

CONTROL JUDICIAL DE LA POLÍTICA. EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO: I. *A modo de introducción: tesis preliminares.* II. *IX tesis acerca de la posición del tribunal constitucional en la democracia constitucional.* III. *Conclusiones. Quo vadis de la democracia constitucional al activismo judicial.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: TESIS PRELIMINARES

Con motivo de este Congreso Internacional de Teoría Constitucional coorganizado por una de las universidades más antiguas, renovadoras y prestigiadas de nuestra América, se nos invita a exponer en el panel: ¿cuánta democracia tolera la Constitución o viceversa?

En el marco del panel hemos abordado la *vexata questio* de la relación política-derecho, a través del control de la política por el Tribunal Constitucional, que conlleva peligros muy evidentes como el activismo judicial, que sea de derechas o de izquierdas, termina debilitando la política y la democracia. El neoconstitucionalismo, una suerte de moda de los tiempos de la “globalización”, es un buen ejemplo de una doctrina-ideología a tono con las patologías que puede sufrir la democracia constitucional.

Ello nos permite hacer una detención obligada en el concepto de democracia constitucional a través de uno de sus más insignes y contemporáneos defensores: Luigi Ferrajoli. Las ideas de este jurista italiano son una buena excusa para dar cuenta de cómo la defensa de un paradigma material o sustancial de “democracia constitucional” con el pretexto de dar garantía

* Profesor en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile; abogado socio del bufete “Zúñiga, Donoso, Marambio & Campos Abogados”; director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y presidente de la Asociación por un Nuevo Constitucionalismo. E-mail: zdmc@zdmcabogados.cl.

eficaz del sistema de límites, vínculos de poder político por obra del constitucionalismo, conlleva inevitablemente depositar la defensa de tal modelo de democracia en una nueva clase o estamento: jueces, letrados, abogados y profesores de derecho; reduciendo los márgenes de decisión acerca de qué hacer con la Constitución para la política, el proceso político democrático y la deliberación pública, e incluso la participación directa de la ciudadanía en el proceso político.

Preliminarmente, el control de la política por el sistema judicial nos envía al Estado de derecho y a una concepción de democracia como formas de Estado que poseen una recepción constitucional. En este contexto, los presupuestos del control judicial de la política serían los siguientes:

- 1) El control del poder es un elemento basal del Estado de derecho. Una vieja disputa es si el control es una función más del poder o el resultado del arreglo institucional en el ejercicio del poder, ambas posturas tributarias de una concepción mecanicista-artificial del Estado.¹
- 2) El control es multifuncional: social, político y jurídico, y se encuentra imbricado en un sistema de garantías que desemboca, usualmente, en responsabilidades y sanciones asociadas al poder político estatal y su ejercicio.
- 3) En consecuencia, control y responsabilidad son elementos de una concepción vicarial o fiduciaria del poder; que descansa en la confianza puesta por el pueblo o destinatarios del poder en los detentadores del poder.
- 4) El control judicial de los actos de poder es una especie de control jurídico definido por la naturaleza del órgano de control (tercero independiente e imparcial), por el *iter* formal en que desenvuelve el conflicto y su composición (el proceso), por la naturaleza del acto de control (un acto de conocimiento-voluntad y, por ende, resultado de un exigente concurso de reglas de hermenéutica y razonamiento), por el patrón fundante del acto de control (el derecho) y, finalmente, por el peculiar efecto del acto de control judicial: la autoridad de cosa juzgada de la tutela judicial reintegradora-reparadora del ordenamiento.

¹ Mateucci, Nicola, *El Estado moderno. Léxico y exploración*, trad. de Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 2010.

- 5) En Chile el control judicial está imbricado en una pluralidad de órdenes jurisdiccionales; sin perjuicio del superviviente control político, a saber:
 - a) Poder Judicial ejerce este control judicial de los actos del poder a través del proceso de amparo ordinario (recurso de protección), verdadero sucedáneo del contencioso administrativo y numerosos procedimientos judiciales especiales contenciosos administrativos de anulación y reparación (cifrados en más de 300).
 - b) La Justicia Electoral tiene competencia en el contencioso electoral de cuestiones políticas: cuestiones electorales.
 - c) El Senado heterocompone conflictos de poder entre autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia (contiendas de competencia) y resuelve el juicio político (*impeachment*) previo a la admisión de la acusación en la cámara baja.
 - d) El Tribunal Constitucional, al cual nos referiremos en nuestra exposición, heterocompone conflictos de poder, conflicto de normas y actos estatales, abriendo así la decisión judicial a la política.
- 6) El control judicial de actos de poder es una consecuencia de la creciente “racionalización” del poder ² en el Estado de derecho, en que la Constitución adquiere el contenido de un sistema de reglas de competencia. El control judicial es el triunfo del derecho, frente al control político que es el triunfo de la política, de la fuerza.
- 7) Sin embargo, *e pur se muove*,³ existe un espacio para la *política*, para la fuerza, para la integración y diálogo, para la deliberación pública de la ciudadanía; espacio en que no tiene cabida el control judicial y el control jurídico; una verdadera válvula de escape del sistema para que la democracia misma no sea una “democracia de los guardianes togados”.

Este espacio para la política adquiere diversas denominaciones: actos políticos, actos de gobierno, actos de Estado, cuestiones políticas, entre otras, que pretenden con mayor o menor éxito un espacio inmune al control judicial.

² Mirkin, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931.

³ Friedman, Lawrence, *Introducción al derecho norteamericano*, trad. de J. Vergi i Grau, Barcelona, Bosch, 1988.

- 8) Observamos desde posiciones panjudicialistas una suerte de “demonización” del acto político o de las cuestiones políticas. Un buen ejemplo, el debate hispánico en torno a tesis doctoral de Nuria Cuenca entre la Escuela de García Enterría-Fernández y la Escuela de Parejo Alfonso. El panjudicialismo está fundado usualmente en posiciones neoiusnaturalistas y/o principialistas, y una profunda desconfianza en el proceso político y en la democracia deliberativa y participativa.
- 9) Por otra parte, en la defensa de las “cuestiones políticas” y actos políticos no justiciables, subyacen, en ocasiones, posiciones escoriadas hacia la “estatolatría” o el autoritarismo, que niegan o debilitan el Estado de derecho. Por ende, también existe una crítica de derechas al activismo judicial, para reforzar la acción ejecutiva, como es la crítica surgida en la era Reagan en los Estados Unidos de América o como la crítica permanente y desenfadadamente interesada en la era Berlusconi en Italia.
- 10) Por ende, nos desenvolvemos entre un Scila y un Caribdis. El Scila de la judicialización de la política que conlleva el peligro del “gobierno de los jueces”,⁴ la “tiranía de los valores” de la aristocracia togada⁵ y la peligrosa politización de las judicaturas. El Caribdis de la imposición de la lógica política, la de la fuerza, que redundan en la negación o debilitamiento del Estado de derecho como lo hace el “decisionismo”.
- 11) Mi visión preliminar es que el control judicial es una pieza basal del Estado de derecho, pero es una pieza más y, por ende, debe estar encuadrada como un control jurídico del poder sometido a las reglas de un acto de control judicial por jueces independientes e imparciales, en que las judicaturas en que se residen estos controles queden sometidas a controles (autocontroles) y responsabilidades, incluida el *impeachment* como revitalizada válvula de escape del orden republicano.

En suma, el corolario preliminar puede resumirse en una fórmula simple, con raíces en una cratología más bien pesimista: así como *existen sobradas razones para desconfiar del poder y de sus detentadores, también existen las mismas razones para desconfiar de los jueces*. La democracia misma se funda en el par

⁴ Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contra la législation social aux Etats Unis*, París, Giard Editorial, 1921.

⁵ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.

dialéctico confianza-desconfianza; derivada de una concepción vicarial o fiduciaria del poder político.

II. IX TESIS ACERCA DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En nuestro país en 1980 las instituciones contramayoritarias estatuidas por el Poder Constituyente autoritario y neoliberal para conservar un orden constitucional, adquieren o deben adquirir, después del ciclo de reformas coronado por la reforma constitucional de 2005, una posición orientada a darle expansividad al principio democrático y la asunción de una perspectiva garantista de los derechos fundamentales.

La posición o lugar específicamente del Tribunal Constitucional en las instituciones del Estado está ligada estrechamente a la definición básica de un orden político republicano y democrático, y al balance de poder que exige la definición del orden jurídico político como un Estado de derecho.

A través de estas once tesis se plantea la necesidad de definir al Tribunal Constitucional como un “tribunal” que ejerce su competencia a través de un proceso, no un jurado o comisión especial, dotado de autonomía institucional, y carente de legitimidad democrática, poseedor sólo de una legitimidad constitucional y de allí su competencia tasada en el artículo 93 de la Constitución. El tribunal es un órgano colegiado, letrado especializado, y de integración plural, que valiéndose de un techo ideológico abierto de la Constitución tiene un *ethos* ideológico común y mínimo: la República democrática. Esto obliga al tribunal a obtener una legitimidad social a través de sus decisiones alejada de la prisión neoiusnaturalista o principialista. En la posición del tribunal Constitucional la autolimitación de su poder se logra a través de comodines como la deferencia hacia los poderes públicos, en especial los dotados de legitimidad democrática y admitiendo la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” duras. De este modo, la guarda de la Constitución se verifica principalmente mediante un control abstracto de constitucionalidad, destinado a heterocomponer conflictos de poder cuyo derecho material es el derecho de la Constitución, y en tal misión esta Judicatura es un “tribunal”, no la aristocracia togada defensora de una ideología o sistema material de valores.

En este contexto, el Tribunal Constitucional no es un poder moderador o árbitro del sistema político institucional, sino una pieza clave del engranaje de balance de poder de esa gran máquina que es el Estado, poniendo a salvo la separación de poderes y la cesura Estado-sociedad civil. Situado

el Tribunal Constitucional en la república democrática debe ser objeto de controles del poder y de responsabilidades. Para concluir, la “lectura” e interpretación de la Constitución debe ser en clave de techo ideológico abierto, alejada de desvaríos (neo) iusnaturalistas y orientada a realizar en clave evolutiva a hacer realidad las potencialidades democráticas y garantistas de la Constitución reformada, alejándose de esa verdadera patología hermenéutica que es el originalismo que ancla a la Constitución y a los operadores del derecho al pasado autoritario y neoliberal de la Carta.

Las once tesis nos exigen, como invita el célebre texto del filósofo de Treveris, al cierre unir teoría y práctica constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, postulando la necesidad que la presencia de instituciones contramayoritarias se desenvuelva en un balance de poder, que permita que esta democracia constitucional sea más democracia y no menos democracia, bajo el pretexto de salvaguardar el “coto vedado” de los derechos fundamentales y de las reglas preliminares o condiciones del sistema democrático.⁶ Esta aproximación teórico-práctica permite salvar la condena hegeliana en orden a que el conocimiento (teoría, filosofía) llega tarde a la realidad, siendo por ende posible la aproximación científica crítica (interna-externa) y prospectiva.

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

1. *Posición del Tribunal Constitucional en el Estado de derecho*

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

En una perspectiva histórica la “revisión judicial de legislación” por el Tribunal Supremo en norteamérica generó un intenso debate en la fundación misma de la república entre “federalistas” y “antifederalistas”, cuyas

⁶ Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. de J. Moreno, Barcelona, Plaza & Janes Editores, 1985; Hegel, G., *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 1988.

figuras visibles son J. Marshall y T. Jefferson.⁷ De tal debate perenne podemos extraer la afirmación en orden a que la “democracia constitucional” es una democracia limitada, en la que las reglas preliminares o condiciones⁸ en que se asienta el arreglo institucional, y que son establecidas en la Constitución, operan como reglas necesarias e indisponibles, tales como la regla de mayoría y respeto de las minorías, y el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad e igualdad.

A nuestro juicio la justificación última de la democracia constitucional como democracia limitada estriba en que los derechos fundamentales comprenden expectativas o necesidades individuales y sociales que buscan efectivizar la autonomía moral, física, psicológica de los individuos libres e iguales, autonomía que es el vector que hace posible la democracia misma. Esta imbricación de principio democrático y derechos fundamentales permite concebir al sistema jurídico como un sistema autorreferencial y positivo, ligando así política y derecho, sin introducir órdenes metapositivos, para fundar el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria,⁹ asilada en un principio de autonomía constitucional (autonomía “institucional”, normativa, financiera y administrativa), superpuesta al tradicional esquema de separación de poderes. El control judicial se funda en conjurar el peligro de “tiranía de las mayorías” como tempranamente subrayan los “federalistas”, abriéndose al peligro de la “tiranía de las minorías” como también subrayan los “antifederalistas”. El debate histórico entre federalistas y antifederalistas en la democracia norteamericana es ejemplo de esto, como también el debate actual entre liberales y republicanos democráticos.

El Tribunal Constitucional en cuanto institución contramayoritaria está abierta en su competencia a la legitimación procesal de las minorías, en el ejercicio de acciones para incoar el proceso constitucional.¹⁰ El mismo vigila la separación de poderes en el Estado, y fractura Estado-sociedad civil (derechos fundamentales), enderezado precisamente a salvar la finalidad de equilibrio y límite de poder.

⁷ Dahl, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, trad. de P. Gianera, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003 y Beard, Ch., *An Economic Interpretation of The Constitution of the United States*, 22a. ed., Nueva York, Macmillan Co., 1986.

⁸ Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, cit.

⁹ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

¹⁰ Friedman, Lawrence, *Introducción al derecho norteamericano*, cit., y Hart Ely, J., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 11a. ed., USA, Harvard University Press, 1995.

El imperio del derecho de la Constitución se verifica a través de un proceso de constitucionalidad, en que se realiza la tutela judicial del derecho de la Constitución (derecho objetivo o estatuto del poder).

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

El Tribunal Constitucional es una judicatura suprema, que coexiste con otros órdenes jurisdiccionales (Poder Judicial y justicia electoral), colegiada, letrada y especializada, independiente (autonomía) e imparcial, integrada por jueces constitucionales, antítesis de los jueces burócratas, jueces “sin agradecimiento”¹¹ a los poderes públicos que los han nombrado.

2. *Un Tribunal Constitucional de integración plural*

El déficit democrático plural de la actual integración del Tribunal Constitucional va de la mano con un déficit democrático indirecto dada la supervivencia de la integración de origen judicial de tres ministros designados por la Corte Suprema. El Tribunal no se compone de jueces asépticos en lo ideológico, jueces de laboratorio, menos aún jueces burócratas o le-giscentristas.¹²

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

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

¹¹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, trad. de V. Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

¹² Cappelletti, M., *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México UNAM, 1987 y *Le Pouvoir des Juges*, Économica-Presses, Universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence, 1990.

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

Con todo, la lectura que se puede hacer acerca de la “sensibilidad política” es en rigor en clave opuesta: en términos de Charles de Secondat, barón de Montesquieu, una sensibilidad orientada a la prudencia (propia de una república aristocrática) o una sensibilidad orientada al civismo (propia de una república democrática).

Una “sensibilidad política” de esta Judicatura por los valores histórico-temporales de la modernidad (humanismo), una suerte de “patriotismo de la Constitución” es reponer simplemente en el orden republicano una suerte de “religión civil” (J. J. Rousseau, 2002) o civismo, que es el cemento valórico mínimo dominante en la sociedad presente, y que aquilata en valores superiores y principios recogidos en normas iusfundamentales incompletas, con sumarios contenidos lingüísticos prescriptivos (que importan por ende plurisignificación), y de estructura abierta; todo en armonía con una Constitución vigente merced las 17 reformas iniciadas en 1989 y cerradas el año 2005, reformas que ponen fin a la transición y permiten tener un techo ideológico constitucional abierto.¹³ Ello no significa cerrar el tema cambios constitucionales profundos (enderezados a remover los últimos enclaves autoritarios, revisar la permanencia de instituciones contramayoritarias y a redefinir la relación Estado-sociedad civil y economía, para hacer posible un Estado social y democrático de derecho), se requiere abrir un nuevo ciclo de reformas de segunda generación o una “operación constituyente”, que cuaje en una nueva Constitución.

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

Además, una lectura de la Constitución de techo ideológico abierto permite pluralmente ganar en legitimidad a la Constitución, y alejarse de una lectura canónica-originalista de ésta, aprisionada en coordenadas iusnaturalistas o neiusnaturalistas, permitiendo la definición-concreción positivo temporal de gran parte del contenido de tales valores superiores y principios a los poderes públicos con legitimidad democrática, en especial al legislador.

¹³ Habermas, J., *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.

3. *El Tribunal Constitucional y sus decisiones*

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

La manida distinción entre reglas y principios¹⁴ ha servido de excusa neoconstitucionalista (neo)liberal o (neo)conservadora o neoiusnaturalista (principalismo) para edificar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando el de suyo escaso material normativo iusfundamental, todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial.

Tal política constitucional desde una parcial afirmación de la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de la Constitución y sobre la base de una ductilidad del derecho (“mitezza” en términos de Zagrebelsky), resta primacía a la ley parlamentaria como fuente formal del ordenamiento jurídico y con ello al principio democrático, basal en la arquitectura del Estado.¹⁵

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

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

El activismo judicial no sólo es inconciliable con la posición del Tribunal en el Estado, y no sólo va de la mano del peligro de una “tiranía de los valores” por una aristocracia togada, sino que quiebra la separación de poderes ordenadora de los poderes del Estado y de este modo en el control de constitucionalidad de la ley, quiebra la primariedad de la ley, está en pugna con el principio democrático, basal a la arquitectura del Estado.

¹⁴ Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de E. Garzón V. y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁵ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

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

16°.- Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquéllos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz Philippe, El Derecho. Editorial Jurídica de Chile. 1966, pág. 83) Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad... (S. C.A. de Santiago Rol N° 4200-03 de 10 de diciembre de 2004).

La ironía es que jueces “burócratas” desarrollan una argumentación propia de jueces constitucionales, cuando el conflicto tiene extremos fácticos que ameritan probanzas y una sentencia fundada.

4. Un Tribunal Constitucional “deferente”

El Tribunal Constitucional deber ser “deferente” con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección po-

lítica del Estado, como el gobierno y el Congreso Nacional en un régimen presidencialista.

Un ejemplo de esta deferencia es la sólida presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder en general y de la ley en particular, presunción que obliga a ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad de los actos del poder estatal (“legislador negativo”) que generalmente tiene un contenido anulatorio, expulsa las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico, en un efecto similar a la “derogación”. Tal declaración de inconstitucionalidad es un arma de última ratio.

Por ello debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la “derecha” o progubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años. La deferencia es una actitud que aquilata en pausas hermenéuticas asiladas en un principio de corrección funcional.

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

El Tribunal Constitucional no es un “supra poder” o “poder del Estado”, no tiene injerencia directamente en la dirección política del Estado, se limita a ejercer un control de constitucionalidad concerniente a los “poderes” del Estado, en especial gobierno y Congreso Nacional.

5. *Tribunal Constitucional y no justiciabilidad de “cuestiones políticas”*

Resulta evidente que el Tribunal Constitucional resuelve “conflictos” políticos y por ende la naturaleza del conflicto de poder es “jurídico-política”, pero ello no significa un control de constitucionalidad sin límites.

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

El control de constitucionalidad es inidóneo (en cuanto control objetivado desenvuelto en un proceso) por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las “cuestiones políticas”. Una manifestación ejemplar de cómo opera la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” es limitar el

control de constitucionalidad de la reforma constitucional a la constitucionalidad de forma, y no a la constitucionalidad material y competencial.

Tal limitación del Tribunal Constitucional nos pone a salvo del desvarío de hacer justiciables supuestos límites externos e internos (materiales) a la soberanía popular y al principio democrático, expresado en el Poder Constituyente.

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

Más bien la autolimitación del Tribunal Constitucional debe responder al civismo, y al autorreconocimiento del Tribunal como órgano jurisdiccional y no político, que ejerce su potestad en un proceso y cuyas decisiones son sentencias o resoluciones, y, por ende, la aceptación de los límites del control de constitucionalidad como control jurídico o judicial.

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

6. *Tribunal Constitucional y tipos de control de constitucionalidad*

La judicatura constitucional actualiza el derecho de la Constitución al conflicto, heterocomponiendo el conflicto a través de sus sentencias, las que están revestidas de cosa juzgada y cualificados efectos temporales y personales. Este derecho de la Constitución no debe conducirnos a una desviación metodológica que hemos denominado “fetichismo constitucional”, que transforma a la Constitución en un demiurgo normativo acicateado por la constitucionalización del derecho.

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

El Tribunal Constitucional tiene un enorme poder como “legislador negativo” en el proceso de constitucionalidad y control abstracto, pero es un tribunal “menesteroso” (F. Rubio Llorente, 1993), carente de imperio. De la anotada menesterosidad del Tribunal nace la necesidad de que sus sentencias hagan doctrina jurisprudencial y sirvan de precedentes para el mismo órgano, así como para los demás tribunales de la nación.¹⁶

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

El control concreto de constitucionalidad permite establecer un nexo funcional entre el Tribunal Constitucional y los demás órdenes jurisdiccionales.

Luego, el indirecto efecto “revocatorio” o “casatorio” o “supercasatorio” de las sentencias del Tribunal Constitucional queda entregado a tribunales que integran el Poder Judicial o la Justicia Electoral, llamados a aplicar a los conflictos el derecho material (objetivo o subjetivo). Lo propio ocurre con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la interpretación que los tribunales y demás órganos del Estado hagan de la Constitución.

7. Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de derecho

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

Nuevamente la separación derecho-moral es clave como conquista de la modernidad y de la cultura jurídica.

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

El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho, cuya competencia tasada es desplegada en un proceso y resultado del ejercicio de acciones

¹⁶ Rubio Llorente, F., *La forma del poder (Estudio sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993.

constitucionales, nunca actuando de oficio; salvo en el tránsito del control concreto al control abstracto.

La Constitución no es la positivación de un sistema material-objetivo de valores, de una “filosofía perenne” o “moral objetiva”, sino la positivación histórico-temporal abierta de valores y principios, de suyo plurisignificativos, con un techo ideológico abierto.

Una tiranía valórica judicial es “insostenible” (juicio en que coinciden paradójicamente tanto C. Schmitt como H. Kelsen), inadmisibles en una sociedad democrática y plural que descansa en la afirmación de las libertades negativas y positivas de las personas.¹⁷

Una expresión del sistema material de valores es una concepción naturalista o metafísica de los derechos fundamentales afincada en el artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución y en el pasado (originalismo); lo que contrasta con la evidente modernidad y positividad de los derechos fundamentales, como enunciados normativos de expectativas o necesidades individuales y sociales conectadas a caros valores del humanismo moderno y recepcionadas por el Poder Constituyente en normas iusfundamentales con niveles de garantía no uniforme. Un ejemplo es la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que acepta una modalidad de “bloque constitucional de derechos”, por infracción del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución.

Con esta doctrina jurisprudencial, acorde al activismo dominante, el Tribunal Constitucional hace tabula rasa de que los derechos fundamentales tienen como única fuente la Constitución y la vinculación de los poderes públicos es compleja. Efectivamente los derechos fundamentales en su positividad —normas de conducta— pueden asumir la forma de reglas y normas de principio, que operan como reglas de competencia positiva y más usualmente negativa, fijando directrices a los poderes públicos, sin mayor densidad normativa de contenido, llamadas a ser cumplidas en distinto grado (nivel de justiciabilidad) y confiriéndole al legislador un importante margen de desarrollo normativo infraconstitucional. Pues bien, también se usa también la distinción reglas-principios para degradar la protección constitucional de derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos “verdaderos” (derechos civiles, en especial los de contenido patrimonial) o directamente para negar su entidad de derechos.

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

¹⁷ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995; *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo T. y Luis Legaz, Barcelona, Labor, 1977 y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit.

y una objetiva de éstos, que permite la irradiación de los derechos en las tres funciones tradicionales del poder del Estado: los bienes jurídico constitucionales adquieren una entidad objetiva y propia frente al legislador, vincula a la actuación del gobierno y de la administración, y también vincula la interpretación y aplicación judicial del derecho material.

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

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

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

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

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

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

En las antípodas de un Tribunal Constitucional deferente y autolimitado, que reconoce su precaria legitimidad y tasa su competencia en función del balance de poder, hay que desarrollar un activismo judicial basado en un modelo de “juez constitucional” comprometido con la democracia constitucional y sus valores o filosofía perennes (derecho natural), un juez-

tribunal de reciedumbre hercúlea frente a los conflictos y las presiones. Tal “juez constitucional” no existe, es una mera construcción ideológica para enmascarar un activismo judicial valórico bajo el pretexto de defender la Constitución y sus “valores”.

9. *El Tribunal Constitucional es parte basal de una decisión básica acerca de la forma de Estado: una República democrática, y no sólo pieza del moderno Estado del derecho*

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

Con motivo del estudio en el Congreso Nacional de la “ley adecuatoria” a la reforma constitucional de la ley orgánica del tribunal Constitucional (Ley núm. 17.997), se perdió una oportunidad para incorporar algunas ideas acerca de la inserción de esta Judicatura en el cuadro institucional; *verbi gratia* informar al Congreso Nacional una vez al año acerca del balance (cuenta pública) de su labor institucional, así como informar efectivamente a la sociedad toda de su labor. Sin perjuicio de ello, en la perspectiva de *lege ferenda* la ley orgánica debería prever un nexo institucional permanente del Congreso Nacional y sus comisiones (Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Nacionalidad, Ciudadanía y Derechos Humanos) con el Tribunal Constitucional, como ocurre con otras instituciones contramayoritarias y autónomas como el Banco Central.

En efecto, la citada “ley adecuatoria” (Ley núm. 20.381), ley de reforma de la ley orgánica de la Judicatura Constitucional centra su preceptiva en los procedimientos y adecuaciones a la reforma constitucional de 2005, más preceptiva acerca de materias de personal y remuneraciones, cuando resulta toral abordar el estatuto de los jueces constitucionales actualizando sus prohibiciones y régimen de inhabilidades, posibilitando promover las incidencias en éstas a las partes, precisamente a la luz del control concreto de constitucionalidad, que por definición concierne a los extremos fácticos de la “gestión” que le sirve de hipótesis o presupuesto procesal.

También en materia de estatuto de los jueces constitucionales, con sujeción a las normas iusfundamentales acerca del nombramiento de éstos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se puede

abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional. Ello permite corregir los claroscuros de la votación de la Corte Suprema, los claroscuros de la negociación parlamentaria y la oscuridad del nombramiento presidencial, según las reglas del artículo 92 de la Constitución.

Un símil a este mecanismo de publicidad, transparencia y mérito se produce con la suerte de *hearings* o audiciones abiertas a instituciones y sociedad civil, que hoy se emplea con motivo del derecho de confirmación senatorial de nominaciones de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de Fiscal Nacional, o de directores del Banco Central (artículo 53 núms. 5 y 9).

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

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

El Tribunal Constitucional debe ser el “custodio” o guardián de una Constitución democrática y supremo, aunque no único ni exclusivo, intérprete de la Constitución; poniendo en la “lectura” de las normas iusfundamentales de relieve el valor democratizador y de apertura ideológica de las 17 reformas a la Carta desde 1989 a 2005, y por ende no ser guardián de una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal como la de 1980.

El anclaje hermenéutico de la Constitución en el pasado no es neutro, no sólo es inconsistente con las reglas hermenéuticas decantadas por la doctrina y jurisprudencia, sino que permite anclar a la judicatura constitucional en una interpretación originalista (sea en clave “textualista” o “intencionalista”) que edifica una inexistente historia fidedigna de la Constitución, transformando la opinión de los juristas de época (como el archicitado J. Guzmán E.), adictos al autoritarismo, en una suerte de sucedáneo de las “tablas de la ley”, de autorizada opinión de los “quirites” o de los “juristas imperiales”.¹⁸

El mencionado anclaje en el pasado y en el originalismo va de la mano de la mano de un iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, que adopta la apariencia de una lectura de la Constitución desde su “filosofía” o “doctrina”, desde sus valores y principios, es decir, el sustrato ideológico autoritario y neoliberal.

¹⁸ Hart Ely, J., *Democracy and Distrust...*, cit.

Otro desvarío en la lectura de la Constitución, con propósitos garantistas, es aquel que pretende insuflar la Constitución formal de una materia iusfundamental denominada “bloque constitucional de derechos” al asilo del artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución, pretendiendo así que el Tribunal Constitucional se erija en un tribunal de amparo de derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, ensanchando el derecho de la Constitución casi sin límites, y de este modo quebrando definitivamente el sistema de fuentes del derecho, la primariedad de la ley y el principio democrático.

11. *Teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social para una Constitución del siglo XXI y una jurisdicción constitucional orgánica y de la libertad*

El Tribunal Constitucional, desde una Constitución abierta en su techo ideológico, debe admitir también una lectura de la Constitución democrática, progresiva y evolutiva y de cara a las instituciones y la sociedad.

La teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social debe hacer un aporte a una lectura abierta de la Constitución desde el Tribunal Constitucional y desde la “sociedad abierta de los intérpretes” de la Constitución, una suerte de pluralismo constitucional.¹⁹ Un aporte del constitucionalismo democrático y social, que con rigor teórico-metodológico no renuncie a la crítica y al análisis prospectivo, no claudique frente a la condena en orden a que el conocimiento llega tarde a la realidad, cuando “el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso” (Hegel); un aporte de esta variante del constitucionalismo capaz de sostener una práctica a partir de una buena teoría.

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

¹⁹ Haberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996; Breyer, S., *Active Liberty. Interpreting Our democratic Constitution*, USA, Alfred A. Knopf, 2005.

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

Dos peligros reales soporta la democracia constitucional, al incrustar una institución contramayoritaria con la misión de custodiar la Constitución (y sus contenidos contramayoritarios): el peligro de la “tiranía de los valores” a cargo de una aristocracia togada o el peligro del “gobierno de los jueces”. No hay que olvidar que la tiranía de las mayorías que se quiere corregir con instituciones contramayoritarias y se amolda a una democracia plural hoy abierta a la protección de las minorías, tiene un origen histórico muy preciso de salvaguarda de intereses de clase en la democracia norteamericana.²⁰

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

El peligro del “gobierno de los jueces” o del Estado judicial de derecho es un peligro real, más allá de la epocal literatura gala de entreguerras (E. Lambert, 1921) acerca del Tribunal Supremo norteamericano y la legislación del New Deal de Roosevelt, que tanto pesó en Francia en materia de control de constitucionalidad en el periodo de entreguerras y posguerra y también en el resto de Europa, todo lo que contribuyó a preferir el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional.²¹

Este “gobierno de los jueces” también puede ser resultado de un sistema político disfuncional o de una deficiente clase política, que pretende soluciones judiciales a problemas políticos. El peligro del “gobierno de los jueces” se amortigua con la deferencia frente a los poderes públicos y con el comodín de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas.

Finalmente, cabe anotar que el modelo kelseniano resulta más apropiado para los sistemas jurídicos de origen románico-germánico o de codificación,²² por lo que la convergencia de modelos (concentrado-difuso) que se observa comparadamente, debe salvar a favor un sistema de monopolio del contencioso constitucional. Ello a pesar o a riesgo de que el control

²⁰ Ross, A., *¿Por qué democracia?*, trad. de R. J. Vernengo, Madrid, CEC, 1989.

²¹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, trad. de V. Villacampa, Barcelona, Ariel, 1988 y Rousseau, D., *La justicia constitucional en Europa*, trad. de I. Ortiz Pica, Madrid, CEP, 2002.

²² Cappelletti, M., *La justicia constitucional...*, cit.

concreto de constitucionalidad o con mayor razón el amparo constitucional extraordinario, contamine a la judicatura constitucional con los intereses y extremos fácticos del juicio o “gestión” seguido ante los jueces del fondo, como bien anotaba críticamente P. Calamandrei al comentar la “cuestión de inconstitucionalidad” italiana.²³

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

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

III. CONCLUSIONES. *QUO VADIS* DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL AL ACTIVISMO JUDICIAL

Como decíamos al abrir esta ponencia, la contemporánea defensa de un paradigma de democracia material o sustancial denominada democracia constitucional por el ilustre maestro italiano Luigi Ferrajoli, en debate con su maestro Norberto Bobbio, es un botón de muestra o pretexto para dar cuenta de las paradojas envueltas en la pregunta acerca de cuánta democracia soporta la Constitución. Este paradigma, defendido por Ferrajoli, a pesar de su definición positivista, tiene un fuerte componente ideológico y le asigna un desmesurado rol a los jueces, abriendo paso a un activismo judicial, y a la negación o tensión con el principio democrático, reflejo en último término de una paradójica desconfianza de izquierdas en la soberanía popular.

Ferrajoli nos recuerda en una obra reciente: “En el sentido común la democracia se concibe habitualmente, según el significado etimológico de la palabra, como el poder del pueblo y asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes. Esta noción de democracia puede llamarse *formal* o *procedimental*, dado que identifica la democracia atendiendo exclusivamente a las *formas* y los *procedimientos* idóneos para legitimar

²³ Calamandrei, P., *Derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1973, t. 3.

las decisiones como expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Porque, en otras palabras, la identifica a tenor del *quién* (el pueblo o sus representantes) y *cómo* de las decisiones (de sufragio universal y la regla de la mayoría), con independencia de sus contenidos, es decir, del *qué* se decide. Por lo demás, esta tesis es también compartida por la mayor parte de los teóricos de la democracia.

La tesis que voy a sostener —dice Ferrajoli— es que esta noción formal de democracia expresa un rasgo ciertamente necesario —una *conditio sine qua non*— en ausencia de la cual no cabe hablar de democracia, pero no una condición suficiente para identificar todos los elementos cuya presencia permite calificar a un sistema político de “democrático” y, especialmente, de “democracia constitucional”. Por dos razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen la integración de los rasgos formales de la democracia con límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido*, es decir, relativos al *qué* no es lícito decidir o no decidir, como son los impuestos en las Constituciones actuales por los derechos fundamentales que las mismas establecen.

En primer lugar, esa noción se puede valer para definir la dimensión *política* o *formal* de la democracia, no permite dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que no entrarían en tal concepto, ya que en ellas el respaldo popular ya no es suficiente para legitimar cualquier decisión la misma carece por ello de alcance empírico y de la capacidad explicativa. En efecto, en virtud del cambio de paradigma generado por el constitucionalismo rígido en la estructura de las democracias, también los poderes legislativos y los de gobierno están jurídicamente limitados, no sólo en relación con las *formas*, sino igualmente en lo relativo a la sustancia de su ejercicio. Estos límites y estos vínculos son impuestos a tales poderes por lo derechos constitucionalmente establecidos, que se identifican con lo que se puede llamar la esfera de lo indecible: la esfera de lo *no decidible* que integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo *no decidible que no*, formada por los derechos sociales, que imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Por consiguiente, ya que estos límites y vínculos de contenido contradicen la noción puramente política de la democracia, basada en reglas exclusivamente formales que hacen posible la virtual omnipotencia de las mayorías, habremos de admitir que, de atenernos a tal noción, las actuales democracias constitucionales no son democracias.

En segundo lugar, esa noción puramente formal ignora el nexo conceptual que liga la democracia política y todos los derechos constitucionalmente estipulados que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad de las mayorías, que de otro modo sería absoluta. Es por lo que ta-

les derechos conforman la *dimensión constitucional* de la democracia, que, con una expresión gastada por los USIS ideológicos de que ha sido objeto, *puede* muy bien llamarse *sustancial*, en cuanto referida a la *sustancia*, es decir, al *qué* prohíben u obligan a decidir las Constituciones. Se trata de un doble nexo. Por una parte, el ejercicio consciente e informado de los derechos políticos supone la garantía de los clásicos derechos de libertad —de expresión, de información de asociación y de reunión— y también de los derechos sociales, como los de la salud y la educación. Por otra, en ausencia de cualquier límite sustancial relativo a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* —o, cuando menos, *puede no*— *sobrevivir* al ser siempre posible en principio la supresión por mayoría, con métodos democráticos, de los métodos democráticos mismos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo, la separación de poderes, la representación, en suma, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política. No es hipótesis de escuela: en el siglo pasado, fascismo y nazismo se apoderaron del poder por vías legales y luego se lo entregaron “democrática” y trágicamente a un jefe que suprimió la democracia.²⁴

En este enfoque de democracia sustancial-democracia constitucional, la Constitución y sus custodios pretenden encadenar a la democracia. Ferrajoli en su enfoque reduce el concepto mínimo de democracia de Bobbio a puras reglas de procedimiento, y su rechazo a las reglas desprovistas de sustancia o a la apelación a la soberanía está lastrada inocultablemente por la difícil experiencia italiana reciente en la era Berlusconi, régimen caracterizado por una indisimulada hostilidad a la Constitución de la república de la posguerra obra de la cultura de la resistencia antifascista. La defensa de la democracia constitucional de Ferrajoli está fuertemente influida por su contexto histórico político, desde Tangentopoli hasta hoy.

Sin embargo, la democracia constitucional-sustancial termina confiando en los jueces, letrados, abogados y profesores, como lo hace el neoconstitucionalismo contemporáneo, la defensa de la Constitución y del sistema democrático, aún a costa del régimen político diseñado y al esquema de poderes instituido. Tal confianza, de *more* itálico, en la aristocracia togada, es reflejo de un elitismo epistemológico y negación de los resultados decisivos del proceso político democrático, de la deliberación pública y de la participación política de la ciudadanía.

²⁴ Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27-30 (3 volúmenes, en especial t. 1 “Teoría del derecho” y t. 2 “Teoría de la democracia”).

Con todo, el garantismo no debería ser una excusa teórico-metodológica para acoplar la democracia constitucional a la suerte de sus guardianes togados, pretiriendo al pueblo, al proceso político y a las instituciones representativas y participativas.

En el caso de Chile la aristocracia togada (Tribunal Constitucional) a través de su jurisprudencia y toma de posición neoiusnaturalista busca reducir el campo de la política democrática, y se erige en un buen caleidoscopio de ejemplos acerca de los peligros que el control judicial de la política puede representar para el sistema político democrático.