debidamente fundada, en sesión especialmente convocada para tal

⁴⁴¹ <https://www.servei.cl/2023/05/08/boletin-final-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional/>, visitado en 18 de junio de 2023.

⁴⁴² SUBCOMISIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS (2023), p. 109.

efecto y en una única votación; a partir de esa quina, el Presidente de la República confeccionará una nómina de dos candidatos, para ser presentada al Senado; este último, previa audiencia pública de antecedentes, deberá escoger a un candidato, por los tres quintos de sus integrantes en ejercicio. En caso de que ninguno de los candidatos reúna en el Senado el quorum señalado, la Corte Suprema deberá completar la quina con dos nuevos nombres, dando inicio a un nuevo proceso; sin embargo, si por segunda vez, ningún candidato reúne el quórum en la Cámara Alta, la Corte Suprema realizará un sorteo entre los cuatro candidatos que hayan sido propuestos por el Presidente de la República (artículo 166). En este tema puntual, el Tribunal Constitucional, que presentó ante la Subcomisión el análisis del articulado propuesto por la Comisión Experta, se mostró crítico, enfatizando “que el modelo distributivo que actualmente se sigue en nuestro sistema jurídico parece ser el que concita mayores adhesiones en el derecho comparado, por el contrario, el modelo sucesivo que se propone, a su parecer, resulta complejo”, principalmente, “al situar el eje de los nombramientos en el Presidente de la República lo que puede provocar que se aminore el pluralismo democrático al limitar las atribuciones que puedan tener los otros poderes del Estado de participar directamente en la denominación de los ministros y ministras”⁴⁴³.

Respecto de la responsabilidad, se mantiene el régimen de la Carta de 1980, dejando a los ministros de la Corte Constitucional fuera de la acusación constitucional (artículo 59 letra b)).

El régimen de las atribuciones de la Corte también es objeto de modificaciones. Se elimina el control preventivo obligatorio de constitucionalidad, permaneciendo el control preventivo en su modalidad facultativa pero con una importante distinción: se restringe a las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la propia Constitución o en la ley institucional del Congreso, que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, recogiendo las sugerencias de gran parte de la academia, que abogaban desde hace algún tiempo por la supresión del control obligatorio y por el mantenimiento de un control a requerimiento respecto de los aspectos procedimentales que pusieran suscitarse durante la tramitación (artículo 169 letra a)). La Corte deberá resolver por las dos terceras partes de sus integrantes en ejercicio y, de acogerse la cuestión, remitirá los antecedentes a la Cámara respectiva o a una comisión mixta

⁴⁴³ *Ibíd.*, p. 80.

especialmente conformada para estos efectos, con el fin de que subsane el vicio, lo cual supone un esfuerzo por intentar conciliar el producto del principio democrático con los preceptos constitucionales, algo que no existía previamente. Si los vicios no son enmendados, las disposiciones declaradas inconstitucionales no podrán convertirse en ley (artículo 170 N° 1).

Si el *nuevo* control preventivo se plantea siempre a requerimiento y de naturaleza formal o adjetiva, en lo que respecta a proyectos de ley y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, el Anteproyecto confiere una nueva atribución al órgano encargado de la justicia constitucional: puede informar, por mayoría de sus integrantes, las consultas sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten sobre la tramitación de aquellos, siempre a solicitud, ya sea del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una tercera parte de sus miembros (artículo 169 letra c)). El texto no menciona los efectos de ese informe -v. gr., si tiene el carácter de vinculante-, de lo que válidamente se deduce su naturaleza consultiva y no imperativa. Sin embargo, a priori, no resulta clara la operatividad de dicho informe, máxime si se tienen presente los tiempos establecidos para ello; de modo que no podría utilizarse como una fase previa para el ejercicio del *nuevo* control preventivo.

La inaplicabilidad, en tanto, se mantiene bajo el diseño de la Constitución de 1980, esto es, otorgando acción tanto a las partes de una gestión pendiente como al juez que conoce del asunto, para plantear la cuestión de constitucionalidad (artículo 169 letra d)), agregando un nuevo rasgo: la sentencia estimatoria o desestimatoria de inaplicabilidad de un precepto legal será obligatoria para el tribunal en cuya gestión haya de producir efectos y deberá ser expresamente considerada en los fundamentos de su decisión (artículo 170 N° 4).

Luego, la declaración de inconstitucionalidad -a la cual se le reconoce acción pública y posibilidad de declaración de oficio- presenta una novedad: solo puede acogerse si todas las posibles aplicaciones del precepto cuestionado son inconstitucionales (artículo 169 letra e)), entendiéndose derogado el precepto desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo (artículo 170 N° 3). Empero, antes de ello, el Anteproyecto otorga una última vía para salvar la constitucionalidad de la disposición afectada: la sentencia que acoja la acción de inconstitucionalidad será remitida al Congreso Nacional, el que

podrá, dentro de un plazo de 90 días, volver a legislar para subsanar el vicio de inconstitucionalidad declarado (artículo 170 N° 5).

Como sus antecesoras, se establece que contra las resoluciones de la Corte Constitucional no procede recurso alguno, pero a diferencia de aquellas, se dispone expresamente que dichos actos no admiten prevenciones, sino solo votos en contra (artículo 170 N° 1).

¿Qué le parece al actual Tribunal Constitucional las modificaciones de sus propias atribuciones? Aquí observamos que el Tribunal no consiente en entregar el control sustantivo, a requerimiento de las cámaras o de un quórum determinado, lo que no permitiría hablar ya “del control preventivo obligatorio como mecanismo de control contramayoritario, sino que el Tribunal Constitucional actúa como intérprete fidedigno, a requerimiento del órgano legislativo”⁴⁴⁴. Asimismo, advierte que en circunstancias específicas de legislador populista y de hegemonía mayoritaria, se pueden “producir problemas respecto del pluralismo democrático”, por lo que “el control exclusivamente procedimental podría llevar a que se desdibujen totalmente las funciones del órgano jurisdiccional como instancia de control constitucional”⁴⁴⁵.

En su exposición, la Presidenta del Tribunal Constitucional, Nancy Yáñez, reconoció que el control preventivo es una cuestión que concita importantes desacuerdos dentro del mismo Tribunal, entre aquellos que abogan por una actitud deferente hacia el legislador y quienes defienden ese mecanismo como instrumento para “garantizar los necesarios contrapesos entre los poderes del Estado que requiere un sistema democrático”, destacando que, en su opinión personal, debiera ser “siempre a requerimiento del legislador y, por lo tanto, no obligatorio”, además de que el vicio de inconstitucionalidad sea subsanado por el propio órgano legislativo, mostrando su conformidad con la propuesta de la Comisión Experta en este sentido, en particular, valorando los *mecanismos del diálogo institucional* que se añaden⁴⁴⁶.

Tales opiniones contrapuestas sobre el control preventivo también se produjeron en el debate entre los comisionados. Por ejemplo, para el control preventivo, tanto formal como sustantivo se planteó que quien

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Ídem.

⁴⁴⁶ *Ibíd.*, p. 92.

tuviera la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley fuera “el poder democráticamente elegido”⁴⁴⁷; otra visión defiende el control sustantivo en cuanto “atribución esencial en una democracia constitucional porque precisamente es un control que permite asegurar no solamente la supremacía de la Constitución sino también la protección de la Democracia misma y de los derechos fundamentales”⁴⁴⁸; en otro extremo, se apoya la ausencia de control sustantivo, “siendo el procedimiento de forma suficiente, esto en razón de que existen mecanismos para controlar la constitucionalidad dentro de la tramitación legislativa”⁴⁴⁹. También se valora el control preventivo como uno que “no es antidemocrático y el hecho que sea contra mayoritario [sic] es parte de la naturaleza de ciertos organismos como son los organismos jurisdiccionales”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁴⁹ *Ídem.*

⁴⁵⁰ *Ídem.*

CONCLUSIONES

La justicia constitucional no puede entenderse sin el constitucionalismo, aunque este puede hacerlo sin aquella: no hay una relación simétrica, ya que aquella no es una condición necesaria de este: mientras fundamental en el diseño fruto de la revolución estadounidense, donde la supremacía la tiene la Constitución, sin duda no puede predicarse lo mismo a partir del modelo francés, también producto de los aires revolucionarios de finales del siglo XVIII, donde es la ley la norma suprema.

Las democracias constitucionales del siglo XX, no obstante, traerán la generalización de la revisión judicial de la ley. Surge el Tribunal Constitucional de Kelsen, en un escenario donde la ley ya no se limita a ser puro acto de la mayoría, sino que debe realizar en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre una pluralidad de intereses y fuerzas sociales.

Llegados a la década de los '60s, surgirá en Estados Unidos la crítica o dificultad contramayoritaria del control judicial de la ley: la decisión de unos pocos jueces no electos tiene el poder de dejar sin efecto, para un caso específico, una ley aprobada por una mayoría legislativa, acorde al principio democrático.

La doctrina neoconstitucionalista, por su parte, implicará un robustecimiento de la justicia constitucional en desmedro del poder del legislador, al otorgar un papel preponderante a esta para revisar, en todo momento, la implementación de los derechos y principios constitucionales en la labor legislativa.

Comprendiendo lo imperioso de su actualización, la doctrina de la democracia participativa propone reemplazar la perspectiva juriscéntrica por otra donde las personas no son solo sujetos de la ley sino autores de esta, siendo capaces, a través de su derecho a la respuesta legal, a moldear el contenido y extensión de sus derechos. El aporte de la democracia deliberativa a la revisión judicial de la ley exige que los ciudadanos comunes -no solo sus representantes- tengan la oportunidad de participar en la deliberación política, de forma tal que exista un auténtico convencimiento acerca de la ley y no una obediencia ciega o una deferencia a otros que tomen las decisiones por ellos. Por último, el constitucionalismo democrático recomienda un ejercicio democráticamente sensible de la función jurisdiccional constitucional, con lo cual esta ganará en legitimidad.

En Chile, debemos a la Constitución de 1925 el establecimiento de la revisión de constitucionalidad de la ley, otorgando a la Corte Suprema en tanto máximo tribunal de nuestro país, la competencia para resolver la inaplicabilidad de una norma que pudiera generar efectos contrarios a la Constitución, en un litigio concreto. Se trata de un control ex post, inspirado por el modelo estadounidense, donde son las partes del juicio los legitimados para requerir a la Corte un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una norma.

Por su parte, el Tribunal Constitucional creado por la reforma constitucional de 1970 sería concebido como un árbitro entre el Ejecutivo y el Legislativo, consagrando por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico un control de constitucionalidad previo, esto es, abstracto, siempre a requerimiento de los órganos políticos. Por primera vez, se consagra expresamente la irrecursibilidad de las decisiones del Tribunal, lo que permite hablar de una decisión por la supremacía judicial en lugar de legislativa. Paralelamente, la inaplicabilidad continúa residiendo en la Corte Suprema, donde permanecería por otros cuarenta y cinco años más.

El golpe de Estado, en los hechos y en el Derecho, suprimió la necesidad del Tribunal Constitucional, el que sería reestablecido en la Carta de 1980, con poderes ampliados: a los ya conocidos bajo la Constitución de 1925, se agregaría un control preventivo fortalecido, que abarcaría todo tipo de proyectos de ley, incluidas las reformas constitucionales, consagrando además un control de tipo obligatorio, de oficio, esto es, sin requerimiento, bajo ciertos supuestos. La integración de este Tribunal sufre un retroceso en lo que respecta a la legitimidad democrática, puesto que, de sus siete integrantes, dos son designados por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano que no cuenta con origen democrático. La reforma constitucional de 2005 sustraerá la inaplicabilidad a la Corte Suprema y la depositará en el Tribunal Constitucional, poseyendo este el monopolio en lo que control de constitucionalidad de la ley se trata.

En la clasificación de Colón-Ríos, que atiende a la relación entre los tribunales, la legislatura y la reforma constitucional, el modelo chileno vigente merece entrar al grupo de la revisión judicial fuerte, en la que son los ministros del Tribunal Constitucional quienes tienen la capacidad de dejar sin efecto una ley debido a su incompatibilidad constitucional: al tener la última palabra, solo una reforma constitucional haría factible la validez de la norma cuestionada. Es también una revisión reforzada, ya que ese poder alcanza incluso a los

proyectos de ley sobre reforma constitucional, sujetos potenciales también de control preventivo; por otra parte, ostenta el privilegio de la irrecursibilidad en contra de todas las sentencias del Tribunal y de la prohibición, de rango constitucional, de que las disposiciones declaradas inconstitucionales se transformen en ley.

En la evolución de la justicia constitucional también se hace patente el grado de confianza que el constituyente tiene para con el legislador. Así, en el caso de la revisión judicial a cargo de la Corte Suprema a través del mecanismo de la inaplicabilidad inaugurado con la Constitución de 1925, estamos frente a un escenario deferente con el legislador, que entiende la inconstitucionalidad como un defecto propio de la aplicación de la ley, no como un vicio o defecto original. Luego, bajo el diseño mixto de la Constitución de 1925 con la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 17.284, aparece el control preventivo, pero siempre a requerimiento. Por lo tanto, hay menos confianza y menos deferencia que en 1925. Finalmente, la adición del control preventivo obligatorio por la Constitución de 1980 es plenamente concordante con su ideal de democracia protegida del propio pueblo como órgano político dueño de determinar su autogobierno colectivo; la deferencia cae, en consecuencia, a sus niveles más bajos y las posibilidades de diálogo, que se traducen en las normas procedimentales en la inaplicabilidad y en el control preventivo, son mínimas.

Será justamente el diseño bajo al Carta de 1980 el que será objeto de amplias críticas, las que se refieren, fundamentalmente, al rol de la justicia constitucional en el diseño institucional, la integración y reclutamiento de sus miembros, su falta de legitimidad democrática y carácter contramayoritario, además de la irresponsabilidad de sus miembros. Este debate se hizo presente en los procesos constituyentes recientes, los que han abordado la necesidad y del modelo de justicia constitucional que nuestro país requiere.

En primer lugar, el proyecto de nueva Constitución del proceso constituyente llevado a cabo por la Presidenta Bachelet mantiene, en lo fundamental, el modelo de 1980, con la salvedad que se suprime el control preventivo eventual, mientras que innova con la acusación constitucional que puede afectar a los integrantes del Tribunal Constitucional. En este aspecto, afirmamos que demuestra una mayor confianza con el legislativo, aunque mantiene la supremacía judicial. En segundo lugar, la Convención Constitucional de 2021-2022 termina con el Tribunal tal como lo conocemos, dando origen a una nueva Corte Constitucional. Se consagran los principios de presunción de constitucionalidad de la ley, de deferencia con el legislador y

de interpretación conforme a la Constitución; se elimina el control preventivo en todas sus modalidades y se omite la inimpugnabilidad de las sentencias de la Corte, rasgos que permiten hablar de una conciliación de la justicia constitucional con el principio democrático, al armonizar la supremacía constitucional con una mayor confianza hacia el legislativo, dejando abierta la posibilidad de diálogo entre poderes del Estado al no dejar la decisión de la Corte como la última palabra sobre la Ley Fundamental. No obstante, el sustraer de las partes del litigio la legitimación activa para la inaplicabilidad, pareciera quitar la fundamental herramienta para iniciar el diálogo constitucional.

Finalmente, el modelo que recibió el Consejo Constitucional de la Comisión Experta si bien erradica el control preventivo obligatorio, haciendo la jurisdicción constitucional más coherente con el principio democrático, no consagra el principio de deferencia hacia el legislador, lo que hubiera resultado deseable atendida la crisis de legitimidad de la institución. En este aspecto, pareciera que se optó por una configuración más conservadora, ya que igualmente mantiene el control preventivo a requerimiento, conservando en todo caso la acción de inaplicabilidad, que constituye, hasta la fecha, la principal vía de acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional.

Actualmente, un nuevo proceso constituyente está en desarrollo. Con ello, está abierta la posibilidad de plantear una justicia constitucional renovada, coherente con una democracia constitucional consolidada, como es la chilena, muy distinta al régimen dictatorial bajo la cual se instauró el modelo que, incluso considerando la reforma de 2005, pervive en nuestro país. La renovación del control judicial de la ley aparece no solo como conveniente, sino necesaria, para hacer coherente nuestra concepción de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATRIA LAMAITRE, Fernando (2020a). "Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): conceptualismo constitucional". *Crítica Social y Derecho*, N° 6 (1), pp. 114-160.
- ATRIA LAMAITRE, Fernando (2020b). "Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): propuestas finales". *Crítica Social y Derecho*, N° 6 (1), pp. 161-215.
- ATRIA LAMAITRE, Fernando (2013). *La constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones, 1ª edición, 164 pp.
- ATRIA LAMAITRE, Fernando (1993). "El Tribunal Constitucional y la objeción democrática". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, pp. 367-378.
- BACHELET JERIA, Michelle (2014). *Programa de gobierno. Michelle Bachelet. 2014-2018*. Disponible en <https://bit.ly/3SLlcsq>.
- BASSA MERCADO, Jaime (2015). "El Tribunal Constitucional en la constitución chilena vigente". En: Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Viera Álvarez, Christian (Eds.) *La constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM Ediciones, pp. 253-284.
- BASSA MERCADO, Jaime (2008). "Notas para una teoría democrática del poder constituyente". *Nomos*, N° 1, pp. 41-70.
- BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE (2022). Historia de la Ley N° 17.284. Modifica la Constitución Política del Estado. 936 pp.
- BICKEL, Alexander (2020). *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 311 pp.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 201 pp.
- BORIC FONT, Gabriel; CHAHÍN VALENZUELA, Fuad; DESBORDES JIMÉNEZ, Mario; ELIZALDE SOTO, Álvaro; LARRAÍN MATTE, Hernán; MALDONADO CURTI, Carlos; MUÑOZ VALENZUELA, Heraldo; PÉREZ SALINAS, Catalina; RAMOS BARRERA, Luis; TORO CÁCERES, Javiera y VAN RYSELBERGHE HERRERA, Jacqueline (2019). 15 de noviembre de 2019, 2 pp.
- BRAVO LIRA, Bernardino (2003). "La Corte Suprema de Chile 1823-2003, cuatro caras en 180 años". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 3, pp. 535-547.
- BUSCH VENTHUR, Tania (2021a). "La confianza en las virtudes del juez constitucional y la aporía de los principios de autorrestricción judicial". *Revista de Derecho Público*, N° 94, pp. 17-49.

- BUSCH VENTHUR, Tania (2021b). "Organización de la justicia constitucional en la nueva constitución". En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.). *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1ª edición, pp. 505-525.
- BUSCH VENTHUR, Tania y QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2013). "Regla de la mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile". *Revista de Derecho Público*, Vol. 78, N° 1, pp. 139-156.
- BUSCH VENTHUR, Tania y SZMULEWICZ RAMÍREZ, Esteban (2020). "Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 54, 1er semestre, pp. 127-150.
- CODDOU MC MANUS, Alberto (2021). "El acceso al Tribunal Constitucional para grupos aventajados: los requerimientos de inaplicabilidad de los sancionados del caso "Cascadas"". En: Ponce de León Solís, Viviana y Soto Delgado, Pablo (Eds.) *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 129-156.
- COHEN, Joshua (2007). "Deliberación y legitimidad democrática". *Cuaderno gris*, N° 9, pp. 127-146.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2020). "Judicial Review and the Democratic Judge". En: Khurshid, Salman; Sidharth Luthra; Malik, Lokendra y Bedi, Shruti (Eds). *Judicial Review. Process, Powers and Problems*, Cambridge: Cambridge University Press, 1ª edición, pp. 107-126.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2014). "A new typology of judicial review of legislation". *Global Constitutionalism*, N° 3-2, pp. 143-169.
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (2022). "Chile. Opinión. Sobre la redacción y adopción de una nueva Constitución". Disponible en <https://bit.ly/41t2JFI>
- CONSEJO CIUDADANO DE OBSERVADORES (2017). *Informe Final sobre el proceso de participación y diálogos constitucionales que convocó el Gobierno de Chile durante 2016*. Disponible en <https://bit.ly/3ShIHd0>.
- CONTESSE SINGH, Jorge (2021). "Activismo judicial para paralizar la verdad y la justicia". En: Ponce de León Solís, Viviana y Soto Delgado, Pablo (Eds.) *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 77-89.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2020). "El ciclo constituyente para el reemplazo de la Constitución de 1980: Un ensayo de reconstrucción". En: Bassa Mercado, Jaime (Ed.). *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Santiago: Thomson Reuters, 1ª edición, pp. 75-95.

- COUSO SALAS, Javier (2021). "El Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución: ¿Continuidad o Cambio?" *Contexto*. Disponible en <https://bit.ly/3Ar9kW8>.
- COUSO SALAS, Javier (2011). "Symposium. Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970-2010". *Texas Law Review*, Vol. 89, N° 7, pp. 1517-1536.
- CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2017). *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago: LOM Ediciones. 2ª reimpresión, 433 pp.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1965). "Ponencia del Profesor Francisco Cumplido sobre los problemas que plantea la inconstitucionalidad de las leyes". *Revista de Derecho Público*, N° 3, pp. 113-114.
- ELSTER, Jon (1995). "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Journal*, Vol. 45, N° 2, pp. 364-396.
- ELSTUB, Stephen (2018). "Deliberative and Participatory Democracy". En: Bächtiger, Andre; Dryzek, John; Mansbridge, Jane y Warren, Mark (Eds.) *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford University Press, edición en línea, pp. 1-18.
- FÁBREGA LACOA, Jorge (2022). "Ordenamiento Ideológico en la Convención Constitucional Chilena". *Revista de Ciencia Política*, Vol. 42, N° 1, pp. 127-151.
- FAÚNDEZ, Julio (2011). *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 1ª edición, 298 pp.
- FAÚNDEZ, Julio (2010). "Chilean Constitutionalism Before Allende". *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 29, N° 1, pp. 34-50.
- FAVOREAU, Louis Joseph (1999). "Justicia y Jueces Constitucionales". *Revista de Derecho Público*, Vol. 61, pp. 10-16.
- FAVOREAU, Louis Joseph (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1ª edición, 158 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2016). "Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional". En: Sierra Iribarren, Lucas (Ed.) *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos, pp. 181-197.
- FERRAJOLI, Luigi (2008). "La esfera de lo indecible y la división de poderes". *Estudios Constitucionales*, Vol. 6, N° 1, pp. 337-343.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2004). "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism". *Texas Law Review*, Vol. 82, N° 7, pp. 1705-1736.

- FIORAVANTI, Maurizio (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 157 pp.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001). *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 170 pp.
- FORO CONSTITUCIONAL UC (2022). *Análisis de propuesta de nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo*. Disponible en <https://bit.ly/3oF5Coe>.
- FRENTE AMPLIO (2021). *Ruta Constituyente*. Disponible en <https://bit.ly/3TU34O4>.
- FRIEDMAN, Barry (1998). "The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy". *New York University Law Review*, Vol. 73, N° 2, pp. 333-433.
- GAJARDO FALCÓN, Jaime (2021). "Neoconstitucionalismo y Neoliberalismo. Algunos apuntes sobre la Constitución chilena". En: Gajardo Falcón, Jaime y Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.) *Constitucionalismo y procesos constituyentes. Vol. 3. Aspectos problemáticos y críticos del neoconstitucionalismo*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 209-231.
- GAJARDO FALCÓN, Jaime (2018). "La responsabilidad constitucional de los ministros del Tribunal Constitucional. Una propuesta de procedencia de la acusación constitucional". *Revista de Derecho Público*, Número Especial, pp. 229-246.
- GARGARELLA, Roberto (2021). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2ª edición, 93 pp.
- GARGARELLA, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz, 1ª edición, 390 pp.
- GARGARELLA, Roberto (2007). "La lectura mayoritaria del Estado de derecho". *Cuaderno gris*, N° 9, pp. 17-34.
- GARGARELLA, Roberto (1995). "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias". *Isonomía*, N° 2, pp. 89-108.
- GRUPO DE ESTUDIO DE REFORMA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019). *Informe Final. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI*. Disponible en <https://bit.ly/3SuX9gU>.
- GUASTINI, RICCARDO (1999). "Sobre el concepto de Constitución". *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N° 1, julio-diciembre, pp. 161-176.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2015). *El federalista*. Madrid: Akal, 1ª edición, 632 pp.
- HELD, David (2006). *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 3ª edición, 400 pp.

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2020). "Estudio del recurso de inaplicabilidad por vicios de forma en la Constitución de 1925". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XLII, pp. 531-553.
- HERRERA, Carlos Miguel (1994). "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución". *Revista de Estudios Políticos*, N° 86, pp. 195-227.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás y FIGUEROA RUBIO, Pamela (2017). "El proceso constituyente abierto a la ciudadanía: el modelo chileno de cambio constitucional". *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, N° 16, pp. 46-68.
- KELSEN, Hans (2011). "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 14, pp. 249-300.
- KELSEN, Hans (1942). "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution". *The Journal of Politics*, Vol. 4, N° 2, pp. 183-200.
- LAFONT, Cristina (2021). *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 360 pp.
- LAFONT, Cristina (2020). *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 288 pp.
- LAFONT, Cristina (2016). "Philosophical Foundations of Judicial Review". En: Dyzenhaus, David y Thorburn, Malcolm (Eds.). *Philisophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 265-280.
- LANDEMORE, Hélène (2017). "Deliberative Democracy as Open, Not (Just) Representative Democracy". *Daedalus*, Vol. 146, N° 3, pp. 51-63.
- LINARES, Sebastián (2008a). "El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas". *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 70, N° 3, pp. 487-539.
- LINARES, Sebastián (2008b). "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes". *Isonomía*, N° 28, pp. 150-184.
- LOCKE, John (2021). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial, 1ª edición, 280 pp.
- LOEWENSTEIN, Karl (2018). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1ª edición, 619 pp.
- LOUGHLIN, MARTIN (2004). *The Idea of Public Law*. New York: Oxford University Press, 1ª edición, 188 pp.
- MANIN, Bernard (2006)- *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial, 1ª edición, 300 pp.

- MENDES, Conrado Hübner (2009a). "Is it All about the Last Word? Deliberative Separation of Powers". *Legisprudence*, Vol. III, N° 1, pp. 69-110.
- MENDES, Conrado Hübner (2009b). "Not the Last Word, But Dialogue: Deliberative Separation of Powers". *Legisprudence*, Vol. III, N° 2, pp. 191-246.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016a). *Proceso constituyente abierto a la ciudadanía. Guía metodológica para la etapa participativa territorial*. Disponible en <https://bit.ly/3ShIHd0>.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2016b). *¿Qué Constitución queremos para Chile? Guía para los Diálogos Ciudadanos*. Disponible en <https://bit.ly/3ShIHd0>.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2021). "Desafíos futuros y perfeccionamiento de la justicia constitucional". *Actualidad Jurídica*, N° 43, pp. 417-459.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2010). "Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes de Chile". *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 22, pp. 1231-1255.
- NINO, Carlos Santiago (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1ª edición, 303 pp.
- NINO, Carlos Santiago (1989). "La filosofía del control judicial de constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 4, pp. 79-88.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2020). "El camino hacia una nueva Constitución". *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 46, pp. 433-456.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010). "El estatuto de los jueces constitucionales en Chile". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 14, pp. 279-322.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2017). Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE. Chile. Informe. La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente. Disponible en <https://bit.ly/3MIH0sH>.
- PALMA GONZÁLEZ, Eric (2008). "De la Carta Otorgada de 1980 a la Constitución Binominal de 2005". *Derecho y Humanidades*, N° 13, pp. 41-66.
- PARDOW LORENZO, Diego y VERDUGO RAMÍREZ, Diego (2015). "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. un enroque entre jueces de carrera y académicos". *Revista de Derecho*, Vol. XXVIII, N° 1, junio, pp. 123-144.
- PATEMAN, Carol (2012). "Participatory Democracy Revisited". *Perspectives on Politics*, Vol. 10, N° 1, pp. 7-19.

- PETRACCHI, Santiago (1962). "Marbury v. Madison (Crangh's Report – Vol. I – P. 49). Traducción". *Lecciones y Ensayos*, N° 25, pp. 283-305.
- PISARELLO, Gerardo (2014). *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 183 pp.
- PISARELLO, Gerardo (2011). *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 222 pp.
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana (2021). "El Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución". *Contexto*. Disponible en <https://bit.ly/3PHByk1>.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1ª edición, 291 pp.
- POZZOLLO, Susanna (2016). "Neoconstitucionalismo". *Eunomía*, N° 11, pp. 142-151.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 1ª edición, 309 pp.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2015). *Mecanismos de Cambio Constitucional en el Mundo. Análisis desde la experiencia comparada*. Santiago: 1ª edición, 71 pp.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José (2021). *Minuta presentación de Juan José Romero, Presidente del Tribunal Constitucional*. Disponible en <https://bit.ly/3FAKoOR>.
- SALEM GESELL, Catalina (2022). "¿Quién Será el Guardián del Nuevo Pacto Constitucional?: La Justicia Constitucional Debilitada y el Poder Político Desatado". En: VV.AA. *Análisis y Nudos Críticos de la Propuesta de Nueva Constitución*. Disponible en <https://bit.ly/40DCJGh>
- SALGADO MUÑOZ, Constanza (2020). "El estallido social y el poder constituyente del pueblo de Chile". En: Bassa Mercado, Jaime (Ed.). *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Santiago: Thomson Reuters, 1ª edición, pp. 53-71.
- SIERRA IRIBARREN, Lucas (Ed.) *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos, 1ª edición, 300 pp.
- SOLARI ALLIENDE, Enzo (2019). "Un constitucionalismo débil para Chile". En: Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (Eds.). *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago: LOM Ediciones, 1ª edición, pp. 351-374.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco (2012). "Las distintas maneras de entender la representación, reflexiones a la luz del debate político actual en Chile". *Derecho y Humanidades*, N° 19, pp. 319-329.

- SOTO BARRIENTOS, Francisco y AHUMADA FRANCO, Paula (2022). “Debate constituyente: participación, partidos políticos y movimientos sociales en Chile”. En: Gajardo Falcón (Dir.). *Nueva Constitución y proceso constituyente. Razones, organización del proceso y sujetos constituyentes*, Santiago: Rubicón Editores, 1ª edición, pp. 103-134.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco y WELP, Yanina (2017). *Los «diálogos ciudadanos». Chile ante el giro deliberativo*. Santiago: LOM Ediciones, 1ª edición, 222 pp.
- SOTO VELASCO, Sebastián (2020). *La hora de la Re-Constitución. Una Guía para la Convención*. Santiago: Ediciones UC, 1ª edición, 258 pp.
- SUBCOMISIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS (2023). Informe de la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos. Disponible en <https://bit.ly/3Nj3zPv>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021). Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional. Disponible en <https://bit.ly/3qxEIL7>.
- TUSHNET, Mark (2003). “Alternative Forms of Judicial Review”. *Michigan Law Review*, Vol. 101, N° 8, pp. 2781-2802.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2021). “How constitutional review experiments can fail? Lessons from the Chilean 1925 Constitution”. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 19, N° 3, pp. 1062–1083.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2020). “El auge y caída del Tribunal Constitucional de 1970. La ironía de una predicción electoral equivocada”. *Actualidad Jurídica*, N° 42, julio, pp. 285-327.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2016). “Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 3, pp. 927-953.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2013). “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 1, pp. 181-223.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2010). “Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador”. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, pp. 201-248.
- VERDUGO, Sergio y CONTESE, Jorge (2018). “Auge y caída de un proceso constituyente: lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet”. *Derecho y Crítica Social*, N° 4 (1), pp. 139-148.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian (2021). “El activismo político del Tribunal Constitucional chileno”. En: Ponce de León Solís, Viviana y Soto Delgado, Pablo (Eds.) *El Tribunal Constitucional frente al proceso*

constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas, Santiago: Thomson Reuters, pp. 19-36.

WALRDON, Jeremy (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1ª edición, 254 pp.

WELP, Yanina, y SOTO, Francisco (2019). “Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales”. *Revista Española de Ciencia Política*, N° 50, pp. 13-41.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 623 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2021). “Activismo judicial y separación de poderes en el sistema de justicia constitucional”. En: Gajardo Falcón, Jaime y Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.) *Constitucionalismo y procesos constituyentes. Vol. 3. Aspectos problemáticos y críticos del neoconstitucionalismo*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 81-119.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2018). “Comentario del proyecto de reforma constitucional chileno”. *Revista Derecho y Sociedad*, N° 51, pp. 177-190.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007). “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional)”. *Ius et Praxis*, Año 13, N° 2, pp. 223-244.

NORMAS CITADAS

Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile. Junio de 2023. Disponible en <https://bit.ly/444J7sm>.

Auto Acordado N° 26 de la Corte Suprema de Justicia, Regula el Nombramiento de los Ministros Titulares del Tribunal Constitucional, *Diario Oficial*, 24 de marzo de 2006.

Decreto con Fuerza de Ley N° 5 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional *Diario Oficial*, 10 de agosto de 2010.

Decreto Ley N° 119, Disuelve el Tribunal Constitucional, *Diario Oficial*, 10 de noviembre de 1973.

Decreto Ley N° 3.464, Aprueba Nueva Constitución Política y la Somete a Ratificación por Plebiscito, *Diario Oficial*, 11 de agosto de 1980.

Decreto N° 4 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Determina Órgano que Prestará Apoyo Técnico, Administrativo y Financiero a la Convención Constitucional y Crea Unidad que Indica, *Diario Oficial*, 1 de febrero de 2021.

Decreto N° 1.333 del Ministerio de Justicia, Fija Texto de la Constitución Política del Estado, *Diario Oficial*, 25 de octubre de 1971.

Decreto N° 1.684 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Convoca a la Primera Sesión de Instalación de la Convención Constitucional, *Diario Oficial*, 22 de junio de 2021.

Decreto N° 1.886 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Convoca a la Elección de los Miembros de la Convención Constitucional, *Diario Oficial*, 28 de noviembre de 2020.

Decreto N° 2.078 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Convoca a Plebiscito Nacional Constitucional para la Fecha que Indica, *Diario Oficial*, 4 de julio de 2022.

Decreto N° 2.445 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Convoca Plebiscito Nacional para la Fecha que Indica, *Diario Oficial*, 27 de diciembre de 2019.

Decreto N° 36 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Crea Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente, *Diario Oficial*, 28 de enero de 2016.

Decreto N° 388 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Convoca Plebiscito Nacional para la Fecha que Indica, *Diario Oficial*, 29 de marzo de 2020.

Decreto S/N del Ministerio del Interior, Constitución de la República Chilena, Jurada y Promulgada el 25 de mayo de 1833, sin publicación.

Decreto S/N del Ministerio del Interior, Constitución de la República Chilena, Jurada y Promulgada el 25 de mayo de 1833 con las reformas efectuadas hasta el 10 de agosto de 1888, sin publicación.

Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política del Estado, *Diario Oficial*, 23 de enero de 1970.

Ley N° 19.541, Reforma Constitucional Referida al Poder Judicial, *Diario Oficial*, 22 de diciembre de 1997.

Ley N° 19.742, Reforma Constitucional que Elimina la Censura Cinematográfica Sustituyéndola por un Sistema de Calificación y que Consagra el Derecho a la Libre Creación Artística, *Diario Oficial*, 25 de agosto de 2001.

Ley N° 20.050, Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República, *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.

Ley N° 20.352, Reforma Constitucional que Autoriza al Estado de Chile para Reconocer el Estatuto de Roma, que Crea la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2009.

Ley N° 20.418, Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, *Diario Oficial*, 28 de enero de 2010.

Ley N° 21.200, Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, *Diario Oficial*, 24 de diciembre de 2019.

Ley N° 21.221, Reforma Constitucional que Establece un Nuevo Itinerario Electoral para el Plebiscito Constituyente y Otros Eventos Electorales que Indica, *Diario Oficial*, 26 de marzo de 2020.

Ley N° 21.289, Ley de Presupuestos del Sector Público Correspondiente al Año 2021, *Diario Oficial*, 16 de diciembre de 2020.

Ley N° 21.324, Posterga las Próximas Elecciones Municipales, de Gobernadores Regionales y de Convencionales Constituyentes por Motivo del COVID-19, *Diario Oficial*, 7 de abril de 2021.

Ley N° 21.533, Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República, *Diario Oficial*, 17 de enero de 2023.

Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile. 4 de julio de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3Ucgftc>.

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, sobre el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, Boletín N° 11.173-07, Mensaje N° 022-365, 2017.

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República, Boletín N° 11.617-07, Mensaje N° 407-365, 2018.

Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente.

Resolución de la Convención Constitucional, Aprueba Reglamento General de la Convención Constitucional, *Diario Oficial*, 13 de octubre de 2021.