

## Capítulo noveno

### En busca del constitucionalismo dialógico: un modelo para armar

Domingo A. LOVERA PARMO\*

Luis A. MARAMBIO MANCILLA\*\*

SUMARIO: I. *La crisis constitucional y la objeción democrática de la jurisdicción constitucional.* II. *La justicia constitucional dialógica.* III. *La incipiente recepción chilena de la justicia constitucional dialógica.* IV. *Una cuestión de diseño.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

Este trabajo aborda algunas de las instancias de diálogo institucional en materia de interpretación constitucional que estaban contenidas en el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, de la Comisión Experta (ACCE). Algunas, solamente, porque se centra en las instancias reguladas a propósito de las atribuciones de la (por entonces, denominada) Corte Constitucional en materia de control de constitucionalidad de los preceptos legales.<sup>1</sup>

Para este trabajo, se asume, preliminarmente —y no sin objeciones a su radicación solo en las instituciones—,<sup>2</sup> que existe un diálogo insti-

\* Profesor asociado, Facultad de derecho, Universidad Diego Portales (Chile). Ph. D. Osgoode Hall Law School (Canadá), Ll.M. Columbia University (Estados Unidos); licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002); ex integrante de la Comisión Experta del Proceso Constitucional 2023.

\*\* Ayudante senior de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (Chile); egresado del Magister en Finanzas e inversiones de la Universidad Diego Portales (2022) y licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Universidad Diego Portales, 2021.

<sup>1</sup> Otra de estas instancias dialógicas, en efecto, puede identificarse a propósito de las regulaciones del denominado referéndum abrogatorio de ley (art. 48) o la acción de inaplicabilidad (arts. 169, letra d), en relación con el artículo 170.4), todas ellas del ACCE.

<sup>2</sup> Lovera, Domingo, “Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”, en Fuentes, Claudio (ed.), *En Nombre del Pueblo: Debate sobre el cambio constitucional*

tucional cuando (i) a propósito de la determinación del sentido y alcance (interpretación) de una disposición constitucional; (ii) se configura o traba una conversación entre instituciones que ofrecen sus diferentes (aunque esto no necesariamente siempre debe ser así)<sup>3</sup> lecturas de esa disposición; (iii) conversación en la que no es una Corte (o un tribunal cualquiera) quien tiene necesariamente la última palabra y; (iv) que se desarrolla o tiene lugar a través de cauces institucional o procedimentalmente habilitados.

Adicionalmente, podría agregarse —en un acercamiento desde el constitucionalismo democrático—, aquel que considera el desacuerdo interpretativo algo normal para el derecho constitucional y su desarrollo<sup>4</sup> que, (v) de haber una última palabra— la que irremediamente, como es propio en una democracia, será solo transitoria —esta debe estar radicada en el o los órganos de representación popular—, sin perjuicio de poder ser estimulados por las opiniones de otros órganos, en este caso, la Corte.

Para efectos de abordar las innovaciones propuestas en el ACCE —truncadas luego con la intervención del Consejo Constitucional—, se parte anotando (I) el momento de crisis constitucional que vivió (y sigue viviendo) Chile. Como se anotará muy rápidamente allí, el rechazo consecutivo de dos propuestas constitucionales podría traer de la mano una presión inusitada sobre el proceso político si es del caso que se decide echar mano al procedimiento de reforma constitucional para abordar aspectos críticos del sistema político y constitucional chileno que siguen en tensión. La reforma al sistema político es muestra palmaria de lo anterior. Enseguida, (II) se muestra —conforme lo ha expuesto alguna literatura— cómo el constitucionalismo dialógico puede servir como una herramienta que permitiría a la justicia constitucional —ejercida en el caso de Chile, por el Tribunal Constitucional— sortear con mayor éxito las objeciones que se formulan a su permanente presencia en una democracia, especialmente en momentos de presión institucional como los que vaticinamos. La justicia

---

*en Chile*, Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, 2010, pp. 217-243.

<sup>3</sup> En efecto, el trabajo interpretativo en materia constitucional de las diferentes ramas del Estado bien podría dejar espacios a la coordinación. No hay necesidad, por lo tanto, de ver las diferentes intervenciones como unas animadas puramente por el enfrentamiento. Fisher, *Louis, Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 231-233.

<sup>4</sup> Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Estados Unidos, vol. 42, 2007, pp. 373-433.

constitucional dialógica, para decirlo de otra forma, y asumiendo que las atribuciones judiciales de control constitucional de las leyes no desaparecerán, puede ayudar a conciliar de mejor manera (de mejor manera que los modelos de revisión judicial fuertes)<sup>5</sup> el rol de la justicia constitucional y el autogobierno democrático.<sup>6</sup> Las dos últimas secciones se reservan para (III) recoger la forma incipiente en que la doctrina chilena ha venido acercándose a la justicia dialógica, así como para, finalmente, (IV) analizar y discutir las propuestas contenidas sobre la materia en el ACCE.

## I. La crisis constitucional y la objeción democrática de la jurisdicción constitucional

El Tribunal Constitucional chileno determinó el año 2020, de manera inédita en su historia, declarar inconstitucional una reforma constitucional que permitía el retiro excepcional de un 10% de las cuentas individua-

<sup>5</sup> Fue Mark Tushnet quien ofreció una tipología de modelos de revisión judicial, distinguiendo entre modelos fuertes y débiles. Los modelos que él denominó fuertes, se caracterizan por conferir a las cortes o tribunales una preponderancia institucional en la interpretación constitucional, preponderancia que se manifiesta en especial frente a las legislaturas, en la medida que sus decisiones son finales y no revisables —a menos que se enmiende la Constitución—. Los modelos débiles, en cambio, “disponen de mecanismos para que el pueblo pueda responder a las decisiones judiciales que ciudadanos y ciudadanas consideran razonablemente equivocadas, por vías más rápidas que las de la reforma constitucional o los ciclos de designación judicial”. Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008, pp. 21-5. Este trabajo asume, con Tushnet, que la denominada justicia dialógica pertenece a los modelos denominados débiles de revisión judicial.

<sup>6</sup> La conciliación a que aquí se hace referencia no es una conceptual entre derechos o principios constitucionales, de una parte, y la democracia como forma de autogobierno, de otra. Es, en cambio, institucional: lo que se pregunta es respecto a un específico arreglo institucional —la revisión judicial de la legislación— que se ha venido imponiendo como forma de realización de la armonía conceptual. Sobre la conciliación conceptual, Habermas, Jürgen, “Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions”, *Ratio Juris*, Reino Unido, vol. 7, núm. 1, 1994, pp. 1-13. Disputando las posibilidades de esa armonía, Mouffe, Chantal, *The Democratic Paradox*, Londres y Brookly, Verso, 2005, pp. 1-16. Es común, como alguno de nosotros ha dicho en otra parte, que estas dimensiones se confundan y que la oposición a un arreglo institucional específico sea visto como una a los derechos o principios constitucionales. Eso es, paradójicamente, un error conceptual. Lovera, Domingo, “Normas de Constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 82, 2023, p. 195.

les de ahorro previsional.<sup>7</sup> El Tribunal hizo esto en línea con una reciente tendencia global,<sup>8</sup> no exenta de críticas,<sup>9</sup> por razones sustantivas. Es decir, lo hizo sobre la base de la supuesta incongruencia entre el contenido de la propuesta de reforma y la Constitución, y no por haberse faltado a los procedimientos y formas que ésta regula para aprobar aquélla.

Mientras el Congreso presentaba un proyecto de reforma constitucional para permitir el retiro, el presidente de la República presentaba un proyecto de ley con idéntico propósito (ley 21.295 de 2020) y adicionalmente un requerimiento de inconstitucionalidad de la reforma del Congreso. Conservaba el presidente, por cierto, el veto legislativo como alternativa. El Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad de la reforma constitucional propuesta por el Congreso, a pesar de que satisfacía la mayoría calificada correspondiente a la reforma de la Constitución, en base a un argumento de competencias constitucionales, sin trazar diálogo alguno con el Congreso<sup>10</sup> y sin tematizar la naturaleza dialógica y deferente de sus competencias respecto de la potestad de reforma constitucional.<sup>11</sup>

Un par de años más tarde, y resolviendo un cúmulo de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,<sup>12</sup> el Tribunal Constitucional habría ido más lejos.<sup>13</sup> Entonces, volvió a declarar inconstitucional una reforma consti-

<sup>7</sup> Sentencia, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tcldo\\_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tcldo_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true) (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>8</sup> Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The Limits of Amendment Power*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>9</sup> En Chile Pardo-Álvarez, Diego, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020)”, *Revista de derecho*, Coquimbo, Chile, vol. 30, 2023a, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532023000100303](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532023000100303).

<sup>10</sup> Bassa, Jaime *et al.*, “Un Tribunal imprudente: Sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional por el retiro anticipado de pensiones”, en Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente: ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021, pp. 271-287.

<sup>11</sup> Pardo-Álvarez, Diego, “Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 36, núm. 1, 2023b, pp. 113-135.

<sup>12</sup> De conformidad al artículo 93 N°6 de la Constitución, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en una gestión pendiente, por resultar contrario a la Constitución.

<sup>13</sup> Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, “El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales: una doctrina inconveniente”, *Revista Justicia & Derecho*, Chile, vol. 6, núm. 2, 2023, p. 3.

tucional, esta vez la que autorizó, junto con una serie de retiros, que algunas personas pudieran solicitar un anticipo con cargos a sus futuras pensiones. Habría ido más lejos, porque, para poder declarar la inaplicabilidad de una reforma constitucional, tuvo que transformar esa reforma en un precepto legal —echando mano a una acción cuyo propósito es, paradójicamente, evitar que la aplicación de un precepto legal acarree consecuencias que colisionen con la Constitución—. El Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que “las cosas son lo que determina su esencia y no su nomenclatura... las cosas son lo que son, con independencia de la denominación que se les dé...”<sup>14</sup>

Es un lugar común en teoría constitucional sostener que sobre la jurisdicción constitucional pesa una objeción democrática.<sup>15</sup> ¿Por qué un grupo de jueces puede imponer una interpretación de la Constitución, siendo que por definición, ella no es susceptible de una interpretación imparcial?<sup>16</sup> Un grupo de ensayos recopilados en una reciente publicación,<sup>17</sup> muestra que este es un debate que, en parte por la propia responsabilidad del Tribunal, se había venido instalando en Chile con especial fuerza.<sup>18</sup> En efecto, varias intervenciones polémicas del Tribunal Constitucional fueron colocando sus atribuciones bajo la mirada de la atención pública, transformándolo en un objeto de necesaria atención durante los dos procesos constituyentes desarrollados en Chile.

Si esta crítica tiene sentido cuando la justicia constitucional derriba decisiones legislativas —una declaración de la voluntad soberana, como declara el art. 1o., del Código Civil—, se torna aún más intensa frente a proyectos de reforma constitucional. ¿Cómo es posible que este grupo de jueces pueda imponer su criterio incluso en contra de un ejercicio de la soberanía como es la potestad de reforma constitucional, la que apunta, precisamente, a modificar el parámetro de control que la justicia constitucional debe luego cuidar?

<sup>14</sup> Sentencia, Rol 11.230-21, de 17 de marzo de 2022, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 18, disponible en: <https://tramitacion.tcchile.cl/tcl/download/182612?inlineifpossible=true>, (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>15</sup> Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

<sup>16</sup> Atria, Fernando, “¿Qué Desacuerdos Valen? la Respuesta Legalista”, *Revista Ius Et Praxis*, Chile, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 419-427.

<sup>17</sup> Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2021.

<sup>18</sup> Con especial fuerza porque, el debate en sí mismo, es, y como bien lo reseña Zapata, anterior. Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 19 y ss.

Peor aún. La objeción democrática a la jurisdicción constitucional arriesga agudizarse con el rechazo de las dos propuestas de sustitución constitucional y con las reformas que se han introducido en este contexto. El rechazo de ambas propuestas de nuevo texto constitucional, la crisis del sistema político-partidista, el *renacimiento* autoritario y la flexibilización de los procedimientos de reforma constitucional (cuyo quórum fue rebajado de  $\frac{2}{3}$  y  $\frac{3}{5}$  a  $\frac{4}{7}$  de los y las integrantes del Congreso Nacional) y de las leyes orgánico-constitucionales (cuyo quórum fue rebajado de  $\frac{4}{7}$  a mayoría absoluta de los y las integrantes del Congreso Nacional),<sup>19</sup> podrían implicar un aumento significativo en las exigencias institucionales depositadas sobre la jurisdicción constitucional.

¿Cómo debiera encarar (o bien navegar) el Tribunal Constitucional este escenario de presión institucional?

## II. La justicia constitucional dialógica

La justicia constitucional, como indica Bayón,<sup>20</sup> ha llegado para quedarse. De allí que, antes de apostar por eliminarla, se han ofrecido variadas formas de conciliar la existencia de la revisión judicial de la ley y de la reforma constitucional, por una parte, con el respeto de los procedimientos democráticos, por otra. Muchas de esas alternativas han nacido de los propios tribunales y de las cortes constitucionales, haciendo eco de la objeción democrática que pesa sobre ellos.

*¿Qué alternativas son las que se han propuesto?*

Se ha sostenido, por ejemplo, que la justicia constitucional debiera solo limitarse a cuidar la apertura de los procedimientos democráticos,

<sup>19</sup> La identificación de estas reformas se realiza acá sólo de modo descriptivo y para dar cuenta del entorno institucional en el que la crisis constitucional chilena debe desenvolverse, no para criticar el alcance sustantivo de estas reformas. Sobre la anomalía de los quóruns de supermayoría introducidos en la propuesta constitucional de la dictadura, véase Jiménez, Guillermo, *et al.*, “La debilidad de las súper-mayorías”, *Revista De Derecho (Pontificia Universidad Católica De Valparaíso)*, vol. 41, núm. 3, 2013, pp. 359-393.

<sup>20</sup> Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 211-238.

dejando la determinación de los valores fundamentales a las instancias representativas.<sup>21</sup>

También se ha sugerido que la justicia constitucional debiera, no obstante se inmiscuya en cuestiones sustantivas, estrechar o focalizar sus decisiones, cuidando siempre —aquí la estrechez— de dejar abiertos los debates democráticos. Para ello es imperioso que las decisiones sean lo más acotadas posibles, evitando un alcance sobredimensionado, por una parte, así como resistiendo la tentación de plagar las sentencias con declaraciones anexas, no vinculadas al caso entre manos, por las que se pretenda ir formando opinión (judicial) para el futuro, por otra.<sup>22</sup> Para ello, jueces y juezas constitucionales debieran ejercer sus virtudes pasivas,<sup>23</sup> anotando que en una democracia los y las representantes populares son quienes están llamados a ser protagonistas.

Por último, incluso en las variantes más fuertes de control judicial de constitucionalidad —en la tipología de Tushnet—,<sup>24</sup> se ha sostenido que jueces y juezas, no obstante sus intensas atribuciones, nunca obran con absoluta discrecionalidad. En efecto, ellos ejercerían sus atribuciones obrando con integridad, por lo tanto sujetos a una serie de limitantes —incluida la historia constitucional de un país— que debieran disipar las acusaciones que ven en la justicia constitucional una forma de afectación de la democracia.<sup>25</sup>

La justicia constitucional dialógica es otra de esas propuestas. Se trata de una forma particular de encarar la objeción democrática, diluyendo, así —o eso pretende—, la fuerza de sus críticas sobre el control judicial de constitucionalidad. Como señala Tushnet, ella nos permite ver viejos elementos del control de constitucionalidad en una nueva luz, en la medida que el constitucionalismo dialógico “coloca al frente la tensión inevitable entre el constitucionalismo democrático y su promesa con el autogobierno y su compromiso con la restricción a lo que las mayorías pueden hacer”.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Ely, John H, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

<sup>22</sup> Sunstein, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

<sup>23</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

<sup>24</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1996.

<sup>26</sup> Tushnet, Mark, “Dialogic judicial review”, *Arkansas Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, 2009, p. 206.

Su ventaja sobre las otras alternativas es que ella puede realizarse a través de cauces institucionales, antes que descansar solo en actitudes personales de jueces y juezas. En efecto, y como se observa, tanto en el caso de Ely, como en los de Sunstein y Dworkin, las posibilidades de autocontención descansan en una cierta actitud pasiva de quienes ejercen la judicatura. Ello dota a la justicia constitucional dialógica de mayor certeza, permitiendo un diálogo en tiempo real<sup>27</sup> y situando el diálogo interinstitucional en el corazón del esquema constitucional. Así, la justicia dialógica —como las propuestas antes identificadas— apunta a defender la atribución de la justicia constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes (los tribunales pueden dirigir la atención de la legislatura hacia asuntos que no fueron debidamente considerados, por ejemplo), pero cuidando de mejor manera, a un tiempo, los presupuestos democráticos.

La justicia constitucional dialógica, en definitiva, apunta a concretar una comprensión más compleja de la interpretación constitucional. Por ello propone que, para la determinación del sentido y alcance de una disposición constitucional,<sup>28</sup> intervengan diversas instituciones que traben entre sí una conversación institucional en la que los tribunales son una parte más y en la que, por lo tanto, no tengan (necesariamente) la última palabra o un rol preponderante.

Antes que un monólogo en el que los tribunales llevan la voz y decisión final, la justicia constitucional dialógica propone una conversación en la que intervienen distintas voces mediadas institucionalmente. Se trata de una visión en la que la interpretación constitucional, incluida la defensa de los derechos fundamentales, es parte de una “tarea compartida”.<sup>29</sup> Todo esto, por cierto, no obstante los profusos debates que han existido respecto a cuáles son las condiciones o etapas que una conversación o intercambio debiera tener para poder ser considerada como manifestación de un genuino diálogo entre las instituciones.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 211 y 212.

<sup>28</sup> Gargarella, Roberto, “Interpretación y diálogo democrático”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, núm. 4, 2017, pp. 171 y 172.

<sup>29</sup> Kavanagh, Aileen, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 31.

<sup>30</sup> Linares, Sebastián, “La (i)legitimidad democrática de la justicia constitucional”, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 202 y 203.

La apuesta por el diálogo entre las diferentes instituciones, por su parte, permitiría aplacar la objeción democrática, al reivindicar el rol de las ramas democráticas en la interpretación de la Constitución.<sup>31</sup> En efecto, el diálogo constitucional se ha definido como una serie de interacciones, ya sea entre las ramas legislativas y judiciales y, a veces, ejecutivas —como veremos, la ciudadanía misma no está al margen en alguna variante— en torno al sentido y alcance de las disposiciones constitucionales.<sup>32</sup> Así, a la hora de determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, las cortes son interlocutores que toman parte en un proceso junto a varios otros actores políticos, entre los que destacan las legislaturas.<sup>33</sup>

Un buen ejemplo de este tipo de diálogos lo representa la rica jurisprudencia dialógica acuñada por la Corte Constitucional de Sudáfrica.<sup>34</sup> Allí, de alguna forma estimulada por disposiciones constitucionales que le permiten a la Corte Constitucional revisar la razonabilidad de las políticas de implementación en materia de derechos sociales (véanse los artículos 25, 25, 27 y 29 de esa Constitución), la Corte, en vez de definir por sí y ante sí los alcances; por ejemplo, del derecho a la vivienda, ha preferido invitar a las ramas estatales (nacionales y locales) a conversar en torno a ello.<sup>35</sup> En ocasiones, esa invitación al diálogo ha incluido a las propias personas cuyos derechos se han visto defraudados,<sup>36</sup> en línea con acercamientos deliberativos que ven en el constitucionalismo dialógico una forma de estímulo a conversaciones más sustantivas.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Lovera, Domingo y Vargas, Catalina, “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 48, núm.3, 2022, pp. 79-105.

<sup>32</sup> Sigalet, Geoffrey, *et al.*, *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 y 2.

<sup>33</sup> Kenney, Sally, *et al.* (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1999, p.4.

<sup>34</sup> Liebenberg, Sandra, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta & Co. Ltd., 2010.

<sup>35</sup> Sentencia, CCT 11/00, de 4 de octubre del 2000, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, disponible en: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>36</sup> Sentencia, CCT 24/07, de 19 de febrero de 2008, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, disponible en: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html> (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>37</sup> Gargarella, Roberto, “From «democracy and distrust» to a contextually situated dialogic theory: A Reply”, *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 18, núm. 4, 2021, pp. 1469 y 1472-1473.

Ahora bien, para evitar que este diálogo descansa solo en la buena voluntad de quienes, por una parte, se animan a convocarlo y quienes, de otra, se animan a sentarse a la mesa, la literatura ha propuesto institucionalizar, esto es, habilitar espacios procedimentales explícitos para que el diálogo tenga lugar.<sup>38</sup> Esta es, como dijimos, la ventaja de la justicia dialógica sobre otras alternativas que buscan conciliar la existencia de la justicia constitucional con la democracia. Y es una ventaja, además, a la luz de la misma indefinición que la metáfora del diálogo acarrea.<sup>39</sup> A fin de cuentas, los arreglos institucionales ofrecen una vía precisa de materializar esta conversación constitucional de la que venimos hablando.

La experiencia que mayor atención ha captado en el derecho comparado ha sido la de la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. De acuerdo a ella, la legislatura puede —respondiendo o no a una sentencia de la Corte Suprema— promulgar legislación sustrayéndola de la revisión constitucional respecto de determinados derechos y libertades fundamentales por un plazo no superior a cinco años. Por decirlo de alguna forma, la legislatura podría así “blindar” su ley por un plazo determinado frente al control de constitucionalidad respecto de derechos por ella señalados.

Antiguamente se sugería que este arreglo institucional permitiría el diálogo en la medida que, a través de él, el parlamento podría responder a la Corte Suprema en caso que ésta declarase la inconstitucionalidad de una ley.<sup>40</sup> Como es fácil advertir, de activarse la sección 33 la última palabra estaría puesta en manos del parlamento y no de la Corte Suprema. Por cierto, esto no quiere decir que su activación estuviera al margen de la crítica política, lo que implicaría, de hecho, una forma de diálogo más extendida al incorporar a la ciudadanía que podría observar críticamente una decisión tal de su parlamento.

Más recientemente, se ha señalado que el diálogo también puede producirse a partir de un acto del parlamento, esto es, en ausencia de una sentencia de inconstitucionalidad de la ley. Es decir, podría ser que el parlamento decidiera echar mano a la sección 33 para blindar alguna legislación frente a

<sup>38</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 125.

<sup>39</sup> Kavanagh, Aileen, “The Lure and the limits of dialogue”, *The University of Toronto Law Journal*, Canada, vol. 66, núm. 1, 2016, pp. 83-120.

<sup>40</sup> Hogg, Peter y Bushell, Allison, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, Canadá, vol. 35, núm. 1, 1997, pp. 75-124.

embates de constitucionalidad (por ejemplo, anotando la jurisprudencia previa), pero que ello no inhabilitaría a la Corte Suprema para examinar la constitucionalidad de la ley, aunque ésta, luego, no fuera una decisión que pudiera imponer al parlamento.<sup>41</sup> En cualquier caso, el diálogo —con similares ramificaciones políticas— se trazaría al existir al menos dos visiones en torno a la constitucionalidad de una ley: la del parlamento, por una parte, y la de la Corte Suprema, de otra. Algo similar a lo que ocurre con el modelo de revisión constitucional inglés.

Como puede anotarse, un modelo de justicia dialógica requiere aceptar la existencia de tribunales con atribuciones de control de constitucionalidad, pero que no tienen la última palabra —al menos no necesariamente—. Esto es algo que puede requerirse tanto por razones normativas, por ejemplo, para sortear la objeción democrática<sup>42</sup> o estimular la deliberación en torno a los asuntos constitucionales,<sup>43</sup> como por razones de práctica constitucional, toda vez que esa práctica sea una en la que no pueda identificarse una institución con la palabra final.<sup>44</sup>

En todo caso, desde el constitucionalismo democrático<sup>45</sup> podría agregarse, que, de haber una última palabra —la que irremediamente será sólo transitoria, como es propio de una democracia— esta debe estar radicada en el o los órganos de representación popular, aunque pueda ser estimulada por las opiniones de otros, en este caso, los tribunales con atribuciones de revisión constitucional. La justicia constitucional dialógica admite diferentes vías de decisión luego de producido el diálogo institucional en torno a la adecuada interpretación constitucional.

<sup>41</sup> Webber, Grégoire, “Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation”, *University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021, pp. 510-538.

<sup>42</sup> Dixon, Rosalind, “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 406-408.

<sup>43</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 124-126.

<sup>44</sup> Silva, Luis, “¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 38, 2012, pp. 573-616.

<sup>45</sup> Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

### III. La incipiente recepción chilena de la justicia constitucional dialógica

En el caso chileno, el estado de la discusión muestra que el tratamiento del denominado constitucionalismo dialógico, no obstante el lugar más central que ha venido ocupando la discusión en torno a la denominada objeción democrática,<sup>46</sup> ha sido más bien lateral y muy escaso. Pero existe.

En 2008, Jorge Contesse,<sup>47</sup> por ejemplo, criticaba la ausencia de un diálogo adecuado entre actores institucionales al momento de interpretar la Constitución. Sin mencionar explícitamente el constitucionalismo dialógico, el autor abogaba por convertir la interpretación constitucional en un esfuerzo común, incluyendo, incluso, grupos sociales.<sup>48</sup> A pesar de esta temprana crítica, no se aprecia en la literatura nacional una investigación acabada del concepto.<sup>49</sup> Incluso Solari señalaba, apenas en 2019, que era una doctrina (si se nos permite por ahora esta amplísima denominación) desconocida para la comunidad jurídica nacional.<sup>50</sup>

Sin ir más lejos, en la actualidad hay textos que abordan la cuestión relativa a la legitimidad del Tribunal Constitucional o que pasan revista a las experiencias latinoamericanas para hacer sugerencias a nuestra jurisdicción constitucional, sin mencionar la doctrina del constitucionalismo dialógico.<sup>51</sup> Esto es de especial relevancia, pues, los procesos constituyentes —sobre todo el segundo, desarrollado en 2023— incluyó arreglos institucionales dialógicos específicos.

A la fecha, tres autores han sugerido considerar versiones de constitucionalismo dialógico.

<sup>46</sup> Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

<sup>47</sup> Contesse, Jorge, “«Las Instituciones Funcionan»: La falta de diálogo constitucional en Chile”, *Revista Derecho y humanidades*, Chile, núm. 14, 2008, p. 52.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>49</sup> Verdugo, Sergio, “Los derechos sociales y el debate constituyente chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021, p. 550.

<sup>50</sup> Solari, Enzo, “Un constitucionalismo débil para Chile”, en Bassa, Jaime, *et al.* (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones, 2019, p. 355.

<sup>51</sup> Busch, Tania y Szmulewicz, Esteban, “Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 54, 2020, pp. 127-150. Góngora, Manuel, “Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina”, *Revista Estudios constitucionales*, Chile, vol. 20, núm. especial, 2022, pp. 319-349.

Enzo Solari, en 2015<sup>52</sup> y 2019,<sup>53</sup> aunque reclamando por la poca acogida que ha tenido su propuesta).<sup>54</sup> Sergio Verdugo, por su lado, en un trabajo de 2013, sugiere en sus conclusiones avanzar hacia mayor dialogo institucional en temas constitucionales,<sup>55</sup> debiendo hacerse presente, eso sí, que el mismo autor, en un trabajo más reciente, se refiere solamente a las maneras en que modelos de constitucionalismo dialógico podrían resolver problemas que él identifica como relativos a las garantías de los derechos sociales.<sup>56</sup> Finalmente, en 2017, Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenmann se pronunciaron a favor de decisiones no vinculantes para el Congreso, en el contexto de propuestas a sistema de justicia constitucional.<sup>57</sup>

Por último, debe mencionarse que no hay propuestas específicas en estos autores, y por consiguiente en la doctrina chilena, aunque sí hay una revisión de modelos comparados y teóricos.<sup>58</sup>

#### IV. Una cuestión de diseño

El ACCE, descansando en el diagnóstico recién reseñado, abordó el desafío de poder ofrecer avenidas institucionales a través de las que fuera posible entablar este diálogo sostenido en torno a las atribuciones de control de

<sup>52</sup> Solari, Enzo, “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015, pp. 201-241.

<sup>53</sup> Solari, Enzo, “Un constitucionalismo débil para Chile”, en Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos, y Viera, Christian (eds.) *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 351-374.

<sup>54</sup> Solari, Enzo, “Un constitucionalismo débil para Chile”, en Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos, y Viera, Christian (eds.) *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 355 y 356, 370.

<sup>55</sup> Verdugo, Sergio, “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 40, núm.1, 2013, p. 218.

<sup>56</sup> Verdugo, Sergio, “Los derechos sociales y el debate constituyente chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021, pp. 568.

<sup>57</sup> Atria, Fernando, Salgado, Constanza y Wilenmann, Javier, “*Democracia y neutralización*”. *Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017, pp. 196-198.

<sup>58</sup> Solari, Enzo, “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015, pp. 223 y ss. Solari, Enzo, “Un constitucionalismo débil para Chile”, en Bassa, Jaime, et al. (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 351-374. Verdugo, Sergio, “Los derechos sociales y el debate constituyente chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021 pp. 558 y ss.

constitucionalidad de la Corte Constitucional. Esto a propósito de dos atribuciones de control: el control preventivo y el de carácter represivo. La (4.1) primera parte de esta sección repasa en general esos mecanismos. La (4.2) segunda se centra en el sistema de control preventivo no vinculante que se contenía en el ACCE.

### 1. *Las propuestas*

En primer lugar, en el artículo 169, letras a) y b) (en adelante todas las referencias son al ACCE), respecto de los vicios de procedimientos y competencias durante tramitación legislativa. Allí, se disponía que, en caso de que la Corte acogiera el requerimiento, debía remitir los antecedentes a la Cámara respectiva a fin de que subsanara el vicio. De esta manera, no se despreciaba el trabajo legislativo y se le entregaba al Congreso, en diálogo con la Corte (en efecto, respondiendo a su sentencia), la palabra final.

En segundo lugar, en el artículo 169, letra c), contemplaba la posibilidad de un procedimiento facultativo y de carácter consultivo, con el que el presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o de una tercera parte de sus miembros, podía solicitar a la Corte un informe sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y de los tratados internacionales sometidos a su aprobación.

Allí también, una vez que la Corte evacuara su informe, debía remitirlo a la Cámara respectiva dentro del plazo de diez días. Será el Congreso, otra vez, el que recibiendo este informe —el que podría contener, como se ha conocido en la práctica inglesa, “advertencias”— el que decidiría qué aspectos de ese informe consideraría, cuáles no y por qué razones. Otra vez: mientras la palabra final está puesta en manos de los y las representantes del pueblo, esta palabra es contorneada por las razones que la Corte pueda ofrecer, sin imponer su posición —como hoy—, lo que debemos especialmente celebrar toda vez que las interpretaciones constitucionales, como dijimos al comienzo, son especialmente polémicas y no hay razones para que el desacuerdo en una sede merezca más valor que el que se verifica en otra.

En tercer lugar, tratándose de la acción de inconstitucionalidad (art. 169, letra e), cuyo resultado consistía en la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma declarada contraria a la Constitución, se incorporaba, otra

vez, el reenvío de la sentencia al Congreso. En efecto, si la Corte decidía la inconstitucionalidad de un precepto legal, la propuesta obligaba a remitir la sentencia al Congreso Nacional para que, en el plazo de 90 días, pudiera —si así lo estimaba pertinente, y sin que esto afecte la fuerza vinculante de la sentencia de la Corte—, volver a legislar para subsanar el vicio de inconstitucionalidad declarado, según se disponía en el artículo 160.5.

Este reenvío, otra vez, buscaba abrir el diálogo y reconocer el rol del Congreso (en tándem, desde luego, con la Administración) como la sede mejor situada para poder tener a la vista el entorno normativo general que, una declaración de inconstitucionalidad, puede lesionar; o, porque es la sede que mejor puede dar fuerza efectiva a la declaración de inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad —esto es algo que matizamos enseguida— de la tabla de factores contenida en el entonces artículo 38 ter de la denominada Ley de Isapres,<sup>59</sup> es un ejemplo palmario de los problemas que, con este reenvío, se querían remediar.

En 2010, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una serie de numerales del artículo 38 ter, de la Ley de Isapres, por considerar que la denominada tabla de factores allí contenida afectaba un cúmulo de derechos fundamentales. Lo que la tabla de factores permitía —cuestión reprochada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional—, era agravar el precio de las primas básicas del sistema privado de seguros de salud sobre la base de las variables (factor de riesgo) del sexo y género del afiliado, entre otros.<sup>60</sup> Ello, sostuvo el Tribunal, acarrea efectos discriminatorios.

Para efectos de lo que acá nos interesa destacar, la sentencia de inconstitucionalidad, al derogar o en cualquier caso expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal, deja un vacío que no resulta claro cuándo se va a subsanar. Esto es algo que el mismo Tribunal advirtió en su sentencia, a propósito de calibrar<sup>61</sup> la procedencia de la sentencia de inconstitucionalidad. En palabras del Tribunal,

<sup>59</sup> Sentencia, Rol 1710-10, de 6 de agosto de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true) (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>60</sup> Una explicación acabada de funcionamiento se encuentra en Cordero, Luis, “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Chile, 2011, pp. 151-159.

<sup>61</sup> Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones UDP, 2013, pp. 256-262.

Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que “es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo —expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular—, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”, agregándose en el mismo fallo que: “Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”.<sup>62</sup>

En la propuesta del ACCE, por lo tanto, se buscaba introducir un camino institucional para abordar —que fuera eventualmente a resolverse en otro asunto— los problemas de inseguridad jurídica que, en palabras del Tribunal, la inconstitucionalidad podía acarrear. Del mismo modo, el mecanismo buscaba devolver al Congreso Nacional la palabra final, entendiendo que era éste el mejor posicionado para poder tener una visión comprensiva de las regulaciones, de modo de no restar fuerza a la sentencia.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Sentencia, Rol 1710-10, de 6 de agosto de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 10, disponible en: [https://tramitacion.tccchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&id-Causa=1710&buscador=true](https://tramitacion.tccchile.cl/tc/do_search?proc=1&id-Causa=1710&buscador=true) (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>63</sup> No es el momento de profundizar en este trabajo sobre el punto, pero los alcances de la sentencia en comentario eran bastante más complejos (sobre eso: Montt, Santiago y Cárdenas, José Luis, “La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter, de La Ley de Isapres mitos y realidades de un Fallo Histórico”, *Anuario de Derecho Público* 2011, Santiago, Ediciones UDP, 2011, pp. 17-53.) y requerían un análisis pormenorizado de los mismos, cuestión que la sola sentencia no lograba ni despejar, ni menos gatillar.

## 2. Un sistema de alertas no vinculante

De estos tres diálogos institucionales, fue el segundo de ellos el que, en su momento, despertó algunas objeciones. Para efectos de graficarlos, descansamos en la columna del profesor Rodrigo Correa<sup>64</sup> al respecto. Dice el profesor Correa que esta atribución “es nefasta”.<sup>65</sup> Lo anterior por dos razones, principalmente.

Primero, una de convivencia política: “[s]i los órganos políticos decidieran aprobar y promulgar la ley por sobre el informe negativo de la corte”, escribe, “se generaría entre esta y aquellos una peligrosa tensión política”. Segundo, por una de consistencia y honor institucional: “la corte estaría prácticamente obligada a declarar más tarde inconstitucional la ley, pues decisiones inconsistentes socavarían severamente su legitimidad”.<sup>66</sup>

Para finalizar, queremos observar brevemente estas críticas.

Respecto a la convivencia política, puede partir anotándose que hoy dista de ser una apacible. A ratos, de hecho, ha existido abierta oposición, como cuando parlamentarios y parlamentarias han levantado críticas a las decisiones del TC. Es decir, la tensión política existe aun cuando la instancia jurisdiccional cuenta con herramientas para imponer su decisión —de hecho, podría decirse que, justamente, por eso mismo—.

En segundo lugar —y más importante, parece—, si volvemos a anotar que las inconstitucionalidades están lejos de ser prístinas, evidentes y no polémicas, las opiniones —no decisiones, se dirá luego— de la Corte, bien pueden servir para estimular la reflexión del Poder Legislativo a la hora de continuar la discusión del proyecto de ley. Este es, justamente, el objetivo que persigue la justicia dialógica. La crítica del profesor Correa asume que el único que corre riesgos de legitimidad con esta eventual (aunque hoy evidente) tensión política es la Corte. Pero en los diálogos constitucionales “el tango se baila de a dos”. Es decir, el modelo dialogal coloca, también, una carga argumentativa y política en la legislatura, no obstante le confiere la palabra final (al menos durante la etapa previa a la de la aprobación de la ley).<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Correa, Rodrigo, “Maniqueísmo y control de constitucionalidad”, *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> Desde luego, se trata de una carga que podría o no ser objeto de un arreglo institucional. Por ejemplo, tratándose de la acción de inaplicabilidad —y a propósito del debate en torno

Nótese lo que ocurre en el caso canadiense. Allí, como se dijo, el Parlamento puede sustraer una ley del examen de constitucionalidad de ciertos derechos, en los términos arriba identificados. Esto obliga al parlamento a (o, mejor dicho, lo pone en la posición de) asumir públicamente que una ley puede entrar en conflicto con ciertas disposiciones constitucionales y que, no obstante ello, la aprobará. Ello explica, como se ha dicho, el poco uso que se ha hecho de la s33. Sin embargo, para lo que nos interesa acá, es equivocado pensar que, aunque persistiera, no habría tensión alguna pues no se trabaría el conflicto con la Corte Suprema. En efecto, la s33 permite al parlamento implementar la legislación sin alojar la decisión final sobre su constitucionalidad en la Corte, sin perjuicio de que ella puede, de todas maneras, evaluar los alcances de constitucionalidad de la ley.<sup>68</sup>

Por cierto, todo esto depende de la práctica que este diálogo asuma. Es perfectamente posible que una mayoría parlamentaria jamás esté dispuesta a recoger las observaciones que le ofrezca la Corte Constitucional y prefiera, en cambio, acusar a la Corte de ser activista, contraria a los intereses del pueblo, a los derechos de las personas y con cualquiera otra fórmula que suponga endosarle la responsabilidad. Pero eso es algo que, como dije, ya acontece hoy en Chile y en la experiencia comparada (puede observarse, sino, con pésimos resultados, el caso mexicano).

Con respecto a la consistencia, ahora, podría ser suficiente respuesta —pero algo elusiva— el sostener que el TC, hoy, no es consistente ni siquiera internamente, esto es, entre sus propias decisiones. Ello se debe tanto a cuestiones de composición, en lo relativo a sus decisiones de inaplicabilidad, como a razones de quórum —sobre las que se volverá

---

a su eficacia en las gestiones pendientes—, se dispone que su sentencia “deberá ser expresamente considerada en los fundamentos de su decisión” (Art. 170.4). No es la opción del ACCE, pero podría serlo (por ejemplo, estableciendo el deber de abordar en una o más sesiones especiales el informe de constitucionalidad). Se decanta —como lo hace este trabajo o la experiencia canadiense—, más bien, por una evaluación política de la labor parlamentaria. Esto podría ser insuficiente, por cierto, pero es la misma posición en la que se encuentra la jurisdicción constitucional cuyas sentencias solo pueden ser sometidas a escrutinio político. Peor aún, pues, como suele señalarse, ese debate debiera ser irrelevante para la judicatura constitucional.

<sup>68</sup> Webber, Grégoire, “*Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation*”, *University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021, pp. 510-538.

luego—, en el caso de la evidente comunicabilidad entre las decisiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.<sup>69</sup>

En lo que respecta a las normas del ACCE, con todo, esto es algo que podría haberse resuelto de modo relativamente pacífico, si se anotaba la diferencia de quórum que se exigía para el control preventivo del tipo que se examina acá, por una parte, y la declaración de inconstitucionalidad, de otra. En efecto, una cosa es que la mayoría que podría haber sido de la opinión de objetar la constitucionalidad de un proyecto de ley, persistiera luego en su tesis al momento de ejercer sus atribuciones de control represivo. Otra distinta, es concluir que “la Corte estaría prácticamente obligada a declarar más tarde inconstitucional la ley”, como sostuvo el profesor Correa.<sup>70</sup> Para ello debería —lo que no es imposible, pero tampoco evidente— convencer a los y las demás integrantes de unirse a su doctrina inicial. Y ello porque, para acoger la inconstitucionalidad, la Corte debía reunir el voto conforme de “las tres cuartas partes” de sus integrantes. En otras palabras, quienes habrían estado prácticamente obligad[os] a declarar más tarde inconstitucional la ley, son los integrantes de la mayoría que así lo hubiese sostenido en el informe.

Todavía hay una advertencia final que debe considerarse y que puede calificar la crítica que hemos denominado de consistencia y honor institucional. Esta dice relación con el perfil que tendrían los informes preventivos de constitucionalidad. Volvemos, entonces, sobre lo dicho al inicio. Y es que, sin haber podido tener a la vista la práctica que, de haberse aprobado la propuesta, se podría haber configurado, la objeción del profesor Correa descansa en el supuesto de que la Corte actuaría siempre exteriorizando su opinión por medio de una sentencia. O en forma de sentencia.

En cambio, los informes —esto es lo que tuvimos a la vista varios al momento de esbozar estas propuestas— quizá podrían haberse abierto a ofrecer sus pareceres de constitucionalidad de una forma diversa. En efecto, y en una modificación que no era trivial, mientras las cuestiones que la Corte define en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales se le confieren para “resolver”, esta se le entregaba para “informar”. Se trata,

<sup>69</sup> Esto es algo que ha empujado a algunos a sostener que la decisión de inaplicabilidad no debiera ser un requisito para gatillar un examen abstracto de inconstitucionalidad.

<sup>70</sup> Correa, Rodrigo, “Maniqueísmo y control de constitucionalidad”, *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.

por así decirlo, de una atribución más cercana al consejo constitucional de carácter no contencioso que al de una actividad resolutive (para cuya fisonomía resulta clave el que se trate de una atribución en la que no se la llama a decidir). El mismo TC ha tenido oportunidad de aclarar el alcance de estas expresiones:

...en toda la extensión de su libelo, el requirente se refiere indistintamente a las expresiones “resolución e informe”, en circunstancias que estos actos no tienen la misma naturaleza y emanan del ejercicio de atribuciones diversas. En efecto, resolución significa “cosa que se decide” o “decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial” (*Diccionario de la Real Academia*, 22a. ed., 2001, t. II, p. 1957). Mientras que informe importa la “descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto” (*ibidem*, p. 1275).<sup>71</sup>

Una posibilidad, sería que, no obstante que se trata de actividades diferentes, la forma en que se manifestaran sea exactamente la misma. Esto es, en forma de una sentencia. Primero, aquello no es evidente. Segundo, convendría repasar el mismo ejemplo de informes a que echa mano el TC: los informes de los tribunales superiores de justicia, los que, “bajo ciertas circunstancias, deben emitir un informe ... sea para manifestar su opinión sobre una ley que otorga atribuciones a los tribunales...”.<sup>72</sup> Si se observan esos informes —y más allá de la conveniencia que la Corte intervenga de esa forma, cosa que el ACCE mantenía—, se podrá advertir que el “tono”, si se permite la expresión, de esos informes, no es el de una sentencia. Como ha señalado Soto, la historia del establecimiento de estos informes apuntaba a conocer la opinión de la Corte, más no entregarle la atribución de aprobar la propuesta legislativa. Ello importaría la invasión de atribuciones legislativas.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Sentencia, Rol 1448-09, de 7 de septiembre de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 22, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true) (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>72</sup> Sentencia, Rol 1448-09, de 7 de septiembre de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 22, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true) (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

<sup>73</sup> Soto, Sebastián, “Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en) (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

¿Qué perfil adoptan los informes, entonces? Lo de formular —recuérdese, no se trata del ejercicio de atribuciones jurisdiccionales— recomendaciones, dotadas de sustento técnico y, por ello, *auctoritas*.<sup>74</sup> Por cierto, también hay casos en los que la Corte no ofrece recomendaciones, e incluso casos en los que ofrece agudas críticas. Pero incluso en esos casos no “decide” como lo hace en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales. Tomando la referencia del mismo trabajo de Soto, donde ofrece su parecer de modo condicional (“puede”): “El único caso entre los analizados en este estudio es el informe que emite en el proyecto de ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia. En esa ocasión informó en forma negativa porque «la utilización de las denominadas técnicas intrusivas y métodos encubiertos, puede afectar garantías consagradas en la Constitución»”.<sup>75</sup>

## V. Conclusiones

Chile atravesó dos procesos constituyentes consecutivos. Por buenas y malas razones, la justicia constitucional fue una de las protagonistas de las reflexiones constituyentes. En este trabajo hemos abordado algunas de las propuestas que se formularon en el marco del trabajo de la denominada Comisión Experta (algunas, pues hemos dejado de lado otras como el sistema de nombramientos de los y las integrantes de la justicia constitucional).

Las que hemos abordado, son las propuestas que el ACCE propuso en materia de lo que se ha denominado justicia constitucional dialógica. Como hemos dicho, se trata de un modelo de justicia constitucional que asume como presupuesto la complejidad (principalmente por razones de legitimidad democrática) de la lectura e interpretación de la Constitución, así como —producto de esa misma complejidad— la necesidad de evitar

<sup>74</sup> Soto, Sebastián, “Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tng=en) (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

<sup>75</sup> Soto, Sebastián, “Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tng=en) (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

modelos simplistas, al tiempo que poco realistas, que atribuyan una última palabra a un órgano en particular.<sup>76</sup> En especial cuando esa última palabra se atribuye a (y a veces se la autoatribuye) un tribunal —cualquiera que sea la denominación que reciba—.

La justicia dialógica, como hemos enfatizado, asume que la interpretación constitucional es una labor que se encara de forma interinstitucional, esto es, en unas conversaciones permanentes por las diferentes ramas del poder, y además —en ocasiones— por la ciudadanía misma. Esas conversaciones, desde luego, tienen momentos de calma como algunos de tensión.

Como hemos intentado mostrar acá, el ACCE, asumió el desafío de estimular esas conversaciones a través de arreglos institucionales específicos. Se propuso, de esta forma, armar un modelo de caminos institucionales para canalizar esa conversación, antes que dejar entregado ese posible diálogo a la buena voluntad de las diferentes ramas que intervienen en la lectura e interpretación constitucional.

## VI. Referencias

- Anteproyecto de Constitución Política de la República, Comisión Externa, Proceso Constitucional, 2023, disponible en: <https://www.proceso-constitucional.cl/anteproyecto-de-nueva-constitucion/> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- ATRIA, Fernando, “¿Qué desacuerdos valen? la respuesta legalista”, *Revista Ius Et Praxis*, Chile, vol. 8, núm. 1, 2002.
- ATRIA, Fernando *et al.*, “*Democracia y neutralización*”, *Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017.
- BASSA, Jaime *et al.*, “*Un Tribunal imprudente: Sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional por el retiro anticipado de pensiones*”, en PONCE DE LEÓN, Viviana y SOTO, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente: ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021.
- BAYÓN, Juan Carlos, “*Derechos, democracia y Constitución*”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

<sup>76</sup> Fisher, Louis, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p.5.

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BUSCH, Tania y SZMULEWICZ, Esteban, “Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 54, 2020.
- CONTESE, Jorge, “«Las Instituciones Funcionan»: La falta de diálogo constitucional en Chile”, *Revista Derecho y humanidades*, Chile, núm. 14, 2008.
- CORDERO, Luis, “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Chile, 2011.
- CORREA, Rodrigo, “Maniqueísmo y control de constitucionalidad”, *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.
- DIXON, Rosalind, “*Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited*”, *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 5, núm. 3, 2007.
- DIXON, Rosalind y HOLDEN, Richard, “*Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem*”, en GINSBURG, Tom (ed.), *Comparative Constitutional Design*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1996.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- FISHER, Louis, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “Interpretación y diálogo democrático”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, núm. 4, 2017.
- GARGARELLA, Roberto, “From «democracy and distrust» to a contextually situated dialogic theory: A Reply”, *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 18, núm. 4, 2021.

- GÓMEZ, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones UDP, 2013.
- GÓNGORA, Manuel, “Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina”, *Revista Estudios constitucionales*, Chile, vol. 20, núm. especial, 2022.
- HABERMAS, Jürgen, “Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions”, *Ratio Juris*, Reino Unido, vol. 7, núm. 1, 1994.
- HOGG, Peter y BUSHELL, Allison, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, Canada, vol. 35, núm. 1, 1997.
- JIMÉNEZ, Guillermo; MARSHALL, Pablo y MUÑOZ, Fernando, “La debilidad de las súper-mayorías”, *Revista De Derecho (Pontificia Universidad Católica De Valparaíso)*, vol. 41, núm. 3, 2013.
- KAVANAGH, Aileen, “The Lure and the limits of dialogue”, *The University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 66, núm. 1, 2016.
- KAVANAGH, Aileen, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.
- KENNEY, Sally *et al.* (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1999.
- LIEBENBERG, Sandra, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta & Co. Ltd., 2010.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática de la justicia constitucional*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.
- LOVERA, Domingo, “Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”, en FUENTES, Claudio (ed.), *En Nombre del Pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, 2010.
- LOVERA, Domingo y VARGAS, Catalina, “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 48, núm. 3, 2022.
- LOVERA, Domingo y CONTRERAS, Pablo, “El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales:

- una doctrina inconveniente”, *Revista Justicia & Derecho*, Chile, vol. 6, núm. 2, 2023.
- LOVERA, Domingo, “Normas de Constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 82, 2023.
- MONTT, Santiago y CÁRDENAS, José Luis, “La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de La Ley de Isapres mitos y realidades de un Fallo Histórico”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Santiago, Ediciones UDP, 2011.
- MOUFFE, Chantal, “*The Democratic Paradox*”, Londres y Brooklyn, Verso, 2005.
- PARDO-ÁLVAREZ, Diego, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020)”, *Revista de derecho*, Chile, Coquimbo, en línea, vol. 30, 2023a, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532023000100303](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532023000100303).
- PARDO-ÁLVAREZ, Diego, “Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 36, núm. 1, 2023b.
- PONCE DE LEÓN, Viviana y SOTO, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2021.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Estados Unidos, vol. 42, 2007.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The Limits of Amendment Power*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- SIGALET, Geoffrey et al., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 2019.
- SILVA, Luis, “¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 38, 2012.

- Sentencia, CCT 11/00, Corte Constitucional de Sudáfrica, de 4 de octubre del 2000, disponible en: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>.
- Sentencia, CCT 24/07, Corte Constitucional de Sudáfrica, de 19 de febrero de 2008, disponible en: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html>.
- Sentencia, Rol 9797-20, Tribunal Constitucional de Chile, de 30 de diciembre de 2020, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true).
- Sentencia, Rol 11.230-21, Tribunal Constitucional de Chile, de 17 de marzo de 2022, disponible en: <https://tramitacion.tcchile.cl/tc/download/182612?inlineifpossible=true>.
- Sentencia, Rol 1710-10, Tribunal Constitucional de Chile, de 6 de agosto de 2010, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true).
- Sentencia, Rol 1448-09, Tribunal Constitucional de Chile, de 7 de septiembre de 2010, disponible en: [https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do\\_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true](https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true).
- SOLARI, Enzo, “Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015.
- SOLARI, Enzo, “*Un constitucionalismo débil para Chile*”, en BASSA, Jaime *et al.* (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*. Santiago, LOM Ediciones. 2019.
- SOTO, Sebastián, “Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura”, *Revista Ius et Praxis, Chile*, vol. 13, núm. 1, 2007, disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en).
- SUNSTEIN, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- TUSHNET, Mark, “Dialogic judicial review”, *Arkansas Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, 2009.

- VERDUGO, Sergio, “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 40, núm. 1, 2013.
- VERDUGO, Sergio, “Los derechos sociales y el debate constituyente chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WEBBER, Grégoire, “Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation”, *University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021.
- ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.