

**REVISIÓN JUDICIAL:  
EL SÍNDROME DE LA VÍCTIMA INSATISFECHA\***

**Fernando Atria**

Este artículo pretende cuestionar el actual consenso jurídico y político sobre la conveniencia de un sistema de revisión judicial de constitucionalidad. Para ello dos tesis generales son defendidas: primero, que ni la teoría de la democracia, ni la teoría del derecho, ni la del Estado de Derecho, ni la de los derechos humanos *exigen* control judicial de constitucionalidad. Esta cuestión no es resuelta, en otras palabras, por consideraciones conceptuales sobre el “verdadero” significado de la idea de democracia, de derecho, etc. sino por la experiencia y tradición jurídica y política de cada país. La segunda tesis es que en el caso chileno esa experiencia y tradición justifican un marcado escepticismo acerca de la conveniencia de un sistema de revisión judicial de constitucionalidad. Finalmente, se discute el precio que la política democrática debe pagar por la cada vez más extendida “constitucionalización” del derecho y la política.

---

FERNANDO ATRIA. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Ph. D., University of Edinburgh. Profesor Asistente, Universidad de Talca.

\* Ha sido un agrado, y de gran utilidad, someter un borrador previo de este artículo a la crítica aguda de Carlos Peña, Patricio Zapata, Rodrigo Correa, Carlos Carmona, Christian Suárez, Lucas Sierra y Ximena Fuentes. Estoy especialmente en deuda con Carlos Carmona, gracias a quien pude obtener las referencias a las decisiones de Tribunal Constitucional mencionadas en el texto. Ninguno de ellos tiene, desde luego, responsabilidad alguna por los errores que han quedado.

**E**n su conferencia “Revisión judicial: La perspectiva de un juez”, el juez Stephen Breyer, de la Corte Suprema norteamericana, intenta restringir a su justa medida las críticas que él llama “clásicas” a la revisión judicial de constitucionalidad [judicial review]. Ésta es una cuestión extraordinariamente importante en un Estado de Derecho como el chileno, que presenta ciertas características paradójicas a las que pretendo referirme más adelante. Pese a la importancia política e institucional del tema, la existencia de un “sistema” (si puede llamársele así: véase Suárez, 1998: 248s) de control de constitucionalidad como el chileno no ha generado entre nuestros profesores y académicos ningún debate serio sobre su justificación. En términos políticos, la discusión acerca del control de constitucionalidad está cerrada: parece haber un consenso sobre la necesidad y conveniencia de su existencia. No se escuchan voces significativas en su contra más allá de críticas a algunas de sus características institucionales. El objetivo de este artículo no es modificar ese consenso (que como hecho bruto parece haber llegado a nosotros para quedarse), sino sólo indicar lo irracional e irrazonable que es. Me interesa destacar el hecho de que este debate sobre la conveniencia del control judicial de constitucionalidad en Chile es prácticamente inexistente. En muchos de los países en los cuales hay formas de control jurisdiccional de constitucionalidad, éstas son un tema principal de debate público y académico: cualquiera que conozca mínimamente la discusión constitucional y de teoría del derecho norteamericana lo sabrá (para posiciones escépticas frente al control judicial de constitucionalidad desde ambos costados del espectro político norteamericano, véase Wolfe, 1986; Tushnet, 1999); en los Países Bajos los tribunales no tienen jurisdicción constitucional; en el Reino Unido, los tribunales no pueden invalidar ninguna legislación por su incompatibilidad con los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Incluso cuando la incorporación de dicha convención al derecho británico sea completa, y cuando los tribunales británicos tengan poder para interpretar y aplicar directamente dicha convención (lo que aparentemente ocurrirá en 2001), una declaración de incompatibilidad de una ley con la convención no producirá la invalidez de aquella o su inaplicabilidad en el caso (sobre la *Human Rights Act* británica volveré más adelante). El artículo 45 de la Constitución irlandesa especifica los “principios rectores de la política social” (Directive Principles of Social Policy), no sin antes señalar que “la aplicación de estos principios en la elaboración de las leyes estará exclusivamente al cuidado del *Oireachtas* [Parlamento], y no será revisable por ningún tribunal”. En Bélgica el Tribunal de Arbitraje fue creado recién en

1980 con jurisdicción relacionada únicamente con cuestiones de competencia. Sólo en 1989 se le concedió competencia para conocer de violaciones a derechos fundamentales<sup>1</sup>. En Chile no se ha dado ese debate, y en este artículo me gustaría explicar las razones por las cuales es lamentable que así sea. Como una manera (o una excusa) de entrar en materia aprovecharé la publicación, por *Estudios Públicos*, de una interesante conferencia dictada en Oxford por Stephen Breyer, miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre estos temas (Breyer, 1999).

En la primera sección me refiero a los argumentos en virtud de los cuales Breyer sostiene que, a pesar de que efectivamente la revisión judicial de constitucionalidad en un sistema democrático constituye una “anomalía”, ella no es demasiado grave por cuanto las decisiones judiciales en esos casos no son ni “subjetivas” ni “ideológicas” ni “políticas”. El argumento de Breyer es, sin embargo, poco convincente, como intento mostrarlo en esa sección. En la segunda, sostengo que la justificación de la revisión judicial no se encuentra ni en la teoría democrática (*i.e.* no se encuentra en el *concepto* de democracia) ni en consideraciones que allí serán denominadas de “lógica” jurídica (*e.g.* del tipo de las usadas por la Corte Suprema Norteamericana en *Marbury v. Madison*) o teoría del derecho, sino en la *experiencia*, es decir, en las tradiciones particulares de cada país. Si mi argumento es correcto, la justificación de las distintas formas y procedimientos de control jurisdiccional existentes en Chile debe darse a la luz de la experiencia chilena y (en lo pertinente) comparada al respecto. Un inicio de ese examen, en lo referido a la experiencia chilena, es lo que se ofrece en la tercera sección. En la última me refiero al precio que la política democrática debe pagar en virtud de la cada vez más extendida “constitucionalización” del derecho y la política.

En pocas palabras, intentaré defender en este artículo dos tesis relacionadas pero independientes entre sí (es decir, la verdad o falsedad de cada cual es independiente de la verdad o falsedad de la otra). La primera es que la cuestión de la conveniencia, necesidad y justificación de la revisión judicial de constitucionalidad es un asunto puramente político, *i.e.* uno que no es solucionado por la teoría o el concepto de “verdadera” democra-

---

<sup>1</sup> La Convención europea ha sido incorporada al derecho doméstico británico a través de la Human Rights Act (1998). No todas las secciones de dicha ley han entrado en vigencia (sobre esto véase *infra*, 31n42). Los jueces británicos son tradicionalmente considerados conservadores (véase Griffith, 1991; sobre el debate en Gran Bretaña, véase Dworkin, 1978, y Finnis, 1985). El caso de los Países Bajos tiene una peculiaridad, por cuanto los tribunales sí pueden revisar la legislación desde el punto de vista de su conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Estado, aun cuando no con la Constitución (sobre los tribunales constitucionales europeos, véase Favoreu, 1992).

cia, o el “verdadero” concepto de derecho o de estado de derecho, o de supremacía constitucional, etc. La segunda es que en estos términos la revisión jurisdiccional de constitucionalidad no es conveniente ni se justifica en el caso chileno.

La primera tesis podría ser resumida simplemente citando al propio Breyer:

no es suficiente para los abogados que tratan de crear mejores soluciones institucionales a problemas sociales importantes razonar deductivamente desde primeros principios de equidad procedimental o teoría democrática. En realidad, ellos pueden usar esos principios como restricciones adecuadas, dentro de las cuales pueden trabajar hacia el ideal platónico de cada institución —la unión de sabiduría y poder político— de modo de resolver mejor los problemas humanos de nuestro tiempo (Breyer, 1993: ix-x)<sup>2</sup>.

Conviene decir, antes de comenzar, una palabra o dos sobre el valor de la democracia. El argumento que sostendré se basa en que la democracia tiene *algún* valor. Sería un error, sin embargo, sostener que ese valor reside en la capacidad de la regla de mayoría de cambiar el *status* normativo de una cuestión *x*. Las malas decisiones no dejan de ser malas por ser mayoritarias. Nadie puede garantizar que las decisiones democráticas serán siempre correctas, y ciertamente no es mi intención alegar que lo son por definición (*i.e.* que el hecho de que la mayoría decida *x* hace que *x* sea correcto). Nadie puede garantizar que esas decisiones serán tales que yo siempre esté de acuerdo con ellas, dado que las personas están en desacuerdo acerca de cómo aplicar a casos concretos principios abstractos como los contenidos en las garantías constitucionales. Pero el solo hecho de que la gente esté en desacuerdo conmigo y que yo a veces esté en minoría y pierda (y que, en consecuencia, la mayoría tome una decisión que yo juzgo incorrecta) no es problemático. Si la democracia produjera resultados horribles de modo sistemático, ello desde luego constituiría una razón para repensar el valor de esa forma de gobierno<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Creo que la crítica que sigue de la conferencia de Breyer se basa en consideraciones que él aceptaría (véase *infra*, nota 6). El tema fue discutido en una entrevista al juez Breyer en el Centro de Estudios Públicos, de próxima aparición en esta revista.

<sup>3</sup> Resultados, desde luego, que podrían ser evitados por otra forma de gobierno que a su vez no implique riesgos más graves de decisiones horribles. Ésta es una condición obvia, y apunta al hecho de que el umbral de “inaceptabilidad”, por así decirlo, de los sistemas políticos (no sólo de los sistemas políticos) es relativo a los sistemas alternativos. Cuando la discusión se refiere al problema de la revisión judicial, esta condición es rápidamente ignorada, y del solo hecho de que las mayorías *pueden* violar derechos, muchos asumen que los tribunales *deben* tener poder sobre las mayorías. La falacia, desde luego, radica en que no se ofrecen argumentos para sostener que los tribunales no pueden violar los derechos. Este problema se discute en la tercera parte de este artículo.

Es importante tener siempre presente que la discusión sobre el valor y especialmente los límites de la democracia corre por dos vías: una es la pregunta por la *moral*, por los límites de las decisiones colectivas. Aquí la pregunta central es si hay o no decisiones que a pesar de ser mayoritarias pueden ser inmorales. Esta pregunta debe responderse afirmativamente. Pero una cuestión distinta, y a la cual la anterior no da respuesta, es si hay alguna forma institucional que garantice que las decisiones mayoritarias nunca serán inmorales. Ésta es una pregunta política, y su respuesta es... depende. La afirmación de Benjamin Constant de que “hay mazas demasiado grandes para las manos del hombre” (Constant, 1968: 4), puede ser objeto de cualquiera de las dos lecturas indicadas más arriba: puede querer decir que hay decisiones que son perversas a pesar de su origen democrático, pero que no puede garantizarse que no serán adoptadas, o que hay cosas que la mayoría tiene prohibido hacer, y esto llama por un guardián (y entonces la pregunta será si el guardián no manejará un arma demasiado grande para sus manos, etc.).

*Una aclaración.* Excepto cuando la diferencia es importante, no distingo en este artículo entre la revisión por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema. En ambos casos hablo de “revisión judicial de constitucionalidad”, aun cuando el Tribunal Constitucional no es parte del Poder Judicial en sentido estricto. La razón de esto es que las objeciones a la revisión judicial (lo que Breyer llama la “anomalía democrática”) alcanzan a cualquier órgano sin representatividad popular que tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución.

### **Teoría democrática y decisiones “subjetivas”**

El problema planteado por este debate es uno de adecuación democrática: ¿es saludable, desde el punto de vista de la organización institucional democrática, que un grupo de personas no elegidas y habitualmente no responsables excepto por actuaciones extremadamente graves (en Chile, por “notable abandono de deberes”) tenga autoridad para decidir sobre la corrección de importantes medidas de política? Este problema es tradicionalmente planteado como uno de teoría democrática: tanto críticos como partidarios del control judicial alegan que éste es incompatible con, o exigido por, una *verdadera* democracia (véase, entre otros, el intercambio entre Freeman, 1990, y Waldron, 1994). Los críticos sostienen que una democracia es un sistema en el cual las decisiones políticas más relevantes están entregadas al pueblo; los partidarios alegan que ello es insuficiente para

caracterizar el sistema democrático, que la protección de las minorías es parte de ese concepto, y que sobre la base de la protección de las minorías se abre un espacio para procedimientos de toma de decisiones no mayoritarias.

Aunque ciertamente éste es un debate que merece continuarse (y sobre el cual algo se dirá en lo que sigue), una interesante característica del argumento de Breyer es que no entra en esa área. Él se limita a “estrechar” de diversos modos lo que denomina la “anomalía democrática”, sin hacerla desaparecer en definitiva. Después de haber repasado algunos intentos por explicar esta anomalía, que Breyer (correctamente, a mi juicio) estima poco plausibles, el autor dedica el resto de su conferencia a la consideración de las otras críticas que la revisión judicial ha recibido, que, en su caracterización, alegan que las decisiones judiciales son “subjetivas” y “administrativamente inviables”.

En suma: una vez reducido y acotado el ámbito de la “anomalía democrática”, Breyer cree que lo único que se necesita para hacerla aceptable es mostrar que las decisiones judiciales no son subjetivas y que son administrativamente viables (no me referiré en lo sucesivo a esto último). Él efectivamente concede que la anomalía democrática puede ser estrechada pero no eliminada (Breyer, 1999: 55), pero luego, al referirse a los casos que son efectivamente cubiertos por dicha anomalía, él se niega a aceptar, como lo veremos, que la anomalía sea algo preocupante. Hacia el final de su conferencia Breyer afirma que las críticas al sistema norteamericano de revisión judicial que se basan en la anomalía democrática “tienen cierta validez —hasta cierto punto” (Breyer, 1999: 65). Pero Breyer no se detiene en las consecuencias de aceptar la validez (al menos parcial) de esas críticas. ¿Qué quiere decir que las decisiones judiciales sean “subjetivas”?

Pese a que Breyer no se detiene en eso, sobre la base de los argumentos que él utiliza para negar un rol crucial a la “subjetividad” de los jueces en la toma de decisiones judiciales, es posible concluir que él se refiere fundamentalmente a decisiones fundadas en preferencias *explícitamente personales*, es decir preferencias en favor de las cuales el agente sólo puede indicar su predilección (en estos términos las preferencias *explícitamente personales* son fáciles de reconocer porque la respuesta del agente a la pregunta “¿por qué  $x$ ?” es “porque  $x$  me gusta”). Breyer cree, por ejemplo, que dado que las decisiones judiciales están constreñidas por el lenguaje usado por la Constitución, por la práctica precedente, por decisiones previas y por las “huellas” dejadas por las decisiones previas de los mismos jueces (*i.e.* por los requerimientos de consistencia personal a través del tiempo) resulta “difícil caracterizar la conclusión resultante como particularmente ‘política’ o ‘ideológica’ o, incluso, altamente ‘subjetiva’, en el

sentido en que estos términos son normalmente usados” (Breyer, 1999: 62). En estos términos, pareciera que una decisión como “elegí helado de menta porque ése es el que me gusta” es el paradigma de decisión “subjetiva” que Breyer tiene en mente. Breyer alega correctamente que las razones en las que los jueces fundamentan sus decisiones no son de este tipo, y concluye que por eso no son “subjetivas”.

Este argumento fracasa, sin embargo, porque no distingue lo *personal* de lo *ideológico*:

Dentro de la cultura jurídica, desde fines del siglo XIX se ha debatido el problema de la objetividad de los procedimientos usados por los jueces al elegir reglas legales. *Para los abogados*, creo, la cuestión principal en juego en estas discusiones ha sido si los jueces son, o han de ser o deben ser, actores ideológicos. Decir que el derecho judicial produce reglas que son objetivamente correctas es simplemente decir que produce reglas cuya elección no puede ser atribuida a las simpatías ideológicas de los jueces [...].

Un gracioso espectáculo lateral a este debate ha sido montado por filósofos (de variadas persuasiones e ideologías) que han estado interesados en el problema de la objetividad “en general” y que han tratado la cuestión en el derecho como si fuera análoga al problema en otras áreas. Ellos a menudo han sido incapaces de entender lo que está en juego para los abogados, y han sostenido que el derecho es objetivo de acuerdo a una concepción de la objetividad que no responde al problema de la preclusión de determinaciones ideológicas, creyendo así haber clarificado la cuestión para nosotros, analfabetos filosóficos. Como ellos no entienden el problema, esas intervenciones no son habitualmente incorporadas al debate de los abogados (Kennedy, 1997: 24).

Es posible cometer el error apuntado por Kennedy en cualquiera de dos sentidos: Jules Coleman y Brian Leiter, por ejemplo, han ofrecido una concepción de la “objetividad” de los juicios morales y jurídicos (llamada por ellos “modest objectivity”) que es suficientemente modesta como para no necesitar descansar en una metafísica realista, pero que es suficientemente objetiva como para afirmar que una interpretación determinada es “objetivamente” correcta. Lo que hace a una interpretación (modestamente) objetiva, según Coleman y Leiter, es que ella “aparezca como correcta bajo ‘condiciones epistemológicas ideales’” (Coleman y Leiter, 1996: 263). El problema *filosófico* de Coleman y Leiter era compatibilizar estas dos pretensiones. Una concepción de la objetividad basada en lo que ellos denominan “realismo metafísico” afirma simplemente que hay *hechos brutos* en el mundo que constituyen condiciones de verdad para los enunciados jurídicos (incluidos los enunciados interpretativos). Parece que el realismo metafísi-

co no tiene problemas para fundar la objetividad de los juicios jurídicos en un sentido suficientemente *fuerte* como para satisfacer las necesidades del abogado de Kennedy (aunque véase Waldron, 1992; Atria, 1997a), pero es filosóficamente insostenible<sup>4</sup>. El problema para Coleman y Leiter es el problema filosófico general de cómo explicar la objetividad de ciertos enunciados sin necesidad de descansar en el realismo metafísico<sup>5</sup>.

Como respuesta a *ese* problema, la idea de una “objetividad modesta” puede ser suficiente. Pero precisamente porque ya no hay *hechos brutos* que hacen verdadero o falso lo que un juez decida, esa concepción de la objetividad no responde el problema del abogado de Kennedy (la preclusión de las ideologías), por cuanto cuáles son las condiciones epistemológicas ideales bajo las cuales un problema moral o jurídico complicado deba ser analizado es parte del problema, y las ideologías de quienes decidan afectarán su juicio sobre el cumplimiento de esas condiciones. Es posible que todos estemos de acuerdo en que, en derecho al menos, esas condiciones exigen, *e.g.* imparcialidad del tribunal. ¿Exigen, sin embargo, imparcialidad entre diferentes concepciones del bien (como sostendría un juez liberal) o compromiso con una concepción *correcta* del bien (como sostendría un juez tomista)? Anticipando el ejemplo de Breyer que será discutido luego, ¿exigen esas condiciones (en relación con la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos) entender que la Constitución “establece una forma de gobierno estable en el tiempo”, o que ésta “insiste en la influencia, la autoridad y el poder continuados de los estados”?

Inversamente, algunos autores han sostenido que las decisiones judiciales no son objetivas, pero que eso no debe preocuparnos porque los jueces están siempre restringidos por ciertas convenciones que surgen de la práctica interpretativa. Criticando la tesis dworkiniana de la novela legal en cadena, que a su juicio es un intento por constreñir la interpretación judicial, Fish sostiene que el error de Dworkin es creer que “la interpretación es en sí misma una actividad que necesita restricciones, pero lo que he intenta-

<sup>4</sup> Al menos en relación con las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos: ¿cuáles son los *hechos brutos* que hacen que una interpretación jurídica sea, en casos constitucionales difíciles, verdadera?

<sup>5</sup> En la nota anterior la implausibilidad del realismo metafísico fue restringida a los enunciados jurídicos. Es probable que pueda ser también extendida a los enunciados morales. El problema de la objetividad en estas áreas es, entonces, mostrar cómo es posible evitar que el rechazo al realismo metafísico conduzca al relativismo radical. La objetividad “modesta” de Coleman y Leiter debe leerse en esta clave. Lo mismo puede decirse de la posición de Ronald Dworkin (1996). ¿Es el realismo metafísico implausible en relación a las ciencias duras como la física y la química? La cuestión es controvertida, y desde luego impertinente tratarla aquí. *Cf.* en este sentido, Richard Rorty (1979: 343ss), quien responde esta pregunta afirmativamente, con Bernard Williams (1985: 111-12, 132-155), quien se inclina por la negativa.



do mostrar es que la interpretación es una *estructura* de restricciones, una estructura que, dado que está siempre ya presente [always and already in place] hace inexistente la figura del lector que interpreta libre e independientemente” (Fish, 1982: 98; sobre la novela legal en cadena, véase Dwor-kin, 1986: 228-238; véase también Ruiz-Tagle, 1988).

La tesis de Fish incurre en el mismo error que la de Coleman y Leiter, aun cuando desde la perspectiva opuesta: el problema del abogado de Kennedy no es determinar si la interpretación del juez es “radicalmente” libre e independiente, sino establecer el punto hasta el cual las ideologías y convicciones del juez determinan sus respuestas. “Pero la modalidad de ‘siempre ya restringido’ que [Fish] sostiene, es manifiestamente una restricción que no puede excluir la ideología” (Kennedy, 1997: 24).

De vuelta a Breyer, ahora. Él no es un filósofo al estilo de Williams, Rorty o Coleman. De hecho, su conferencia se anuncia como “la perspectiva de un juez”. Su argumento, sin embargo, se basa en sostener que, dado que las decisiones de los jueces en casos constitucionales difíciles no se basan solamente en sus preferencias personales actuales, ellas no son “subjetivas” o “ideológicas”. Pero el argumento de Breyer es verdadero aunque trivial, o no trivial aunque falso. Esto puede apreciarse a través de uno de los ejemplos discutidos (Breyer, 1999: 60-62). El caso, *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 115 S. Ct. 1842, 1871 (1995), giraba en torno a la interpretación del artículo I.2.2 de la Constitución norteamericana:

Nadie podrá ser representante si no es mayor de 25 años, si no ha sido ciudadano de los Estados Unidos por siete años, y si no residirá, una vez elegido, en el estado por el cual es elegido.

El problema, como explica Breyer, es que el estado de Arizona legisló restringiendo el número de períodos por los cuales un representante podía ser reelegido. Se planteó la cuestión de si la modificación de los requisitos para ser elegido (o reelegido) era una cuestión dentro de la competencia de los estados o si ella requería una reforma constitucional.

Breyer muestra de un modo fascinante cómo los argumentos basados en el lenguaje de la Constitución, en la práctica precedente y en las decisiones anteriores de la Corte estaban finamente balanceados. El autor, sin embargo, se resiste a reconocer incluso en un caso como éste un rol importante a la “subjetividad” de los jueces. Según Breyer, la decisión está vinculada a la manera en que un juez entiende la Constitución:

Mientras mayor sea la medida en que uno entiende que la Constitución establece una forma de gobierno estable en el tiempo, mayor será la medida en que permitir a los estados fijar los límites a la

reelección aparecerá como un cambio mayor [...] en el funcionamiento de ese gobierno, y mayor será la medida en que uno probablemente estará inclinado a creer que la intención de la Constitución es que un cambio estructural de esa magnitud deba basarse sólo en el amplio consenso que sostiene una enmienda constitucional. Mientras mayor sea la medida en que uno entienda que la división de poderes contenida en la Constitución insiste en la influencia, la autoridad y el poder continuados de los estados, mayor será la medida en que uno tienda a creer que la Constitución, sin enmienda, permite a un estado imponer requisitos adicionales (Breyer, 1999: 61-62).

La elección de uno de estos modos de entender la Constitución, según Breyer, no es una elección “subjetiva”. Es, quizás, “modestamente objetiva” en el sentido de Coleman y Leiter. Pero es aquí donde la observación de Kennedy es pertinente. Es posible que la decisión fluya de criterios que no sólo dependen de las creencias ideológicas actuales del juez, pero eso no implica que la decisión no es determinada (al menos parcialmente) por su ideología. Cómo debe entenderse la Constitución norteamericana, por ejemplo, es una decisión ideológica en este sentido, *i.e.* en el sentido de que la elección entre las alternativas mencionadas por Breyer (y otras concebibles) se fundamenta en razones políticas o ideológicas (¿cómo podría no serlo?). La confusión de Breyer radica en el hecho de que él no distingue lo “subjetivo-como-personal” y lo “subjetivo-como-ideológico”; asume que si una decisión no es subjetiva-como-personal es por ello mismo no-ideológica. Él tiene razón, de hecho, cuando indica que la decisión no es subjetiva-como-personal. Ella se funda en razones universalizables que no son explícitamente personales, es decir, son razones a favor de las cuales el agente no cita (o al menos no *sólo*, o no *típicamente*) su predilección. Pero no es posible negar que es una decisión ideológica o política, en el sentido de que esas razones universalizables que el agente invocará como fundamento son razones políticas o ideológicas. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la decisión de si debe utilizarse el sistema impositivo como mecanismo para redistribuir el ingreso (por mencionar un cuestión que será reconocida por todos como paradigmáticamente ideológica o política): la opinión de un agente sobre ese asunto, al menos en los casos típicos, no es *personal*, por cuanto se invocan razones universalizables de justicia o conveniencia política como fundamento justificatorio de ella; pero es *ideológica*, y no podría no serlo (incluso la tesis de que la decisión no es ideológica es ella misma ideológica), en cuanto esas razones universalizables son ideológicas.

El problema sustantivo planteado por la revisión judicial es uno de distribución del poder: ¿se justifica, en un sistema democrático, que los

jueces tengan el enorme poder que les da la facultad de aplicar directamente la Constitución a todos los actos normativos (*i.e.* que producen normas) de los otros poderes del Estado? Lo que hace de este asunto un problema es que en un sistema democrático las decisiones ideológicas importantes deben ser tomadas por la mayoría. Lo que es importante, en consecuencia, no es si las decisiones judiciales son o no *personales*, sino si son o no *ideológicas*. Breyer no distingue ambas cuestiones, y por eso la defensa que él levanta contra la crítica de que las decisiones judiciales son “subjetivas”, basada como está en que esas decisiones no son personales, yerra el blanco<sup>6</sup>.

### Democracia, lógica, experiencia

*Democracia y Estado de derecho.* Quiero sostener la tesis de que no hay nada en la teoría democrática (o “teoría democrática *cum* Estado de Derecho”) que exija la revisión constitucional como existe en Estados Unidos o (de un modo mucho más inorgánico, casi paranoico) en Chile (véase Atria, 1993a). Ésta es una tesis más débil que la sostenida por otros críticos de esta institución (como Waldron, 1993). En efecto, no quiero argumentar que la revisión judicial es conceptualmente antidemocrática (es decir, que

---

<sup>6</sup> Lo cual no implica juicio alguno respecto de la calidad de su argumento completo. Creo que el artículo de Breyer es notable en varios sentidos: en primer lugar, la manera en que él “estrecha” lo que llama la “anomalía democrática” (Breyer, 1999: 51-56) es importante, aunque es también importante apreciar cómo las consideraciones en base a las cuales la anomalía es estrechada no son directamente aplicables a Chile. La Constitución norteamericana, por ejemplo, entrega a la política democrática un rango significativo de decisiones que son (o intentan ser) decididas por la Constitución chilena. Se sigue que nuestro Tribunal Constitucional es llamado de modo mucho más frecuente que la Corte Suprema norteamericana a intervenir (y de hecho interviene) en conflictos políticos; en segundo lugar, la explicación dada por Breyer a la existencia de criterios como los de “examen estricto”, “examen intermedio” y “base racional”, muestra al mismo tiempo algunas de las limitaciones de la revisión judicial de constitucionalidad y una forma inteligente de intentar superar esas limitaciones. Debe recordarse que el artículo se originó en una conferencia dictada ante un público inglés sobre el sistema norteamericano. A mi juicio, el artículo debe ser interpretado como un intento de “describir [el sistema norteamericano] de revisión judicial de una manera ‘relevante’” (Breyer, 1999: 50), y si mis objeciones se interpretaran también en esos términos, serían ellas, y no Breyer, las que errarían el blanco. El argumento del artículo es menos convincente cuando se basa en consideraciones independientes de la experiencia norteamericana, como cuando sostiene que la manera en que un juez entiende la Constitución no constituye una decisión “ideológica” (lo que he discutido en esta sección), o cuando supone, a partir de dicha experiencia, que así como la revisión judicial independiente ha servido a la democracia norteamericana, también será útil en la construcción (o reconstrucción) democrática de Europa central o Latinoamérica (Breyer, 1999: 65-66). Sobre este último punto vuelvo, aunque someramente, hacia el final de este artículo.

la revisión judicial se opone al *concepto* de democracia), sino sólo la tesis más limitada de que aquélla no es *exigida* por ésta.

El argumento tradicional para sostener que la democracia *exige* que se les reconozca poder a los jueces para declarar leyes y otros actos normativos de los otros poderes del Estado inconstitucionales se basa en la protección de los derechos de las minorías. La democracia, se dice, exige tanto gobierno de las mayorías como protección de las minorías. A lo que se alude aquí es a la posibilidad de la mayoría de abusar de su poder democrático y someter a una minoría, y a la necesidad de ofrecer a dichas minorías protección en esa eventualidad. Esta posición es reforzada cuando a la idea de democracia se le adjunta la de Estado de Derecho, que se dice que implica, entre otras cosas (en un caso notorio de inflación conceptual, similar al criticado por Raz, 1977), separación de poderes, imperio de la ley y el “principio de la supremacía de la Constitución y la jurisdicción constitucional” (Nogueira y Cumplido, 1993: 250).

El argumento, sin embargo, falla, por cuanto todo lo que se dice de las mayorías puede también decirse de los tribunales y de los jueces. Así como las mayorías pueden abusar de los derechos que les entrega el sistema democrático, los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad. Enfatizo el nivel *teórico* en el cual, por el momento, está la discusión. A nivel de la *teoría democrática* no hay ninguna razón para sostener que la democracia exige confiar en que los jueces van a usar responsablemente su poder antes que las mayorías. Quién es (en estos términos) más *confiable* sólo puede ser una cuestión *política*, dependiente de las peculiaridades de experiencia y tradición de cada país (de hecho, ¿qué consideraciones podrían ser más importantes para decidir esta cuestión que la conducta pasada de los órganos involucrados?). La teoría democrática sólo puede llamar la atención sobre el riesgo de que en un sistema democrático las mayorías abusen de sus poderes, pero no puede ofrecer una salvaguardia institucional que elimine el problema: sólo puede desplazarlo a otra sede. El Estado de Derecho sólo exige sujeción a la ley, pero mal podría *exigir* jurisdicción constitucional.

Nótese que el argumento falla aun cuando la teoría democrática utilizada sea más sofisticada. Por ejemplo, Bruce Ackerman, en una tipología que Carlos Peña ha hecho relevante para nuestro medio (Peña, s.f.: 83ss; véase Ackerman, 1991: 3-33), ha distinguido entre regímenes *monistas* (cuya única fuente de legitimidad es mayoritaria), *fundacionales* (en los cuales la democracia es vista como un medio de protección de los derechos de las personas, mientras son éstos los que fundan la legitimidad del siste-

ma)<sup>7</sup> y *dualistas* (la introducción de esta categoría es la justificación del proyecto de Ackerman en *We the People*). En regímenes dualistas se distingue entre decisiones tomadas por el pueblo y las tomadas por su gobierno. El pueblo toma decisiones en lo que Ackerman llama “momentos constitucionales”, el gobierno en lo que él denomina “política normal”. Las decisiones tomadas por el pueblo deben ser respetadas por su gobierno, y eso crea en el modelo dualista un espacio para la revisión constitucional.

Que *crea un espacio*, sin embargo, no significa nada más que eso: ni el fundacionalismo ni el dualismo democráticos tienen objeciones fatales de principios a la revisión judicial de constitucionalidad, como sí las tiene el monismo democrático; pero es equivocado sostener que, mientras el régimen monista

carece de una alternativa convincente para superar la dificultad contramayoritaria (o sea, la dificultad de justificar que funcionarios no electos puedan bloquear las decisiones de la mayoría), [el fundacionalismo], en cambio, *exige* el control —es *absolutamente imprescindible* que existan árbitros que tutelen el segundo principio de legitimidad (Peña, s.f.: 84, mis cursivas).

Peña tiene razón cuando alega que el monismo *excluye* el control, pero se equivoca cuando sostiene que el régimen fundacional lo *exige*. Éste se caracteriza sólo por dar un lugar de privilegio a los derechos como factor de legitimidad, pero es demasiado abstracto para tener recetas institucionales. Comentando el libro *Democracy and Its Critics*, de Robert Dahl, John Rawls, por ejemplo (un filósofo paradigmáticamente fundacional según Ackerman, 1991: 11), dice que Dahl

discute los méritos relativos de estas formas de institucionalidad democrática<sup>8</sup>. Él es crítico del sistema parlamentario británico, y aunque es también crítico del *judicial review*, cree que no existe una manera universalmente mejor de solucionar el problema de cómo proteger los derechos e intereses fundamentales. [Dahl] dice: “En

---

<sup>7</sup> En *We the People* Ackerman llama a este tipo de régimen “foundationalist” (fundacional), mientras que en “Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad” (Ackerman et al., 1991), Ackerman y Rosenkrantz hablan (en español) de “fundamentalismo” para referirse al mismo tipo de régimen. Carlos Peña (s.f.), como veremos, sigue a Ackerman y Rosenkrantz. Aun a riesgo de corregir la traducción hecha por el propio autor, usaré la expresión “fundacional”, por cuanto ella atrapa de mejor manera el contenido característico de ese régimen, *i.e.* la idea de que el valor de la democracia se *funda* en la protección de los derechos humanos.

<sup>8</sup> Rawls aquí se está refiriendo a la tipología de Ackerman. La frase “estas formas de institucionalidad democrática” debe entenderse en consecuencia como una referencia a las tres formas identificadas por Ackerman. Cf. Rawls, 1993: 234n19 (FAL).

ausencia de una solución universalmente mejor, las soluciones específicas deben ser adaptadas a las condiciones históricas y a las experiencias, cultura política e instituciones políticas concretas de un país en particular”. *Yo tiendo a estar de acuerdo con esto* (Rawls, 1993: 235n21, mis cursivas)<sup>9</sup>.

Un argumento de autoridad, por importante que Rawls sea, no despacha el problema, sin embargo. La pregunta pertinente es ¿por qué ha de exigir el fundacionalismo el control jurisdiccional? La respuesta que uno podría estar tentado a ofrecer es que el compromiso del fundacionalismo es con los derechos, y su compromiso con la democracia es sólo instrumental. Esto es fundamento suficiente para sostener que la objeción democrática a la revisión judicial de constitucionalidad no es un problema serio para el fundacionalismo. Que un sistema efectivo de protección de derechos sea antidemocrático no es, dentro del contexto del fundacionalismo caracterizado por Ackerman, argumento en contra de ese sistema, sino una razón para limitar el compromiso de un Estado fundacional con la democracia. Pero el fundacionalismo no puede garantizar que ese sistema de protección va a ser efectivo. Un Estado fundacional estará comprometido con un sistema de revisión jurisdiccional sólo si, desde el punto de vista de la protección de los derechos, tal sistema es más efectivo que otras alternativas. Pero esto es un problema de hecho, que no puede recibir respuestas *a priori*. Se sigue que Rawls tiene razón: no hay un sistema “universalmente mejor” de protección de los derechos. Cuál es el adecuado depende, no de consideraciones teóricas sobre el concepto de democracia o el tipo de legitimidad reclamado para sí por el Estado en cuestión, sino de “las condiciones

---

<sup>9</sup> La referencia es a Dahl, 1989: 192. Peña parece reconocer esto, por cuanto agrega, poco después de la afirmación citada: “no sólo eso [monismo/fundacionalismo/dualismo] resulta relevante para comprender, desde el punto de vista de la práctica, los diversos tipos de control [...]. Influye, todavía, el modo de concebir el papel de los jueces y la manera en que se concibe la argumentación judicial” (Peña, s.f.: 85). Si el “comprender” se refiere a “justificar” (*i.e.* si Peña cree que para *justificar* la existencia del control judicial de constitucionalidad no basta el tipo de legitimidad que el sistema reclama para sí), entonces Peña tiene razón, pero no queda claro en qué sentido un tipo particular de legitimidad *exige* ese control (como dice en p. 84, citada en el texto). A pesar de que dedica un largo capítulo al análisis y explicación del *ethos* judicial, sin embargo, Peña no discute alternativas escépticas *para Chile* en relación con el control judicial de constitucionalidad. Este tema será retomado en la tercera parte. Por otro lado, aunque Peña no habla de “control *judicial* de constitucionalidad”, yo he entendido que eso es lo que quiere decir. En un sentido debilísimo, en los tres regímenes hay espacio para controles de constitucionalidad, es decir, el control realizado al menos por el parlamento elegido por el pueblo, el que debe decidir sobre la constitucionalidad de las leyes que aprueba al votarlas. La referencia parentética de Peña a “funcionarios no electos” muestra que él tiene en mente el control *judicial* de constitucionalidad y no simplemente *alguna* forma de control. Es esta forma de control *judicial* la que ningún régimen *exige*.

históricas y las experiencias, cultura política e instituciones políticas concretas” del mismo.

*Supremacía constitucional.* Hay quienes sostienen que aunque pudiera ser el caso que la revisión judicial de constitucionalidad no fuera exigida por la teoría democrática, ella es una consecuencia forzada de la supremacía constitucional. Esta tesis tiene dos versiones. La primera, elegida por la Corte Suprema norteamericana en *Marbury v. Madison*<sup>10</sup>, comienza constatando que la Constitución es la regla de más jerarquía de un sistema jurídico, y las demás reglas pertenecen a éste en la medida en que están fundadas sobre ella. De esto se sigue que una regla inconstitucional no es derecho, y por consiguiente un órgano llamado a aplicar el derecho, precisamente por estar llamado a eso y sin necesidad de ninguna regla que lo autorice, tendría el *deber* de ignorar un precepto inconstitucional:

O la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza [...]. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿están los tribunales obligados a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, dado que no es ley, ¿constituye una norma tan operativa como una ley válida? [...]. Sin dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es derecho. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando a la ley. La Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia (uso, con modificaciones menores, la traducción de Nino, 1991: 99s).

Una primera consideración en contra de esta tesis está contenida en el texto constitucional chileno: el artículo 80 de la Constitución entrega la competencia constitucional a la Corte Suprema en pleno, y el art. 82 al Tribunal Constitucional en las circunstancias que esa disposición señala. ¿Qué sentido tendría que esas facultades estén conferidas expresamente si ellas no necesitan ser conferidas? Del hecho de que la inaplicabilidad esté

---

<sup>10</sup> 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (E 1803).

restringida a la Corte Suprema, adicionalmente, se sigue que los demás tribunales de la república por regla general carecen de esa facultad, lo que parece inconsistente con la tesis de que esa competencia es una indefectible consecuencia de que la Constitución sea la regla superior del sistema jurídico chileno junto al hecho de que los tribunales están llamados a aplicar el derecho. Esto nos enfrenta a una alternativa: o la tesis que estamos examinando es falsa o el art. 80 de la Constitución es absurdo, por cuanto da a la Corte Suprema una facultad que no necesita dar y niega a los demás tribunales una facultad que no puede negar (véase Correa González, 1992: 255ss).

El argumento de fondo, sin embargo, es que del solo hecho de que los tribunales deban aplicar la ley y fallar conforme a derecho no se sigue que puedan declarar la inconstitucionalidad de una regla en particular. Carabineros de Chile, por ejemplo, tiene la misión constitucional de “dar eficacia al derecho” (art. 90 inc. 3 de la Constitución), y por ello, conforme a la lógica de *Marbury vs. Madison*, tendría el *deber* de negarse a cumplir una resolución judicial inconstitucional<sup>11</sup>, por cuanto una orden judicial inconstitucional no sería derecho, en exactamente el mismo sentido en que una ley inconstitucional no es derecho. Aquí hay que distinguir dos cuestiones: una es si una ley o una orden judicial están en armonía con la Constitución. Esto es típicamente un problema de interpretación constitucional. Otra muy distinta es qué órgano debe tener competencia para decidir si ella lo es. Esta última es un cuestión de distribución del poder político, a la cual la primera no da respuesta. No hay nada extraño en que un juez diga: “esta ley es inconstitucional, pero yo debo aplicarla porque no tengo competencia para declararlo”, así como no hay nada extraño en que un sargento de carabineros diga: “esta decisión es inconstitucional, pero yo debo cumplirla porque no tengo autoridad para declararlo así”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La que ordena, por ejemplo, la requisición de un libro, basada en la Ley de Seguridad Interior del Estado, que en ese aspecto al menos es *obviamente* inconstitucional al tenor del art. 19 N° 12 de la Constitución.

<sup>12</sup> Ésta es una técnica fundamental del derecho, sin la cual éste sería escasamente reconocible. El derecho funciona con categorías formales cuya finalidad es solucionar cuestiones evitando considerar todos sus aspectos, asumiendo que los que han sido excluidos del examen fueron, o serán, o al menos podrían haber sido considerados por otra persona, en otras circunstancias, en otro momento, etc. Véase el magistral artículo de Atiyah (1984); véase también Atria (1999b). Algunos autores creen que esta característica del derecho provee la clave para resolver muchos problemas tradicionales de la teoría del derecho. Cf. *infra*, n16 y el texto que la acompaña.

Desde este punto de vista es que debe entenderse la posición de Hans Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*. Kelsen indica que “la afirmación de que una ley válida es ‘inconstitucional’ constituye una *contradictio in adjectio*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución” (1960: 277). Dado que las disposiciones constitucionales



No es necesario leer nada más que un respeto a la autoridad de otros órganos políticos para entender esta posición. Es por esto que la siguiente afirmación (referida a los recursos de protección interpuestos por violación del artículo 19 N° 8 de la Constitución que han sido rechazados si la autoridad en cuestión actuaba dentro de competencias legales y aceptados cuando eso no era el caso) es a mi juicio incorrecta:

Parece claro que cuando aceptan sin cuestionamiento las regulaciones legislativas y administrativas de un derecho, los jueces suponen que éstas son, *per se* coherentes con los mandatos constitucionales. En otras palabras, parece haber una presunción de que los derechos constitucionales se hallan siempre recogidos y eficazmente protegidos por las reglamentaciones que con ellos dicen relación. La presunción anteriormente referida es explicable. Sin duda, nos encontramos frente a una genuina manifestación de la dogmática tradicional, expresada a través de uno de sus más caros axiomas: la idea de la “racionalidad del legislador” [...], o, en otras palabras, del modelo del legislador racional. Es decir, la representación mental

---

pueden recibir diversas interpretaciones (en términos de Kelsen, el “sentido objetivo” de la Constitución soporta diversos “sentidos subjetivos”), “se plantea entonces el problema de a quién deba facultar la Constitución para resolver si, en un caso concreto, sus normas fueron respetadas, de si un documento, cuyo sentido subjetivo es una ley en el sentido constitucional, también puede valer como tal por su sentido objetivo” (Kelsen, 1960: 278). Es posible que a los tribunales les sea negada esta facultad (aunque no completamente, sostiene Kelsen: *cf. idem*, 278-279), y en ese caso “el órgano legislativo se encontraría entonces en posición análoga al tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada” (Kelsen, 1960: 279). La explicación kelseniana para la posición de ese legislador es, en consecuencia, la misma que él ofrece para la posición del tribunal de última instancia: “el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la Constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá” (Kelsen, 1960: 279). Respecto del tribunal de última instancia, Kelsen sostiene que del hecho de que sea de última instancia se sigue que el sistema jurídico contiene una norma general “según la cual el tribunal puede determinar el mismo el contenido de la norma individual que deba producir” (Kelsen, 1960: 275). Kelsen está aquí, a mi juicio, tratando de dar una descripción jurídica de los límites del derecho: más allá quedan la política, el poder. La solución ofrecida por Kelsen parece confundir definitividad e infalibilidad: del hecho de que no existan mecanismos jurídicos para invalidar una ley inconstitucional Kelsen concluye que “la Constitución *faculta* al legislador” para producir leyes como desee (Kelsen, 1960: 279, *mis cursivas*). Una lectura caritativa de Kelsen, sin embargo, enfatizaría el hecho de que el problema se le plantea a él dentro de lo que llama “dinámica jurídica” (*i.e.* la que mira al derecho desde el punto de vista de cómo éste “regula su propia creación”), y que *desde este punto de vista* no hay diferencias entre definitividad e infalibilidad. Esta última afirmación sólo significa que, *desde el punto de vista de la producción de reglas jurídicas*, un error del último intérprete no tiene relevancia jurídica (véase Peña, s.f.: 95-96, para una lúcida discusión del problema en Kelsen. Peña, creo, sostiene lo mismo que he sostenido aquí, y lo expresa diciendo que la clave para entender la posición de Kelsen es que éste “no está ocupado —al menos no en la Teoría Pura— por fundar el control como garantía”, 96).

fundada en la suposición implícita de que las leyes y reglamentos se encuentran formulados por un sujeto respecto de cuya voluntad puede predicarse, entre otras, las características de *omnisciencia* [...], *coherencia* [...], *precisión* [...], *omnicomprensividad*, [...] y *justicia*” (Peña, s.f.: 160).

Aunque es por supuesto *posible* que la tengan, no hay ninguna necesidad de imputar a los tribunales una “representación mental” de esta naturaleza. El carabinero que ha de cumplir la orden judicial de requisar todas las copias de *El libro negro de la justicia chilena* puede, aunque ciertamente no *necesita*, pensar que la decisión judicial es infalible. Alternativamente, él puede creer que el juez que así lo ha ordenado ha cometido un error serio de interpretación constitucional. Todo lo que necesita creer es que él no tiene autoridad para discutir el mérito de las órdenes que le son dirigidas, que el hecho de que su deber constitucional sea “dar eficacia al derecho” no implica que él deba calificar la constitucionalidad de cada orden recibida. Peña parece confundir (reconocimiento de) *infalibilidad* con (reconocimiento de) *definitividad*. Un juez (o un sargento de Carabineros) puede reconocer que las decisiones legislativas respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación son *definitivas* respecto del contenido de ese derecho, sin aceptar (¿por qué habría de hacerlo?) que ellas son *infalibles*<sup>13</sup>.

Nótese que no estoy sosteniendo que la función de juez y la de un carabinero sean *la misma*. El punto es solamente que del solo hecho de que alguien tenga competencia para y la obligación de decidir qué es el derecho para el caso no se sigue que ese alguien tenga la facultad de pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley con la Constitución. La analogía con el carabinero *no* está diseñada para mostrar que así como el carabinero no tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de una orden judicial el juez no tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, sino sólo para mostrar que si el juez la tiene, se necesitan

<sup>13</sup>La distinción entre infalibilidad y definitividad es, por supuesto, un tema hartiano (véase Hart, 1963: 176-183). Cf. Atria (1997b: 62ss) para una crítica a la misma actitud judicial en materias de igualdad ante la ley. La diferencia entre la afirmación de Peña y mis críticas a lo que en *Los Peligros de la Constitución* llamé “tentaciones formalistas” es que yo no veo la necesidad de imputar a los jueces las representaciones mentales sobre el legislador que Peña ve en esas decisiones. El problema debe ser resuelto a otro nivel: ¿quién debe decidir qué? es la pregunta. No veo, tampoco, razón alguna por la que la respuesta deba ser la misma en relación con todos los derechos garantizados en el art. 19 (es decir, puede ser razonable que los jueces deban ser más deferentes en materias relacionadas con el derecho al medio ambiente que con la igualdad ante la ley. No hay necesidad de que la respuesta sea la misma para todos los derechos constitucionales).

argumentos adicionales, y que en consecuencia *Marbury v. Madison* es insuficiente<sup>14</sup>.

El mismo error es cometido por José Luis Cea cuando éste sostiene, en defensa del control judicial de constitucionalidad, que “ya no se acepta que tal soberanía tenga la cualidad de *infalible*, sino que todo lo contrario, por lo cual se visualiza otra razón para defender a las instituciones de control de la supremacía” (Cea, 1997: 67). En este caso el error es aún más notorio por cuanto, en la medida en que el control jurisdiccional es fundado en el reconocimiento de que el legislador no es infalible, la implicación tácita pero obvia es que las instituciones judiciales de control lo son —o al menos podrían llegar a serlo. Si Cea no cree que las instituciones judiciales de control de constitucionalidad son infalibles, entonces el hecho de la falibilidad del legislativo no es suficiente para justificar la existencia del control (es decir, Cea no percibe la necesidad de satisfacer la condición establecida *supra*, nota 3).

La segunda versión de este argumento está basada en que sólo puede decirse que la Constitución es *realmente* la norma suprema si hay mecanismos jurisdiccionales para hacer efectiva esa superioridad: “Dejar en el propio Congreso la misión de determinar la conformidad o el desacuerdo de una norma aprobada por él mismo con la ley fundamental equivale a no consagrar efectivamente la supremacía constitucional”, según uno de nuestros más destacados constitucionalistas (Silva, 1997: 125). Humberto Nogueira sostiene una tesis similar, aunque referida sólo a los derechos fundamentales: “sólo cuando existe tal control [jurisdiccional] puede sostenerse la existencia de una protección a esos derechos” (Nogueira, 1993: 197).

Quiero comenzar por la tesis de Nogueira, por cuanto ella adopta una forma más general que la de Silva: Nogueira parece sostener que sólo si la violación de *x* puede ser objeto de revisión por un tribunal puede decirse

---

<sup>14</sup> Es por eso que no obsta a mi analogía el artículo 73 de la Constitución, que establece que “la autoridad requerida [...] no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución [judicial] que se trata de ejecutar” (de hecho, nótese que el artículo no prohíbe a la autoridad requerida calificar la constitucionalidad de la resolución de cuyo cumplimiento se trata). Cualquier intérprete razonable deberá estar de acuerdo que el sargento de carabineros no podría negarse a cumplir una orden judicial porque a su juicio es inconstitucional, incluso ante al inexistencia de una disposición constitucional como la contenida en el artículo 73 inc. final de la Constitución. El sargento carece de esa facultad no porque el artículo 73 se la niegue (aunque éste de hecho lo hace), sino porque, a pesar de lo sostenido por el artículo 6° de la Constitución (es decir, a pesar de que Carabineros es un órgano del Estado y por lo tanto debe someter su actuación a la Constitución, etc.), no corresponde a la función de Carabineros pronunciarse sobre la constitucionalidad de resoluciones judiciales (espero haber así sorteado las objeciones de Lucas Sierra a una versión anterior de este texto).

que  $x$  esté protegido. En estos términos, formas no jurisdiccionales de protección son un oxímoron, como lo sería hablar de un soltero casado.

Esto recuerda la cuestión de las disposiciones constitucionales “programáticas” (véase Silva, 1997: 98), y en efecto la respuesta a Nogueira es la misma que a la actitud displicente con que son miradas hoy por hoy esas disposiciones<sup>15</sup>. Se dice que la diferencia entre una disposición constitucional dotada de “aplicación directa” y otra “meramente programática” es que sólo la primera es efectivamente obligatoria. La segunda, como su nombre lo dice, es una mera declaración de buenas intenciones. La posibilidad de reclamar de la violación de una disposición constitucional ante los tribunales sería la señal que caracteriza a las disposiciones dotadas de aplicación efectiva.

Lo que esta distinción confunde (al igual que Silva y Nogueira) es la aplicación judicial de una disposición jurídica con su aplicación (*simpliciter*). Parece asumir que toda la aplicación del derecho es judicial. Esto no es efectivo, desde luego. Disposiciones “programáticas” son aquellas cuya aplicación está entregada principalmente a los cuerpos políticos del sistema legal.

Que su aplicación esté entregada a los cuerpos políticos del sistema institucional, se dice, demuestra que ellas no son verdaderas disposiciones constitucionales, sino una especie de engendro. Después de todo, sigue el argumento, si los órganos políticos no las aplican, ¿qué diferencia hace que estén en la Constitución?

Ahora bien, este argumento es particularmente débil y, considerado seriamente, convertiría en programáticas muchas más disposiciones constitucionales que las que sus impulsores se imaginan. El argumento parece asumir que sólo cuando el órgano aplicador es un tribunal la disposición es “efectiva”. Pero un tribunal también puede violar la Constitución y las leyes. Si el hecho que demuestra que una disposición es programática es que el órgano llamado a aplicarla puede no aplicarla sin recibir sanción, entonces todas las disposiciones jurídicas son en definitiva programáticas.

Es por esto que la inexistencia del control judicial de constitucionalidad no implica el fin de la supremacía constitucional y, recíprocamente, la supremacía constitucional no exige que a los tribunales se les reconozca el poder de declarar las leyes y otros actos normativos de los otros poderes del Estado inconstitucionales. Los tribunales no son los únicos que aplican el derecho. El debate sobre la revisión judicial de constitucionalidad debe

---

<sup>15</sup> Éste y los tres párrafos siguientes está reproducidos, con modificaciones, de Atria (1997b: 184).

darse al nivel de las tradiciones e historias jurídicas involucradas, no a niveles de lógica jurídica o teoría democrática.

*La autoridad del derecho.* Nótese que la objeción expuesta aquí también vale cualquiera que sea la sofisticación del argumento destinado a mostrar la necesidad conceptual de la revisión judicial. En Estados Unidos, Frederick Schauer y Larry Alexander han montado una poderosa defensa de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución, presentando un argumento que, si fuera correcto, derrotaría la posición que este artículo defiende (Schauer y Alexander, 1997). El argumento de Schauer y Alexander, sin embargo, falla por razones que son instructivas de considerar.

Lo interesante del argumento de Schauer y Alexander es que, según ellos, su análisis no es “ni empírico ni histórico” (Schauer y Alexander, 1997: 1369). Ellos creen que la decisión sobre cuál es la importancia de la interpretación no judicial de la Constitución en relación con la judicial “sólo puede ser respondida investigando la naturaleza del derecho y las funciones que éste sirve” (Schauer y Alexander, 1997: 1370). ¿Cuáles son esas funciones? Ellos responden: “muchas respuestas han sido sugeridas para esta cuestión, pero una que es recurrente es que una importante función del derecho es decidir con autoridad qué es lo que debe hacerse” (Schauer y Alexander, 1997: 1371). Esta afirmación tiene importantes consecuencias para el problema de la revisión judicial:

Un aspecto importante de la Constitución, como de todo el derecho, es su autoridad, y es intrínseco al concepto de autoridad el que ésta provea razones para la acción independientes de su contenido. En consecuencia, una Constitución dotada de autoridad tiene fuerza normativa incluso para un agente que cree que sus directivas son equivocadas. Lo que no es comúnmente percibido, sin embargo, es que el mismo argumento que es aplicable a la Constitución es aplicable a los intérpretes de la Constitución (Schauer y Alexander, 1997: 1361).

La Constitución, en consecuencia, exige, según Schauer y Alexander, un intérprete dotado de definitividad, esto es, un intérprete cuyas interpretaciones sean válidas aun cuando sean equivocadas. Lo contrario implicaría “anarquía interpretativa” (Schauer y Alexander, 1997: 1379) ¿Quién debe ser ese intérprete? El argumento basado en la autoridad del derecho, evidentemente, no es suficiente para responder esta pregunta. La razón que, en definitiva, Schauer y Alexander ofrecen para preferir a la Corte Suprema sobre el Congreso es que “las constituciones están diseñadas como protección frente a los excesos mayoritarios que tienen más influencia en el poder

legislativo y el poder ejecutivo que en las cortes” (Schauer y Alexander, 1997: 1379).

El artículo de Schauer y Alexander es expresión de una tendencia notoria en la filosofía del derecho contemporánea (especialmente de la que se autoclasifica dentro de la tradición “analítica”), que usa la idea de la autoridad del derecho para solucionar tradicionales problemas filosóficos<sup>16</sup>. El argumento, sin embargo, es demasiado ambicioso, por dos razones independientes. En primer lugar, las limitaciones conceptuales del argumento son mencionadas sólo para olvidarlas. El argumento se basa en el hecho de que *una* de las funciones del derecho es solucionar problemas sustantivos ofreciendo razones para la acción cuyo peso es independiente de su contenido: “el ejemplo obvio es el caso en el cual no hay argumentos sustantivos en ningún sentido pero hay una importante decisión que debe ser tomada, como la de si las personas deben manejar por la izquierda o la derecha. Ninguna es mejor que la otra, pero cada una de ellas es mejor que dejar el problema sin decidir” (Schauer y Alexander, 1997: 1371). En estos casos, las reglas son valiosas porque existen y deciden un problema de coordinación, no por su contenido. Su contenido es casi totalmente irrelevante. No todo el derecho, sin embargo, está constituido por reglas de esta naturaleza. De hecho, Schauer y Alexander reconocen que éste es el caso en relación con “disposiciones constitucionales que se refieren a cuestiones moralmente más significativas” que el lado de la calle por el cual deben conducir las personas. En estas reglas el valor independiente del contenido sigue existiendo, pero también hay valor o disvalor en el contenido concreto de ellas.

Que haya *algún* valor que es independiente del contenido, no dice nada respecto de la importancia relativa de ese valor. Es perfectamente posible que el valor independiente del contenido sea real pero de poca magnitud, mientras el valor dependiente del contenido sea de enorme magnitud. La manera en que Schauer y Alexander solucionan este problema (*i.e.* el de fijar la importancia relativa del valor independiente del contenido que tiene una determinación constitucional) es simplemente olvidándolo. La siguiente cita es característica:

Así, *una importante* —quizás *la importante*— función del derecho es su capacidad para dictar con autoridad qué debe hacerse [...]. En la medida en que el derecho es interpretado de modo diverso por diversos intérpretes, cosa altamente probable en relación a muchos

---

<sup>16</sup> Cf. Schauer (1991). El caso más ambicioso de esta tendencia es, desde luego, el de Joseph Raz (1985). He argumentado que la idea de la autoridad del derecho no es suficientemente fuerte como para resistir el enorme peso que autores como Schauer y Raz (entre otros) ponen sobre ella (Atria, 1999a; Atria, 1999b).

problemas socialmente importantes, él ha sido incapaz de cumplir su función de determinar con autoridad qué debe hacerse. *Las razones* para tener leyes y una Constitución que es tratada como derecho son, en consecuencia, razones para reconocer autoridad a la interpretación de un intérprete de la Constitución. *Cooper v. Aaron* refleja así la *mismísima razón* [the very reason] para tener una Constitución reconocida como derecho (Schauer y Alexander, 1997: 1377, cursivas agregadas)<sup>17</sup>.

Este párrafo no necesita mayor comentario para un lector atento. Lo que empieza siendo “una importante” función del derecho muta a medio camino a “las razones” para tener leyes y una Constitución, y culmina su gloriosa metamorfosis como “la mismísima razón” para tener una Constitución reconocida como derecho<sup>18</sup>. El problema que muestra este párrafo no es meramente uno de mala redacción por parte de los autores. El argumento de Schauer y Alexander *no funciona* a menos que la solución de conflictos sustantivos sea la función *más importante*, o única, del derecho y la Constitución. Si es sólo una más (junto a, por ejemplo, la estimulación de una robusta política democrática), entonces el argumento deja de ser uno conceptual, “ni empírico ni histórico” (Schauer y Alexander, 1997: 1369) para convertirse en uno *político*, acerca del peso relativo de una cosa valiosa (*i.e.* el valor independiente del contenido) frente a otra (el valor dependiente del contenido, *e.g.* el valor de justicia sustantiva de las reglas).

En segundo lugar, y más relevante para este artículo, el argumento de Schauer y Alexander (*pace* sus autores) *debe* descansar sobre una base empírica: “en tanto la Constitución”, sostienen Schauer y Alexander, “es susceptible de diversas posiciones en cuanto a qué significa [...], queda frustrada una importante función de la Constitución” (Schauer y Alexander, 1997: 1377). En los hechos, sin embargo, lo que frustra esa “importante

---

<sup>17</sup> En *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la interpretación de la Constitución hecha por la Corte era obligatoria para todos los funcionarios, y que la obligación de los funcionarios de obedecer la Constitución era una obligación de obedecer la Constitución como ésta es interpretada por la Corte Suprema. El artículo de Schauer y Alexander es una defensa “sin calificaciones” (Schauer y Alexander, 1997: 1362) de esta doctrina.

<sup>18</sup> Recuérdese que la idea de que las reglas jurídicas tienen valor independiente de su contenido fue introducida por Schauer y Alexander de un modo mucho más cauteloso: “*muchas respuestas* han sido sugeridas para [la pregunta por cuáles son las funciones del derecho], pero *una* que es recurrente es que *una* importante función del derecho es decidir con autoridad qué es lo que debe hacerse” (Schauer y Alexander, 1997: 1371, *mis cursivas*; esta frase ya ha sido citada). Ahora, sin embargo, sin argumentos adicionales, esa idea dejó de ser sólo “una función (entre otras) de acuerdo a una respuesta (entre muchas) a la pregunta por la función del derecho” para convertirse en “la mismísima razón para tener una Constitución reconocida como derecho”.

función de la Constitución” no es la *posibilidad* de que le sean atribuidos diversos significados, sino el *hecho* de que diversos actores políticamente relevantes le atribuyen diversos significados sin que ninguno de éstos sea generalmente aceptado. Pero no es necesariamente el caso que el significado va a ser controvertido en ausencia de un intérprete final. Después de todo, como sostuvo Constant:

Puede afirmarse que cuando se ha conseguido demostrar completa y claramente ciertos principios, se sirven en alguna manera de garantía a sí mismos, y se forma respecto de la evidencia una opinión universal que pronto resulta victoriosa. En el hecho de reconocerse que no existe soberanía limitada, nadie en tiempo alguno se atreverá a reclamar un poder semejante, y la experiencia lo ha demostrado suficientemente. Ya no se atribuye a la sociedad entera el derecho de vida y muerte sin preceder un juicio; y así ninguna sociedad, ningún gobierno moderno pretende ejercerlo. Si los tiranos de las antiguas repúblicas nos parecen mucho más desenfadados que los gobernantes modernos, debemos atribuirlo en parte a esta causa. Los atentados más monstruosos del despotismo de uno solo se debieron muchas veces a la doctrina del poder ilimitado de todos (Constant, 1968: 12).

De hecho, lo contrario tampoco es *conceptualmente* verdadero. No hay razón para pensar que la sola existencia de un intérprete final eliminará la atribución de diversos significados a la Constitución. Las cortes cambian de opinión con una asiduidad no despreciable. Eso puede afirmarse en relación con la Corte Suprema norteamericana (véase Tushnet, 1999: 28), y con mucho mayor razón en el caso de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chilenos<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> El Tribunal Constitucional no le reconoce mayor importancia al *stare decisis*. Sólo en sentencia de 22 de julio de 1993 el Tribunal reconoció que “los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen” (sobre esta afirmación del Tribunal, véase Atria, 1997b: 180-3). Tales motivos o razones no han sido indicados en muchos casos posteriores en los cuales el Tribunal no se ha preocupado de mantener su línea interpretativa. A modo meramente ejemplar, considérese el siguiente problema: ¿puede un parlamentario que ha votado a favor de un proyecto de ley presentar ante el Tribunal Constitucional un requerimiento por inconstitucionalidad del mismo? En sentencia de 26 de septiembre de 1997 (rol N° 259) el Tribunal sostuvo que *no*, dado que “tal aprobación no tiene la virtud de convalidar un vicio de inconstitucionalidad que pudiera afectar al proyecto aprobado. Sostener lo contrario significa que un acuerdo de una cámara legislativa prevalece sobre la preceptiva constitucional, lo que resulta definitivamente inadmisibles” (c6). El 17 de Diciembre de 1997, menos de 3 meses después, sin embargo, el Tribunal (en sentencia rol No. 269) decidió precisamente lo contrario. Lo gracioso de este caso es que, para fundamentar esta decisión, contraria a la contenida en la sentencia anteriormente citada (rol No. 259), el Tribunal citó su propia jurisprudencia en otro sentido. El Tribunal recordó (en el c8) que en las sentencias Rol No. 23 y No. 147



*¿Derechos constitucionales sin revisión judicial?* Creo que la discusión de las disposiciones constitucionales programáticas (*supra*, nota 15 y texto que la acompaña) da cuenta de este problema debidamente. Sin embargo, el peso retórico que ante nuestra doctrina tienen los derechos y lo que más tarde llamaré la “herencia de Weimar” son tales que parece razonable volver sobre el asunto antes de despachar definitivamente el argumento democrático y el argumento conceptual a favor de la revisión judicial. ¿Cuál es el sentido, dice la objeción, de reconocer derechos constitucionales si no hay mecanismos jurisdiccionales de protección? La idea de los derechos es la de poner límites a las decisiones mayoritarias. Si lo que el legislador dice respecto de esos derechos es la última palabra, entonces ¿puede realmente decirse que hay derechos reconocidos? La revisión judicial es necesaria porque el legislador puede equivocarse y violar derechos constitucionales. Si no puede reclamarse de esa violación ante ningún otro órgano del Estado, ¿para qué son reconocidos los derechos? Por último, suponer que el legislador se va a preocupar de proteger los derechos, ¿no es como entregar al zorro el cuidado del gallinero?

---

había sostenido que para que exista “cuestión de constitucionalidad debe haberse producido, al menos, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional y el texto legal impugnado en los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el Presidente de la República y el Poder Legislativo o en el seno mismo de este último”. Conforme al Tribunal, esta tesis implícitamente exige que “quienes deducen un requerimiento de inconstitucionalidad hayan mantenido durante la tramitación del proyecto una conducta coherente con el reproche que formulan” (c9). No hace el Tribunal referencia alguna a su fallo de 26 de Septiembre de 1997, en que había decidido *precisamente* lo contrario. Tampoco hace el fallo de septiembre referencia a la doctrina que, según el fallo de diciembre, el de septiembre contradecía. A todas luces, el Tribunal no da mayor importancia a su declaración, citada al principio de esta nota, sobre el valor de los precedentes (en la sentencia de 22 de julio de 1993). El Tribunal dijo en septiembre que los parlamentarios que quisieran requerir en el futuro no necesitaban oponerse durante la tramitación del proyecto. Tres senadores que actuando sobre la base de esa doctrina no se opusieron, para luego requerir, se encontraron con la sorpresa de que no podían requerir porque no se había opuesto. Y la mayoría del Tribunal no se dignó siquiera a darles una razón para cambiar de doctrina. El caso es grave, porque la mayoría mantiene su silencio sobre el cambio de doctrina, a pesar de que el voto de minoría hace presente esta circunstancia (véase el c5 del voto de minoría). Uno puede legítimamente preguntarse: ¿qué pensaron los ministros de la mayoría? No tienen una obligación constitucional de fundar sus sentencias, dando a conocer sus razones para fallar como lo hacen? (sobre el tema, véase C. [MS] Carmona). La Corte Suprema chilena, por su parte, ha malinterpretado a lo largo de toda su historia el artículo 3 del Código Civil como imponiéndole el deber de ignorar completamente la consistencia de sus decisiones a través del tiempo (para la correcta interpretación del artículo 3 del Código Civil en relación a este problema, véase Streeter, 1992). La experiencia chilena es la mejor demostración de las bases empíricas del argumento de Schauer y Alexander: es imposible sostener que dar prioridad en la interpretación de la Constitución en Chile a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional aumenta las posibilidades de consistencia interpretativa a través del tiempo y de las instituciones. En muchas circunstancias, los tribunales chilenos reproducen más que eliminan los cambios políticos. Un buen ejemplo en este respecto es el de la interpretación del DL de amnistía de 1979.

Más que una, el párrafo anterior contiene un puñado de objeciones, algunas de las cuales ya han sido mencionadas. Si las reitero aquí es porque creo que, aunque ellas pueden parecer altamente persuasivas, eso es sólo una impresión. Quiero agrupar en dos encabezados las objeciones (y mis respuestas a ellas): 1) ¿cuál es el sentido de derechos sin protección jurisdiccional?, y 2) ¿No es absurdo dar al legislador la tarea de proteger derechos que la Constitución reconoce *contra* (entre otros) el legislador?

1) La respuesta a este problema tiene dos aspectos: el primero sube el perfil a los derechos en contextos no judiciales y el segundo baja el perfil al rol de los tribunales en la protección de los derechos. En cuanto al primer aspecto, los derechos constitucionales estructuran y dan fuerza al proceso político. En el proceso político, la exigencia de una persona o de un grupo es políticamente más poderosa si está basada en un derecho constitucional que si no lo está. Aunque nuestros juristas están obsesionados por la posibilidad de que las mayorías abusen de una minoría, el proceso político, incluso un proceso político tan deficitario como el chileno (sobre este tema vuelvo al final de este artículo), puede mostrar importantes triunfos en relación a la protección de los derechos constitucionales. No fueron los tribunales de justicia los que acabaron con la distinción obviamente inconstitucional entre hijos naturales y legítimos. Si en un futuro cercano el proceso penal chileno será respetuoso de los derechos constitucionales de los inculpadados, de nuevo, esto no será mérito de nuestros tribunales sino de nuestros representantes. El segundo aspecto se sigue de este punto. Los tribunales nunca mostraron ninguna disposición a cuestionar la constitucionalidad de la distinción entre hijos naturales y legítimos, ni los aspectos más abusivos del proceso penal. Por otro lado, han sido los tribunales los que han prohibido las huelgas de hambre en Chile, han censurado películas, han censurado hasta ahora al menos tres libros<sup>20</sup>, etc. El caso de *El Libro*

---

<sup>20</sup> Es interesante recordar que uno de esos libros (*Impunidad Diplomática*) fue censurado para proteger a un poderoso empresario chileno —véase la sentencia recaída en el recurso de protección interpuesto por Luksic Craig, Andrónico, en *Fallos del Mes* 415 (junio de 1993): 347ss, y sobre esta sentencia, Atria (1993b). Otro lo fue para proteger a un importante empresario y político conservador —el libro *Los Secretos de Fra-Fra* fue censurado en el contexto de un juicio por injurias y calumnias iniciado por Francisco Javier Errázuriz en enero de 1992. La Corte Suprema sobreseyó el caso en septiembre de 1996. La autora del libro, María Irene Soto, no fue acusada de delito alguno durante el proceso (véase Human Rights Watch, 1999: 194-197). Otro (*El Libro Negro de la Justicia Chilena*), por último, fue censurado para proteger a un ministro de la Corte Suprema (el caso está en curso al momento de redactar estas líneas y, aunque el libro está censurado, hay un recurso de inaplicabilidad pendiente en él. La incautación fue aprobada por la Corte Suprema, al rechazar ésta el recurso de reclamación en contra de esa decisión con fecha 29 de mayo de 1999. La causa tiene el rol 29.063-99).

*Negro de la Justicia Chilena* es instructivo, por cuanto el presidente de la Corte Suprema opinó (véase *El Mercurio*, 21/04/99) que la solución para ese problema era que el legislador derogara los artículos pertinentes de la ley de Seguridad Interior del Estado. Éste es un caso que debe ser motivo de reflexión. Enfrentado a una situación en que una ley afectaba de modo claro un derecho constitucional, a un conflicto entre uno de los derechos más importantes en un sistema democrático por una parte y una disposición legal cuya finalidad es proteger de la crítica a las autoridades del Estado por otra, la reacción del presidente de la Corte en la cual reside el poder de proteger los derechos de los “abusos” de las mayorías fue... apelar a la sabiduría política de las mayorías a través de sus representantes. Mal puede decirse, en consecuencia, que sin protección jurisdiccional los derechos quedarían desprotegidos. Lo contrario es probablemente cierto<sup>21</sup>.

No es razonable esperar, y en el párrafo anterior no se sostiene lo contrario, que las modificaciones al Código Civil necesarias para eliminar la discriminación que éste contenía en contra de los hijos extramatrimoniales hubieran sido realizadas por los tribunales. Tampoco, de modo más claro aun, es plausible reprochar a los tribunales que ellos no hayan reemplazado el vetusto procedimiento inquisitivo por uno acusatorio en materia procesal penal.

No obstante, y basándose precisamente en la retórica de la protección de los derechos de las minorías, la Corte Suprema podría haber declarado inconstitucional (por infringir el artículo 19 N° 2 de la Constitución) el antiguo artículo 988 del Código Civil (“la porción del hijo natural será la mitad de la que corresponda al hijo legítimo”), o los antiguos artículos 324 y 285 del mismo código (que reconocían alimentos congruos para los hijos “naturales” y “legítimos”, pero sólo alimentos necesarios para el hijo “ilegítimo”). La Corte Suprema también podría haber declarado inconstitucional el artículo 45 N° 2 letra d) del Código Orgánico de Tribunales (que confiere competencia a un juez para conocer del proceso criminal desde el inicio del sumario hasta la dictación de sentencia definitiva), o los artículos 108 y 109 (sumario), 424 (acusación) y 499 (sentencia definitiva) del Código de Procedimiento Penal, sobre la base de la infracción al artículo 19 N° 3 inciso 5 *in fine*, que impone al legislador la obligación de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”. Para ello era necesario solamente usar el argumento, no particularmente sofisticado, que una

---

<sup>21</sup>Nótese que, como vimos, quienquiera sea el que tenga autoridad final para decir qué significan en el caso los derechos constitucionales, éste puede equivocarse. Reprochar al legislador un error constitucional es políticamente más serio que reprocharle un error de juicio.

garantía *mínima* de un “racional y justo procedimiento” es la imparcialidad del tribunal, imparcialidad que es seriamente infringida (como por lo demás hay acuerdo en la doctrina) cuando el mismo juez investiga acusa y sentencia<sup>22</sup>.

Este punto es importante porque en principio es posible sostener que una función saludable de la revisión jurisdiccional es servir de voz de alerta ante la existencia de instituciones jurídicas que deben ser revisadas. En los dos casos mencionados la solución definitiva a esos problemas estaba desde luego fuera de las manos judiciales. Pero una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos indicados podría haber creado un problema que indujera al legislador a ocuparse del asunto. Ambos casos muestran que el legislador, al menos en Chile, no necesita que los tribunales llamen su atención. Y muestran también que las minorías no tienen mayor razón para sentirse protegidas por el hecho de tener acceso procesalmente expedito a un juez con jurisdicción constitucional.

2) Esas consideraciones sirven también para responder el segundo punto. En Chile merece cierta consideración (por parte de todos los que hablan de la “mera” regla de mayorías), al menos como hipótesis de trabajo, la tesis de que el legislador no ha mostrado ser una amenaza especialmente peligrosa para los derechos constitucionales, mientras las cortes sí lo han sido. De modo más general, los argumentos dirigidos contra el legislador alcanzan también a los tribunales:

Hay una intuición común en el sentido de que no se puede confiar al Congreso la protección de los derechos individuales [...] por cuanto ellos juegan en contra de su propio interés. Eso sería, se dice, como poner al zorro a cuidar el gallinero. Pero la Corte es un zorro también. Incluso si la Corte hace esfuerzos de buena fe para proteger los límites que la Constitución impone al Congreso, su propio interés en maximizar su poder la inducirá a equivocarse en el sentido de limitar demasiado al Congreso. Quienes asumen que la Corte actuará de buena fe para proteger la Constitución se niegan, en este contexto, a asumir que el Congreso actuará de buena fe. De alguna manera ellos piensan que el interés del Congreso por maximizar su poder opera, no junto a, sino en vez de su buena fe; no conozco razón alguna para adoptar esta suposición respecto del Congreso y no respecto de la Corte (Tushnet, 1999: 199n58).

En definitiva: si el argumento es un argumento de hecho (*e.g.* el Congreso abusará de sus atribuciones mientras los tribunales no lo harán),

---

<sup>22</sup> Sobre las garantías constitucionales en el proceso penal, véase Matus (1994: 65-77). Estoy en deuda en esta parte con Jean Pierre Matus.

entonces ya es hora de que ese argumento sea defendido con consideraciones empíricas. Es incluso posible aceptar (cuestión sobre la que ahora callo) que *en principio* el Congreso parece más peligroso que los tribunales. Lo que importa no es lo que ocurre en teoría o en principio, sino lo que *de hecho* ocurre (y ha estado ocurriendo por décadas) bajo nuestras narices.

*Experiencia.* En este debate, por supuesto, la experiencia y la tradición histórica y política chilena deben jugar un rol destacado. Es ahí donde uno puede efectivamente encontrar lo que no dan ni la teoría democrática ni la teoría del derecho. Antes de hacerlo, sin embargo, conviene detenerse a considerar la importancia del desplazamiento del problema de la teoría a la práctica constitucional: ya no estaremos discutiendo si el control judicial es democrático o no, sino si en circunstancias históricamente dadas es razonable confiar en los jueces más que en los representantes de la mayoría cuando se trata de abusos de poder. Uso este lenguaje habitualmente extraño a discusiones político-legales, *i.e.* “confiar”, para destacar que de lo que se trata no es de eliminar las posibilidades de abuso: con revisión judicial los jueces podrán abusar y sin revisión judicial las mayorías podrán abusar. Aunque es posible que ninguno de los dos nunca trate de abusar, las instituciones deben estar preparadas para procesar esas actuaciones y en lo posible evitar que ello ocurra.

Las pocas líneas que nuestros constitucionalistas le dedican al tema de la revisión judicial de constitucionalidad no se hacen cargo de examinar su justificación a la luz de la experiencia. Nuestros autores suelen creer que ella se justifica ya por argumentos basados en la teoría democrática o en consideraciones de lógica jurídica o en el significado de la idea de “supremacía constitucional” o en la naturaleza del derecho. Estos argumentos, como hemos visto, fracasan. Cuando la experiencia es mencionada, ella no es considerada seriamente. Un ejemplo extraordinario de la displicencia con la que la experiencia es tratada lo constituye la siguiente (*única*) consideración al respecto de Alejandro Silva:

El riesgo de confiar la definición de materia tan trascendente [establecer de modo definitivo qué dice la Constitución] a un órgano de carácter político es evidente, porque sus decisiones no alcanzan verdadera eficacia o se transforma el órgano que las dicta en órgano de la más alta autoridad en el Estado, justamente por la máxima relevancia de esa función.

*La experiencia parece abonar tal conclusión.* El documento expedido en el año VII de la revolución (1799) confió al senado conservador la atribución de mantener o de anular todos los actos que le denunciaban como inconstitucionales el Tribunado o el Gobierno

(art. 21). Fue paradójicamente por medio de senado-consultos como se entronizó el consulado vitalicio y luego el imperio del primer Napoleón (Silva, 1997: 126, cursivas agregadas).

Silva tiene razón cuando sostiene que el que tiene autoridad para declarar definitivamente qué dice la Constitución en algún sentido adquiere, “por la máxima relevancia de esa función”, “la más alta autoridad en el Estado”. El “peligro evidente” de entregar esas decisiones a un cuerpo político es aun más grave cuando se trata de entregarlo a un cuerpo judicial, y esta vez sí por consideraciones de teoría democrática: en una democracia la autoridad más alta del Estado debe ser elegida por y responsable ante el pueblo.

Lo increíble de esta cita, sin embargo, radica en que la experiencia que para Silva “abona tal conclusión” ¡es un problema ocurrido en Francia revolucionaria hace dos siglos! El libro de Silva, publicado en 1997, podría haber hecho referencia, por ejemplo, a la experiencia contenida en el informe Rettig sobre el comportamiento de los órganos judiciales durante la dictadura militar, o podría haberse referido a la manera en que bajo la Constitución de 1925 y luego de 1980 la Corte Suprema ejerció su jurisdicción constitucional a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o a la manera en que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema han ejercido su potestad de protección desde 1977 o a la forma en que el Tribunal Constitucional ha ejercido su jurisdicción en sus casi 20 años. *Ésa* es la experiencia que resulta relevante para el problema de diseño institucional *chileno*. A estas alturas, lo que pasó en los años siguientes a la revolución francesa es puramente anecdótico. La sección siguiente de este artículo tiene por objeto ofrecer algunas consideraciones preliminares para pensar que esa experiencia sugiere de modo bastante enfático restringir dramáticamente la competencia constitucional de nuestros órganos judiciales.

### **El extraño caso de la víctima insatisfecha**

Hemos llegado, entonces, a dos conclusiones: La primera, por un lado, es que el problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad no es solucionado ni por la teoría democrática ni por la teoría del derecho que son, por así decirlo, demasiado “delgadas” para eso. La justificación debe darse en términos de la experiencia, sobre la base del estudio de las tradiciones históricas y jurídicas de los países en cuestión. La decisión es *política*, y debe basarse sobre razones políticas: argumentos

de justicia y de conveniencia; ¿es el precio a ser pagado por un sistema de revisión judicial de constitucionalidad demasiado alto en términos de otros valores políticamente relevantes? De esto se sigue que nadie tiene un *derecho* a la protección judicial de sus derechos constitucionales, si por derecho se entiende, siguiendo la estipulación de Dworkin, “cartas de triunfo frente a decisiones políticas”. El intento de presentar la revisión judicial de constitucionalidad como una cuestión que tiene que ver con lo que una *verdadera* democracia exige es parte de la obsesión liberal con el vaciamiento de la política: equivale a remover ese tema (*i.e.* el debate sobre la conveniencia de un sistema judicial de revisión constitucional) de la agenda política, declarándolo más allá de lo que un compromiso democrático real permite (sobre el tema del vaciamiento de la política volveré en la última sección. Sobre la “obsesión liberal”, véase Alejandro, 1998: 115ss).

La segunda conclusión es que la decisión es sobre a qué órgano entregar un poder sin control jurídico. La idea de un poder sin control parece ser contraria a los principios fundamentales del constitucionalismo, pero basta una somera reflexión en torno al problema para entender que ello sí es *conceptualmente* (no sólo *prácticamente*) necesario, al menos en la medida en que uno espere que los problemas de interpretación de la Constitución sean resueltos en plazos razonables. Alguien o algo tiene que tener autoridad y potestad para declarar qué dice la Constitución, para declarar si una ley en particular es o no inconstitucional. Y que alguien o algo tenga autoridad final para establecer lo que la Constitución dice, quiere decir que lo que ese alguien o algo dice no puede a su vez ser declarado contrario a la Constitución, de modo que valdrá como declaración del contenido de la Constitución aun cuando esté equivocado. Ésta es, de nuevo, la distinción entre *definitividad* e *infallibilidad*. Si los problemas constitucionales deben ser resueltos, entonces necesariamente alguien o algo podrá adoptar decisiones definitivas. De eso, sin embargo, *no se sigue* que esas decisiones sean infalibles. Quien detente ese poder puede ser el Poder Legislativo, por la vía de decidir ante sí, y sin posibilidad de ulterior recurso, si una ley es violatoria de la Constitución; o puede ser el Tribunal Constitucional, si existe uno que tenga autoridad para decidir si las decisiones al respecto tomadas por el Poder Legislativo son correctas; o puede ser la Corte Suprema, si ella tiene potestad para decidir sobre la inaplicabilidad de las leyes; o puede ser mixto, si en algunos casos la autoridad está entregada a uno de estos órganos y en otros a otro. Pero en cada caso alguien necesariamente tiene que tener el poder para decidir de manera tal que la decisión valga aunque sea equivocada. Y es este órgano, en conse-

cuencia, el que puede abusar de su poder<sup>23</sup>. A quién entregar ese poder es, en consecuencia, un problema fundamental de distribución del poder.

El extraño caso de la víctima insatisfecha es la historia del sujeto que es golpeado y cuya reacción es entregar al atacante un martillo para que lo golpee con más efectividad. En Chile, los académicos progresistas han tenido un juicio altamente crítico del desempeño de los tribunales en las últimas décadas. No podría ser de otra manera. Pero la paradoja es que *al mismo tiempo ellos sostienen que la solución* para eso pasa por entregarles *más* poder. El síndrome de la víctima insatisfecha es extraordinariamente extendido en las pocas páginas que nuestros autores le dedican a este tema.

En esta sección, quiero 1) discutir algunas de las manifestaciones de este síndrome, mostrar su incoherencia fundamental y cómo la solución para los problemas a los cuales apuntan pasan por medidas *exactamente contrarias* a las sugeridas por las víctimas del síndrome; y 2) mostrar una serie de razones que en mi opinión justifican sobradamente un marcado escepticismo respecto de la conveniencia de un sistema de revisión judicial de constitucionalidad para Chile.

*El síndrome. Casos clínicos.* Un ejemplo interesante, particularmente interesante ya que su protagonista es una periodista y no un abogado, es el del censurado *Libro negro de la justicia chilena*, de Alejandra Matus. El libro es un catálogo del desempeño del Poder Judicial, fundamentalmente durante la dictadura militar (la corrección o incorrección de ese catálogo es aquí irrelevante). Matus alega que la corrupción judicial alcanzó niveles

---

<sup>23</sup> La existencia de mecanismos de control equivalentes a nuestra acusación constitucional (art. 80 de la Constitución) no obsta a esta conclusión (en todo caso, los miembros del Tribunal Constitucional no pueden ser acusados constitucionalmente). Si estos mecanismos son corrientes, y son puestos en marcha por el solo hecho de que el órgano que conoce de ellos está en desacuerdo con la interpretación dada a la Constitución por otro órgano, entonces podemos simplemente decir que es ese órgano (*i.e.* el que conoce de la acusación constitucional u otro equivalente) el que tiene la autoridad final, el poder sin control jurídico. Y si, como en el caso chileno, ese mecanismo es excepcional, y procede sólo en casos extremos, entonces podemos decir que en los *hechos*, políticamente hablando, el control no existe o es extraordinariamente débil. En Chile fue necesario que ocurrieran los espantosos eventos post-1973, que de la mayoría de ellos conocieran tribunales abiertamente parciales y preocupados de no esclarecer los casos (*i.e.* los tribunales militares), que un caso concreto fuera entregado con argumentos contradictorios a esos tribunales, y que entre los jueces que así decidieran estuviera uno considerado (justa o injustamente: ése no es aquí el tema) particularmente corrupto, *todo esto al mismo tiempo*, para que un miembro de la Corte Suprema fuera destituido. Lo excepcional de la situación justifica ampliamente la afirmación de que, en circunstancias normales, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional pueden cometer errores extraordinariamente importantes de interpretación sin por ello ser objeto de ningún control (sobre la acusación constitucional, véase la recopilación de textos anotados y editados, con una introducción, en Atria y Fuentes, 1993).



desconocidos hasta entonces, y que nuestro Poder Judicial, con contadas excepciones, no sólo toleró las ilegalidades y arbitrariedades del gobierno de Augusto Pinochet, sino que se desvivió en hacer las cosas más fáciles para la dictadura, renunciando a ejercer las facultades conservadoras que la Constitución y las leyes le entregaban. Pero el libro paradójicamente termina criticando el modelo exegético de aplicación judicial. Matus alega que

[e]n las aulas de las escuelas de Leyes, los alumnos estudian a Hans Kensel [sic]. El teórico dice que el Derecho es el ordenamiento de la conducta humana [...]. “La autoridad jurídica exige una determinada conducta humana sólo porque —con razón o sin ella— la considera valiosa para la comunidad jurídica de los hombres” explica. Los estudiantes, entonces, aprenden lo mismo que parece sentido común en las calles: que “lo justo” es lo deseado por la mayoría, e “injusto” lo que se opone a esa voluntad (Matus, 1999: 333).

Matus cree que a esto se opone el consenso internacional sobre los principios básicos en que se fundan los derechos humanos:

[A]sí, los tribunales de justicia [de “las naciones que adscriben a tales principios —Chile entre ellas”] tienen tanto la obligación de sancionar los delitos, como la responsabilidad de defender la vida, la integridad física, la libre expresión de ideas y todos los demás derechos reconocidos a sus ciudadanos (Matus, 1999: 333).

Los tribunales chilenos, sin embargo, no han cumplido esa responsabilidad: “qué lejanos han estado nuestros tribunales, en especial durante las últimas dos décadas, de tales conceptos”, dice ella inmediatamente después.

¿Cuál es, según Matus, la causa de esta actitud de los tribunales?<sup>24</sup> . Ella cree que (parte de) la respuesta está en la actitud interpretativa de los tribunales:

Montesquieu la definía así: “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes [...]. De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo”. Ésa es, al parecer, la concep-

---

<sup>24</sup> Tengo algunas diferencias con Matus que no vienen al caso: por ejemplo, no creo ni que los estudiantes aprendan en las escuelas de derecho, ni que sea de sentido común en las calles, ni que Kelsen crea que “lo justo” es lo deseado por la mayoría. No me detendré sin embargo en este punto.

ción que dominó en el sistema chileno hasta hoy. En un país situado en el extremo sur del mundo [...] ha habido un poder judicial nulo [...]. La explicación que han dado los tribunales sobre su proceder durante el gobierno militar tuvo su fundamento en esta doctrina. “Sólo aplicamos la ley” (Matus, 1999: 333-334)<sup>25</sup>.

La solución<sup>26</sup> se encuentra en aceptar la “nueva significación” que la judicatura ha adquirido en el derecho comparado:

El derecho moderno reconoce que el legislador es incapaz de predefinir todos los posibles conflictos jurídicos. La función del juez es hoy en día inevitablemente volutiva [sic]. Su poder radica precisamente en la facultad de interpretar la Constitución y las leyes con el fin de “hacer” justicia (Matus, 1999: 335).

El libro de Matus dirige fundamentalmente dos tipos de críticas a los tribunales de la república: por un lado, ellos fueron condescendientes con la dictadura; por otro, ellos alcanzaron grados de corrupción inéditos en la historia judicial chilena.

Ninguno de estos problemas, sin embargo, tiene que ver con el formalismo como actitud interpretativa. Y dado el diagnóstico (a mi juicio acertado en sus rasgos generales) que Matus hace del problema (*i.e.* condescendencia y corrupción), seguir la sugerencia de Matus y reconocerles poder para “moderar la fuerza o el rigor de las leyes”, para “interpretar la Constitución y ‘hacer’ justicia”, es equivalente a sostener que “porque” la policía ha sido arbitraria se le debe reconocer más discreción para decidir a quién detener y a quién no molestar. Reconocer a los tribunales la facultad que Montesquieu les negaba, esto es, la de “moderar la fuerza o el rigor de las leyes” significa entregarles un poder adicional, y su comportamiento en las dos últimas décadas no ha sido tal que lo pueda hacer pensar a uno que ellos merecen esa cuota adicional de poder.

Es posible que Matus haya sido confundida por las declaraciones de los jueces sobre su actividad, en la que ellos ciertamente dicen que adoptan una línea formalista. Estas declaraciones tienen por objeto negar la responsabilidad de los tribunales por sus actuaciones. Como Matus sabe (o debe-

<sup>25</sup> La referencia es, desde luego, a Montesquieu (1748: 194).

<sup>26</sup> No estoy insinuando que Matus crea que el formalismo de los tribunales es la *única* causa de (ni que crea que la adopción por ellos de una actitud interpretativa más integradora sea la *completa* solución a) los problemas que describe. Pero no cabe duda de que a su juicio el primero es una importante causa y la segunda una importante mejora, lo suficientemente importantes como para terminar su libro con esa reflexión.

ría saber) que ellos *no* fueron formalistas, que en muchos casos los miembros de tribunales superiores de justicia no cumplieron la ley, ya sea por corrupción o por condescendencia con el poder, ella sabe (o debería saber) que es falso que el Poder Judicial no tiene responsabilidad en sus actuaciones porque sólo aplicaba la ley.

No quiero detenerme en las acusaciones de corrupción que hace Matus, sino en la condescendencia con el poder. No sólo Matus ha llamado la atención sobre eso, aun cuando su libro es uno de los relatos más completos al respecto. El *Informe* de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación<sup>27</sup> también ha evaluado de un modo altamente crítico la actividad de los tribunales de justicia durante la dictadura militar, en función, precisamente, no de su legalismo, sino de su escaso celo en el cumplimiento de sus obligaciones legales y en el ejercicio de sus facultades también legales: según la Comisión, los tribunales, entre otras críticas, fallaban los recursos de amparo fuera de los plazos legales (364s), no acostumbraban apremiar conforme a la ley a las autoridades para emitir sus informes en los procedimientos de amparo (365), toleraron sistemáticamente detenciones ilegales (365s), no acostumbraban exigir el cumplimiento de las restricciones legales respecto de los lugares de detención (366), no velaron por el cumplimiento cabal de las normas relativas a la incomunicación de detenidos (367s), descansaron de modo desmesurado en la información entregada por la autoridad administrativa (369s), y renunciaron (en este caso la Corte Suprema) a su facultad de superintendencia sobre los tribunales militares en tiempos de guerra (371).

Una crítica adicional hecha por la Comisión al Poder Judicial es “el exagerado formalismo para interpretar la ley” (372). Pero esta crítica es obviamente inconsistente con las anteriores. La respuesta de la Corte Suprema en este punto no se hizo esperar:

El más rotundo repudio merece la observación de que los tribunales se ciñeron, con demasiado apego, a la ley. Los jueces llamados por su ministerio a aplicarla, no a crearla, tienen un solo camino para hacerla cumplir, el que les ordena el artículo 19 del Código Civil, esto es, carecen de toda potestad para darle un sentido distinto del que ofrece su texto literal, cuando éste es claro, para manifestar la idea del legislador. Si dejaran de hacerlo traicionarían lo medular de su misión, como instrumentos de la misma ley.

---

<sup>27</sup> Las referencias al *Informe* son al extracto publicado en *Estudios Públicos* (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, también conocida como “Comisión Rettig”, 1991). Aunque éste es sólo un extracto (cf. *idem*, 293n), la sección pertinente es reproducida en toda su extensión. Los números entre paréntesis en este párrafo y en el siguiente son referencias a esta publicación.

Los jueces son y deben ser los más fieles cumplidores de la ley, para ellos sigue siendo la razón escrita, nacida como un fruto de las contingencias de la vida de un país, en un tiempo dado, a ella deben someterse y conforme a ella resolver los asuntos entregados a su competencia.

De este modo, si ahora se reprocha la orientación que se dio a la actividad legislativa en detrimento de las atribuciones de los Tribunales Ordinarios, no puede recaer en los hombros de los jueces ninguna responsabilidad al respecto (Corte Suprema, 1991: 242-243)

Esta afirmación muestra del modo más evidente el rol *ideológico* del formalismo como actitud interpretativa<sup>28</sup>. Es claro, sin embargo, que en el mismo instante en que la corte se autoabsuelve culpando a “la orientación que se dio a la actividad legislativa” ella debe asumir toda la responsabilidad por las otras críticas contenidas en el informe. Es por esto insólito que críticos del Poder Judicial (*e.g.* la Comisión Rettig o Alejandra Matus), cuyas censuras se basan en la displicencia con que los tribunales tomaron sus obligaciones legales, acepten esta ideología como explicación a esas fallas. Si esta ideología es aceptada como explicación de los problemas que impidieron al Poder Judicial proteger los derechos durante las dos últimas décadas, entonces la solución será, naturalmente, la sugerida por Matus: dar a los tribunales mayor discreción para “moderar la fuerza o el rigor de las leyes” con el objeto de garantizar una mejor protección de los derechos humanos. Sin embargo, si la crítica inicial de la Comisión y de Matus es correcta, ya hemos visto cómo los tribunales han “moderado la fuerza y el rigor de las leyes” con el objeto de *disminuir* la protección de los derechos, y aumentar esa discreción puede resultar gravemente contraproducente.

*De remedios y de enfermedades.* En todos estos casos la figura es la misma: primero, el desempeño del Poder Judicial en las últimas décadas es duramente criticado. La razón de la crítica, debe decirse, también es siempre la misma: que los tribunales han dejado de cumplir su función de aplicar la ley. Han renunciado a ejercer las facultades que la ley les confiere. Lo extraordinario es que la solución resulta, matices aparte, ser siempre la misma: entregar *más* poder a los jueces, quizás con la esperanza de que ellos lo ejercerán sólo una vez superado cierto umbral de saturación<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Aquí, a diferencia de la primera sección de este artículo, uso la palabra “ideológico” en un sentido derogatorio ortodoxamente marxista, es decir, como una instancia de *falsa conciencia*, “falsificada y distorsionada de un modo sistemático, por procesos causales que impiden la búsqueda de la verdad” (Elster, 1986: 168.)

<sup>29</sup> Esta paradoja ha sido expuesta previamente: véase Ruiz-Tagle (1990: 156-7), quien sostiene que durante la dictadura militar “ni el Legislativo, ni el Ejecutivo, ni el Colegio de Abogados, ni ninguna otra institución, han controlado verdaderamente a los jueces. Ni siquiera los militares están en una situación de irresponsabilidad pública semejan-

A modo de especulación, es posible ofrecer la siguiente explicación para el hecho de que la posición de la Corte Suprema expresada en la cita anterior (*i.e.* su formalismo como actitud interpretativa) sea aceptada como un diagnóstico correcto de la situación (correcto en el sentido de que esa actitud fue la causa de los problemas, y que para superarlos es necesario acabar con esa actitud interpretativa): sostener que los tribunales deben ser no *menos* sino *más* formalistas (que es la conclusión natural de mi argumento) parecería apoyar a la Corte en afirmaciones como la citada (Corte Suprema, 1991: 242-3), y demostrar de esta manera un apoyo al menos indirecto a su actuación durante la dictadura. Mi impresión es que esto es lo que lleva a críticos como Matus o la Comisión (o Carlos Cerda o Humberto Nogueira, según Ruiz-Tagle) a demandar una actitud interpretativa más agresiva. Pero el diagnóstico de estos críticos es incompatible con sus recomendaciones, y la solución a este entuerto parece clara: es la afirmación de la Corte la que debe ser negada. Nuestros tribunales no han sido formalistas, sino precisamente lo contrario. Si hubieran sido formalistas, quizás algunas de las barbaridades relatadas en el informe Rettig no habrían ocurrido (por supuesto, la afirmación “nuestros tribunales no han sido formalistas” no es falseada sino confirmada por el formalismo selectivo).

Contra todo lo anterior, podría objetarse que de lo que se trata no es de considerar la experiencia chilena sólo de esos años. Después del golpe militar de 1973 todas las demás instituciones del Estado colapsaron, y en ese contexto no es extraño que los tribunales no hayan cumplido su función de aplicar la ley. Lo que cabe hacer es considerar la experiencia nacional en tiempos de normalidad democrática.

Quiero, entonces, ofrecer dos tipos de consideraciones que muestran que incluso en tiempos de normalidad democrática el comportamiento de los tribunales de justicia no permite suponer que ellos merecen la confianza que representa el entregarles poder para aplicar la Constitución. La primera tiene que ver con el desempeño de los tribunales como intérpretes de la

---

te. Los propios jueces perpetuaron la Corte Suprema y pretendieron, en complicidad con el gobierno, controlarse a sí mismos, usando como garrote y zanahoria el sistema de ascenso. Qué pena da decirlo, pero qué mal lo han hecho algunos jueces chilenos habiendo sido independientes e irresponsables. Entonces, llama poderosamente la atención que estas ideas de independencia y fortalecimiento hayan prendido en personas de ideas avanzadas, como [Carlos] Cerda, y que incluso apoyados por el trabajo comparativo de otros autores como el profesor Humberto Nogueira, estas mismas ideas hayan llegado a formar parte del programa de la Concertación por la Democracia. La paradoja es enorme, porque en los trabajos de Nogueira se hace un delicado análisis de las actitudes de la Corte Suprema en relación al debilitamiento del principio de unidad jurisdiccional y las facultades del Poder Judicial, del cual se desprende que esta situación se ha producido *principalmente debido a las limitaciones que se han autoimpuesto independientemente los jueces*”. Ruiz-Tagle se refiere a Cerda (1984) y Nogueira (1984).

Constitución desde 1925 en adelante, en particular en materias relacionadas con el derecho de igualdad (actual art. 19 N° 2 de la Constitución). La conclusión será que tal desempeño fue pobre. La segunda intenta generalizar esta conclusión, como consecuencia normal del tipo de dogmática constitucional que hay en Chile. La tesis a defender será que esa dogmática es tal que no permite abrigar esperanzas respecto de la capacidad de los tribunales para aplicar la Constitución con la sofisticación que los conflictos constitucionales requieren, y que esa falta de sofisticación se demuestra en el manejo que han dado a la idea de igualdad.

Lo que sigue es sólo un apretado resumen de las conclusiones principales de mi libro *Los Peligros de la Constitución* (Atria, 1997b). Ese libro traza la historia del desarrollo de los criterios interpretativos de la idea de igualdad que pueden ser recogidos en la jurisprudencia relevante.

Las conclusiones de ese estudio son poco alentadoras: la experiencia chilena en la protección constitucional de la igualdad ha sido desafortunada. La Corte ha sostenido, entre otras cosas, 1) que la igualdad consiste en la exclusión de privilegios, pero no ha dicho cómo distinguir algunos privilegios que ella no considera inconstitucionales de los que lo son<sup>30</sup>; 2) que la igualdad implica *igualdad absoluta*, pero eso no ha sido nunca seriamente aplicado a caso alguno<sup>31</sup>; 3) que, entonces significa *igualdad relativa*, es decir, que sólo los que están en iguales condiciones deben ser tratados igualitariamente<sup>32</sup>; 4) que la igualdad significa que no se pueden dictar

---

<sup>30</sup> En una significativa línea de casos los tribunales han dicho que la Constitución excluye los *privilegios*. Esto no es extraño, ya que la Constitución de 1925 (art. 10 N° 10) disponía que “en Chile no hay clase privilegiada”, declaración que en la Constitución de 1980 (art. 19 N° 2) cambió a “en Chile no hay personas ni grupo privilegiado”. Véase *Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas*, c5 (59 RDJ (1962), 2-1, pp. 352-358), *Sepúlveda Velozo, J. Alberto* (53 RDJ (1956), 2-1, pp. 98-100), *Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones con Empresa de Cemento Cerro Blanco de Polpaico SA* (66 RDJ (1969), 2-1, pp. 243-258.) *Aldoney, Guillermo y otros con Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar y otros.* (85 RDJ (1988), 2-5, pp. 57-60). En todos estos casos la corte respectiva sólo dice que el recurso debe ser acogido o rechazado porque la disposición o el acto recurrido confiere o no un privilegio a personas o grupos que se encuentran en circunstancias similares. Pero no ofrece una explicación de cuándo las circunstancias son similares. Eso quiere decir, como sostiene el texto, que no hay posibilidad de saber cuáles son los criterios que la Corte del caso usa para determinar si el beneficio o gravamen conferido o impuesto es o no constitucional.

<sup>31</sup> En dos casos, *SOCOVEM Ltda.* (60 RDJ (1963) 2-1, pp. 247-254) y *Zúñiga Latorre, Arturo* (48 RDJ (1951) 2-1, pp. 65-69), la Corte Suprema ha sostenido que la Constitución consagra la igualdad *absoluta*, es decir, “la ley debe ser una misma para todos sus habitantes [de Chile] y que todos gozan de igual libertad, sin que pueda legislarse en favor o desmedro de clases sociales determinadas” (*Zúñiga*, c4). Esta tesis es claramente insostenible.

<sup>32</sup> Ésta es la idea que ha sido sostenida de modo más extendido por la jurisprudencia nacional. Lamentablemente, su contenido es prácticamente nulo más allá de la trivial afirma-

disposiciones jurídicas particulares, pero que eso no implica la inconstitucionalidad de una ley que distribuye desigualmente derechos entre tres personas individualmente identificadas<sup>33</sup>; y, en fin, 5) que la igualdad se opone a discriminaciones que a ella le parecen obviamente privadas de razón, pero no ha hecho público cómo (demonios) esto se puede saber de

---

ción (que de hecho puede ser usada para justificar cualquier discriminación: véase Corral, 1993, para una defensa, basada en esta idea, de la increíble tesis de que la igualdad no sólo no se opone, sino que *exige* la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos), de que la igualdad demanda que los iguales sean tratados igualmente y los desiguales desigualmente. Ha recibido dos versiones: la primera, que en *Los peligros de la Constitución* llamé la “versión débil”, sólo afirma que la igualdad relativa exige que se trate igualmente a quienes *la ley* ha clasificado en la misma clase. Esta interpretación es “débil” porque niega cualquier contenido garantístico a la igualdad, más allá de un mandato tautológico que exige que la ley sea aplicada. Entendida así, la igualdad ante la ley “exige tan solo aquello que, de todos modos, vale si las normas jurídicas son válidas” (Alexy, 1993: 382). La segunda versión (“fuerte”) exige que se trate igualmente a quienes están en situaciones *de hecho* similares, y por consiguiente tiene el contenido garantístico del que la primera versión carece. Ese contenido garantístico, sin embargo, se traduce en pura y simple arbitrariedad judicial cuando los criterios para determinar la igualdad de hecho no son sino creados *ad hoc* por la corte que decide el caso, *para el caso*. Habitualmente la elección entre una y otra versión indica la voluntad de la corte del caso de acoger o rechazar el recurso de inaplicabilidad o protección (una excepción es *Sociedad Hospital Alemán de Santiago* (61 RDJ (1964), 2-1, pp. 269-272), en el cual el recurso de inaplicabilidad es desechado pese a que la Corte razona sobre la base de la versión fuerte. El argumento para desecharlo, sin embargo, es un simple “no vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley, puesto que establece una misma norma para todos los ciudadanos que se encuentren en similares condiciones”, c4). Así, por ejemplo, en *Cussen Mackenna, Albert y otros con Superintendente de AFP* (86 RDJ (1989), 2-5, pp. 107-110), la Corte sostuvo que una instrucción de la recurrida que obligaba a las AFP que tuvieran 500 ó más accionistas o que al menos el 10% de su capital perteneciera a un mínimo de 100 accionistas, a publicar la remuneración total recibida por sus ejecutivos, era arbitraria, “en razón de que sólo se imparte, no respecto de todas las AFP y de todos sus ejecutivos, sino sólo de las que tengan 500 o más socios y de las que al menos el 10% de su capital pertenezca a un mínimo de 100 accionistas, y respecto de unas y otras sólo en relación con sus 15 más altos ejecutivos, sin que aparezca motivo alguno que justifique esta discriminación” (c.3). El razonamiento no explicitado por la Corte probablemente indica que ella consideró que, para estos efectos, la clase relevante (esto es, la clase de los que estaban en “similares condiciones”) incluía a *todas las AFP* y a *todos sus ejecutivos*, y no sólo a los señalados en la circular recurrida. No hay razón por la cual no pueda alegarse que la clase relevante era precisamente la de las AFP y los ejecutivos afectados. La Corte no allega ningún argumento en tal sentido y, quizás percibiendo este defecto, declara que no aparece “motivo alguno que justifique esta discriminación”. Si la Corte hubiera aplicado la versión débil de la igualdad relativa, la instrucción recurrida habría pasado el examen. Nadie, sin embargo, puede saber, leyendo la sentencia, cuáles fueron las razones de la corte para no hacerlo. Para una discusión de las sentencias en que es invocada la idea de igualdad relativa en sus dos versiones y una fundamentación más completa de las afirmaciones contenidas en esta nota véase Atria (1997b: 44-53).

<sup>33</sup> Pese a que una de las afirmaciones más reiteradas de la jurisprudencia sobre igualdad en el siglo ha sido que ésta prohíbe la dictación de leyes que distribuyan derechos basadas en “atributos estrictamente particulares”, cuando las cortes se han enfrentado a esas leyes no siempre han declarado su inconstitucionalidad: el caso referido en el texto es *González Aliaga, Rafael* (67 RDJ (1970) 2-1, pp. 529-534; véase, sin embargo, *Braden Copper Co.* (45 RDJ (1948) 2-1, pp. 3-8). Cf. Atria (1997b: 56-61).

antemano<sup>34</sup>. En Chile, la posibilidad de los tribunales de proteger (a través del recurso de protección o de inaplicabilidad) la garantía constitucional de la igualdad no ha significado mayores niveles de protección de esa garantía, sino simple arbitrariedad judicial<sup>35</sup>.

Por regla extraordinariamente general, estas maneras de entender el artículo 19 N° 2 (o 10 N° 10) son invocadas como meras *etiquetas*, manteniendo silencio los tribunales que lo hacen respecto de la cuestión crucial para cada uno de ellos: qué hace a un privilegio *especial*, cuáles son los casos (si es que hay alguno) en los que la igualdad puede ser entendida como *absoluta*, quiénes cuentan como estando en *iguales condiciones*, cuándo la legislación conforme a *atributos estrictamente particulares* es inconstitucional, cuándo (si alguna vez) una discriminación es suficientemente *obvia* para que pueda ser declarada inconstitucional sin argumentos, etc. Ni los tribunales ni la dogmática constitucional han hecho un esfuerzo serio por indicar criterios generales sobre cómo estas ideas pueden ser aplicadas. No se trata, desde luego, de idear fórmulas mecánicas, sino criterios que permitan entender que cuando una discriminación es declarada inconstitucional ello obedece no sólo a arbitrariedad judicial, sino que es consecuencia razonada de ideas abstractas sobre la igualdad (¿qué, si no, es el Estado de Derecho?).

Es estrictamente posible, aunque dudoso, que el fracaso de los tribunales bajo las constituciones de 1925 y 1980 en desarrollar una jurisprudencia razonable sobre el contenido y alcance del art. 10 N° 10 y 19 N°2, respectivamente, sea una excepción y que en otras materias ello no ocu-

---

<sup>34</sup> Esto también ha sido una constante. Considérese *Gómez Gallo, Jonás con Sinay Sebastopol, Gil* (126 *Memorándums de la Oficina Coordinadora*, 1986). En este caso, la mayoría de la sala respectiva de la Corte Suprema revocó un fallo de primera instancia, considerando que el administrador provisional del banco de cuya licitación se trataba había discriminado arbitrariamente en contra del recurrente. Sin embargo, pese a revocar el fallo de primera instancia y de ser fallado por mínima mayoría, el *único* argumento que la sentencia formula para arribar a la resolución dice que “en la especie se dan los presupuestos para estimar vulneradas las referidas garantías *como quiera* que constituye una discriminación arbitraria el hecho de exigir que los oferentes que participen en la mencionada licitación no deben tener determinado parentesco con antiguos accionistas, directores o administradores de la empresa intervenida. Tal exigencia en cuanto a la calificación de los oferentes no obedece a ningún antecedente razonable, ya que *su sola mención es bastante para concluir que no puede fundarse en ninguna motivación seria y aceptable sino que, por el contrario, es simplemente caprichosa y arbitraria*” (c.4). Véase Atria (1997b: 77-79) para otros casos en que problemas de importancia han sido solucionados de esta manera.

<sup>35</sup> Es difícil transmitir en este apretado resumen la desazón que produce el análisis de la jurisprudencia en materia igualitaria. Aquí sólo quiero dejar constancia de que los casos citados más arriba no son particularmente excepcionales desde el punto de vista de los que no han sido mencionados. El lector interesado deberá verificar eso en el libro ya citado.



rra<sup>36</sup>. Sin embargo, el tratamiento de la garantía constitucional de la igualdad, probablemente la más importante de todo el sistema de protección constitucional, es consecuencia de causas que no dicen relación con alguna cualidad específica de ésta.

Enfrentado a un caso sobre igualdad, ¿qué puede pedirse al tribunal? Hemos visto que no hay muchos recursos que pueda extraer de 70 años de jurisprudencia. ¿Puede mirar a la dogmática constitucional? La verdad es que poco encontrará en los tratados de nuestros autores más que repeticiones de la trivial “igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales”. ¿Cómo aplicar esta idea en una sentencia? ¿Cuáles son las diferencias de hecho que justifican un trato desigual? ¿Hay diferencias de hecho que *nunca* pueden justificar *ninguna* diferencia de trato? ¿Hay algunas que pueden justificar *cualquiera*? Si (como yo creo) estas dos preguntas deben ser respondidas con una cautelosa negativa, entonces hay un problema de *juicio*: ¿qué diferencias de hecho valen para justificar cuáles diferencias de trato?<sup>37</sup> Éstas (y, desde luego, otras) son las preguntas que una dogmática constitucional desarrollada debería intentar responder. Por “responder”, desde luego, no me refiero a crear una fórmula incontrovertible. Pero la dogmática debería sistematizar, ordenar, proponer modos establecidos de enfrentar problemas constitucionales, etc. Poco de esto existe en Chile<sup>38</sup>.

Carlos Peña (s.f.) distingue tres etapas por las cuales ha pasado la función de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en el derecho comparado: 1) en la primera, que él asocia con el *judicial review* norteamericano (al menos, supongo, en la versión contenida en *Marbury v. Madison*), de lo que se trataba era sólo de asegurar la superioridad jerárqui-

<sup>36</sup> En materia de derecho de propiedad y contratos, sin embargo, la conclusión a la que Andrés Jana y Juan Carlos Marín arribaron no es muy diferente de la expuesta en relación con la garantía de igualdad: “los recursos han sido acogidos *sólo en ciertos casos*, y [...] los argumentos que ha utilizado la Corte cuando ha negado la protección pugnan con aquellos otros en los que los ha acogido. En otras palabras, *los mismos argumentos que los fallos han invocado para acoger o rechazar las protecciones podrían haber servido para resolver en sentido contrario*” (Jana y Marín, 1996: 134; las cursivas son mías sólo en el segundo caso).

<sup>37</sup> La negativa debe ser cautelosa porque, desde luego, uno puede *imaginar* ejemplos de diferencias que no pueden justificar ninguna discriminación (por lo tanto, en términos estrictos, la respuesta a la primera pregunta debería ser afirmativa). En los casos políticamente significativos (es decir, los que suscitan controversia política), sin embargo, el problema suele plantearse porque la diferencia de hecho no justifica la diferencia de trato, no porque la diferencia de hecho sea tal que no pueda usarse para hacer ninguna diferencia. Por ejemplo: ¿pueden establecerse diferencias de trato por razones de sexo? La tentación de responder negativamente es grande pero obviamente incorrecta cuando uno considera, por ejemplo, el reciente programa de vacunación contra la rubéola, que beneficiaba sólo a mujeres de entre 10 y 29 años de edad (véase Atria, 1997b: 64-69).

<sup>38</sup> Hay, por supuesto, excepciones: véase Jana y Marín (1996), en relación con el recurso de protección y los contratos.

ca de la Constitución; 2) en la segunda, identificada por Peña con la *Dritt-wirkung* alemana, las normas constitucionales “se conciben como fuentes genuinas de derechos para los particulares y directamente vinculantes [...] para los poderes públicos”; 3) la tercera es la de la “eficacia procesal directa”, es decir “la etapa en que se admite que los particulares, esgrimien-do la Constitución, y nada más que la Constitución, puedan solicitar una tutela judicial efectiva” (Peña, s.f.: 154). El sistema legal chileno reconoce eficacia procesal directa a la Constitución, por lo que Peña afirma que en Chile hay “una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argu-mentativamente arcaica” (Peña, s.f.: 155).

Que la práctica constitucional sea procesalmente avanzada significa que nosotros hemos saltado a la tercera etapa identificada por Peña, *i.e.* que la Constitución puede ser utilizada en Chile como base suficiente para la tutela de derechos. Ello requiere de grados de sofisticación argumentativa crecientes:

En conformidad con la *Dritt-wirkung*, la Constitución debe ser concebida como fuente efectiva de derechos subjetivos públicos que si no pueden ser transgredidos por la autoridad tampoco pueden serlo por los particulares, de manera que los derechos constitucionales —todos los derechos constitucionales [...]— limitan y ciñen el tráfico negocial privado y no sólo el derecho que se invoca mediante la vía procesal directa. Si es cierto que los derechos fundamentales comparecen en el tráfico cotidiano de los particulares, entonces deben también comparecer cuando se esgrime el derecho de propiedad (Peña, s.f.: 202).

En otras palabras: al invocar el derecho de propiedad por la vía del recurso de protección, por ejemplo, un recurrente o el tribunal que decide invoca por eso mismo y a la vez todo el sistema de garantías. Las exigencias del respeto al derecho de dominio en el caso concreto no pueden ser especificadas sin establecer cómo afecta a ese derecho la existencia paralela de *todas las otras garantías constitucionales*, incluso las que conforme al artículo 20 no son susceptibles de protección jurisdiccional.

El problema es, ¿cómo se hace esto? ¿Están nuestros tribunales en una posición tal que sea razonable que ellos crearán, por la vía de continuar inundándolos de recursos de protección, una jurisprudencia que reconozca la “influencia hermenéutica de la totalidad de los derechos constitucionales” (Peña, s.f.: 202)? ¿Pueden ellos encontrar, en los manuales o monografías de derecho constitucional chileno, indicaciones o guías al respecto? Estas preguntas deberían responderse a sí mismas para cualquiera que conociera el estado de nuestra dogmática constitucional.

Quiero añadir una tesis a la defendida por Peña: nuestra práctica constitucional es procesalmente avanzada *porque* es argumentativamente arcaica. *Porque* es argumentativamente arcaica nuestra práctica constitucional se ha desarrollado más allá de lo prudente sin que nuestros profesores se dieran cuenta de lo que ocurría. Ellos estaban demasiado ocupados felicitándose de los notables niveles que la protección de los derechos de las personas ha alcanzado en el sistema constitucional chileno, en una actitud autocomplaciente que les impedía ver tanto la distorsión que ello introducía al sistema democrático (que será discutida en la última sección) como el hecho de que no por hacer procesalmente más fácil el acceso a los tribunales los derechos estarían mejor protegidos. Una mirada a la jurisprudencia de igualdad ha mostrado que esa autocomplacencia es perniciosa.

Nótese que lo que es argumentativamente arcaico no es sólo el razonamiento contenido en sentencias judiciales. Parte de la explicación del tosco nivel de análisis constitucional en sede judicial está constituida por el tosco nivel de análisis de la dogmática constitucional fuera de los tribunales. En Chile no hay reflexión profunda sobre lo que las garantías constitucionales significan y cómo ellas deben ser aplicadas a casos complejos. Mal podría esperarse de nuestros tribunales que desarrollaran una doctrina que reconozca la “influencia hermenéutica de la totalidad de los derechos constitucionales” cuando nuestros constitucionalistas tampoco lo han hecho.

El paupérrimo desarrollo de nuestra dogmática constitucional no es un asunto baladí: la idea central de entregar a instancias jurisdiccionales más que explícitamente políticas la última palabra en la interpretación de la Constitución tiene que ver con la idea de que éstas intentarán decidir lo que la Constitución demanda con cierta distancia de los conflictos políticos que crean esos problemas. A falta de criterios dogmáticos, sin embargo, el órgano jurisdiccional que corresponda no podrá sino aplicar criterios políticos (véase Atria, 1993a). Y en estas circunstancias la existencia de una instancia llamada “jurisdiccional” no agrega nada al control de constitucionalidad ya producido a nivel de las instancias representativas. Si el objetivo del control jurisdiccional de constitucionalidad es lograr la “sujeción de la política al derecho” (Peña, s.f.: 198; Cea, 1997: 68), en las circunstancias actuales mantener el “sistema” chileno implica reemplazar la política democrática del parlamento por la política oscura, corporativa y conservadora de los tribunales<sup>39</sup>. La política no puede ser “sujetada al derecho” si no hay derecho al cual sujetarla.

---

<sup>39</sup> La “política democrática” del parlamento no es completa ni mucho menos mientras éste siga intervenido por parlamentarios designados. Vuelvo sobre este tema en la última sección.

¿No será que la revisión jurisdiccional de constitucionalidad se justifica *precisamente* por el escaso desarrollo de la dogmática constitucional? Esta tesis es más plausible de lo que parece. La idea es la siguiente: la dogmática constitucional es débil porque tradicionalmente la Constitución no ha sido muy relevante ni jurídica ni políticamente. Ahora que hay un extenso sistema de revisión jurisdiccional de constitucionalidad, eso es distinto. La revisión jurisdiccional de constitucionalidad ha producido la constitucionalización del derecho y la política, y ello ha puesto a problemas dogmático-constitucionales en el centro de agudas disputas jurídicas y políticas. Cabe pensar que, aunque aún no se ha desarrollado lo suficiente como para enfrentar esos problemas satisfactoriamente, la dogmática constitucional en un futuro no demasiado lejano lo hará. Sólo es necesario apretar los dientes y soportar algunos años o décadas, y terminaremos teniendo un sistema de revisión jurisdiccional de constitucionalidad razonable sujeto al control substantivo de una dogmática constitucional desarrollada y democrática<sup>40</sup>.

La discusión completa de este argumento debe darse al nivel de la sociología de las profesiones o de las ciencias y de la cultura jurídica chilena. El argumento asume una conexión causal bastante directa entre desarrollo dogmático y diseño institucional. Creo que, en general, el argumento es correcto en términos de su relativo optimismo en cuanto al desarrollo futuro de la dogmática, pero no me resulta convincente en cuanto a ese nexo causal. En otras palabras, creo que es razonable esperar que el derecho en general (y el derecho constitucional en particular) será en un futuro no demasiado lejano una disciplina propiamente académica, más que una cuestión de interés meramente profesional. Pero creo que las causas de eso no tienen mucha relación con el sistema de revisión jurisdiccional de constitucionalidad, sino más bien con las razones por las cuales el derecho no participó del despegue académico de las ciencias sociales en los años 50 o 60 (éste es un tema de importancia, sobre el cual espero poder volver en el futuro). Creo, sin embargo, que no es necesario entrar en este argumento para aportar dos consideraciones críticas sobre el argumento que estamos considerando:

1) En primer lugar, el sistema chileno de revisión jurisdiccional de constitucionalidad ya lleva casi 20 años funcionando<sup>41</sup>, y no parece haber

---

<sup>40</sup> Espero así haber hecho justicia al argumento que Patricio Zapata me planteara tantas veces.

<sup>41</sup>En cuanto al Tribunal Constitucional, desde luego. La sentencia rol N° 1 de ese tribunal es de fecha 4 de mayo de 1981; en cuanto a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema por inaplicabilidad, ella no es nueva. La competencia de las cortes de apelaciones y de la Suprema en segunda instancia para conocer del recurso de protección data de 1977.

síntomas de un despegue *especialmente notorio* de la dogmática constitucional *vis-à-vis* otras disciplinas, como el derecho privado o la filosofía del derecho. Si este hecho es verdadero, entonces el vínculo causal que el argumento en comento requiere entre el desarrollo dogmático y el sistema de revisión jurisdiccional de constitucionalidad resultaría seriamente debilitado.

2) En segundo lugar, el tipo de diseño institucional que el argumento justificaría (al menos en las etapas de transición, mientras se espera el desarrollo sustantivo de la dogmática) es significativamente distinto del sistema vigente. Breyer (1999: 54) comenta la existencia de sistemas comparados en los cuales los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución no tienen la última palabra (porque, por ejemplo, el parlamento puede, mediante una mayoría simple, ignorar la decisión de una corte sobre la constitucionalidad de una ley). En esos casos, la decisión del órgano jurisdiccional del caso no es final en sentido jurídico, pero en muchos de ellos lo es desde el punto de vista político. Esto último en el sentido de que el costo de ignorar una decisión jurisdiccional es políticamente prohibitivo para un agente (o pagable sólo en circunstancias extremas). Ese costo político, sin embargo, no necesita ser demasiado alto. Es evidente que él depende de la *auctoritas* del tribunal. Nuestros órganos de revisión constitucional tienen escasa *auctoritas*, ellos manejan la *potestas* solamente. Un tribunal cuyas decisiones carecen de *potestas* y que, en consecuencia, necesita dotar a sus decisiones de *auctoritas* estará más dispuesto a un diálogo enriquecedor con una dogmática constitucional incipiente que uno que, como el nuestro, puede ignorar la *auctoritas* de sus decisiones porque ellas tienen toda la *potestas* requerida. Recíprocamente, una dogmática dignificada por esa necesidad tendrá, parece razonable esperar, una capacidad de evolución mayor que una que otra que no es capaz de ni llamada a conectar con instancias decisivas en la toma de decisiones constitucionales. El Tribunal Constitucional chileno (lo mismo puede decirse de la Corte Suprema) hoy no necesita *auctoritas*, por cuanto la Constitución le entrega toda la *potestas* que requiere. Fruto de ello es la insuficiencia de los fundamentos de sus decisiones en casos como los comentados más arriba (*supra*, nota 19) o en otros lugares (Atria, 1993a; Correa González, 1999). El Tribunal Constitucional tendría que cambiar su modo de razonar y decidir si fuera el Parlamento el que, en definitiva, tuviera que decidir si acatarlo o no. Lo que el Tribunal Constitucional tendría que hacer en ese contexto institucional sería producir decisiones con un peso específico tan importante que hiciera políticamente imposible que el Congreso las ignorara.

Puede ser útil aquí una digresión de derecho comparado. La *Human Rights Act* 1998 (HRA) británica introduce algo que es, en términos generales, una forma de revisión judicial de la legislación en relación a los derechos consagrados por la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>42</sup>. La sección 4 de dicha ley entrega a las cortes británicas, por primera vez en la historia de ese país, el poder de declarar una ley del Parlamento “incompatible” con esos derechos. La declaración de incompatibilidad, sin embargo,

a) no afecta la validez, la aplicación o la observancia de la disposición respecto de la cual ha sido dictada; y b) no es obligatoria para las partes del procedimiento en el cual es hecha (s4(6) HRA).

La s19(1), por su parte, impone al Ministro de la Corona a cargo de la tramitación de una ley en el Parlamento la obligación de declarar formalmente a) que el contenido del proyecto en tramitación es compatible con los derechos consagrados en la convención, o b) que, aunque no puede hacer tal declaración, él sin embargo desea que la Cámara continúe conociendo del proyecto.

Conforme a la s10(2), ante una declaración judicial de incompatibilidad un Ministro de la Corona puede (aunque no “debe”), si considera que existen “razones imperiosas”, hacer por orden ministerial de corrección [remedial order] las modificaciones que considere necesarias para remover la incompatibilidad. Para dictar esta *remedial order*, sin embargo, el Ministro debe obtener la aprobación de ambas cámaras del Parlamento (Schedule 2(2) HRA), a menos que se trate de un “caso urgente”, caso en el cual la orden puede entrar en vigencia sin dicha aprobación. En este último caso, el Parlamento debe pronunciarse dentro de 120 días desde la dictación de la orden, o ésta “deja de tener efecto” (Schedule2 (4)(4) HRA).

En suma,

Se entrega a los tribunales el poder de hacer una declaración de incompatibilidad sin precedentes que puede poner en movimiento, y ciertamente se espera que ponga en movimiento, una modificación

---

<sup>42</sup> La HRA (véase el texto en *International Legal Materials* 38 (1999): 464-483, disponible también en <http://www.hms.gov.uk/acts1998/80042-A.htm>) recibió aprobación real el 9 de noviembre de 1998. Conforme a la s22(2), las ss 18, sobre nombramientos a la Corte Europea de Derechos Humanos, 20, sobre dictación de órdenes ministeriales, y la 21(5), que modifica leyes militares, entraron en vigencia el 9 de noviembre de 1998. La s19, sobre declaración ministerial de compatibilidad, entró en vigencia el 24 de noviembre de 1998 (véase *Human Rights Act [Commencement] Order 1998*). Las demás secciones (incluida la s4, sobre declaración judicial de incompatibilidad) no han entrado todavía en vigencia, lo que aparentemente ha de ocurrir en 2001. Estoy especialmente en deuda con Sarah Wilson, quien me facilitó importante información sobre la HRA.

muy rápida de la legislación principal por legislación subordinada. La sola existencia de esta posibilidad significará una presión para que el Ministro use los poderes que tiene a su disposición (Cheney *et al.*, 1999: 16-17).

El sistema británico recién expuesto se basa en el supuesto de que a los representantes no les será indiferente la declaración de incompatibilidad: ellos estarán dispuestos a corregirla. Pero por otro lado, ellos se reservan el derecho de aceptar o no la decisión de una corte. Ello significará que las cortes estarán presionadas a fundamentar sus decisiones de modo completo y a tomar en consideración las distintas interpretaciones posibles de los derechos contenidos en la convención. Nótese cómo la cuestión se decide, en definitiva, políticamente: si el Parlamento se niega a modificar una disposición declarada incompatible sin generar un conflicto político significativo, ello perjudicará la posición de los tribunales de justicia. Si esto se repite, la posición de los tribunales puede resultar seriamente dañada. Es importante para ellos, en consecuencia, que sus decisiones sean tales que sea difícil para el Parlamento no aceptarlas. Pero lo contrario también es el caso: si las decisiones del Parlamento son declaradas incompatibles, y si las decisiones judiciales que así lo declaran son capaces de generar apoyo general, entonces el efecto negativo será para el Parlamento, quien en consecuencia hará lo posible para que las leyes que aprueba no puedan ser declaradas incompatibles de modo categórico. El mismo efecto persigue la s19(1) comentada más arriba. Si el Ministro de la Corona declara la compatibilidad del proyecto, él estará asumiendo responsabilidad política ante una eventual declaración judicial de incompatibilidad, y tratará de evitarlo. Si, alternativamente, el Ministro declara la incompatibilidad del proyecto, ello provocará con un alto grado de certeza un problema político para el gobierno de turno, lo que producirá un debate público sobre la incompatibilidad del proyecto con la convención. Aunque queda por ver, desde luego, cómo funcionará el sistema en los hechos, el diseño británico asume el problema de la revisión judicial como uno en que hay bienes importantes comprometidos a cada lado e intenta encontrar un justo equilibrio. En esto se diferencia notoriamente del chileno, en el cual la existencia de valores importantes a ambos lados del problema es completa y radicalmente desconocida.

### **Política y democracia**

Sostener la tesis desechada en la segunda sección de este artículo, esto es, que el compromiso con la democracia como sistema político o con

el Estado de Derecho (y uno de sus pilares, *i.e.* la supremacía constitucional) implica necesariamente compromiso con alguna forma de control judicial de constitucionalidad, implica sostener que esa forma de control constitucional es removida de la agenda de una política democrática. En efecto, aceptada que sea dicha premisa, la política democrática es definida (entre otras cosas) como una que ocurre dentro de un contexto institucional que reconoce esa forma de control.

Negar esta tesis, lo que he intentado hacer en este artículo, implica reivindicar el problema del diseño institucional chileno (incluido el diseño de mecanismos de control constitucional) para la política democrática. Rescatar el contenido sustantivo de la política democrática es una de las más importantes tareas actualmente en manos de nuestros políticos y académicos<sup>43</sup>.

Desde su dictación, la Constitución de 1980 ha sido objeto de críticas por haber institucionalizado un régimen que ha sido denominado de “democracia protegida”. Por “democracia protegida” se ha entendido una democracia paradójicamente protegida de sí misma. Tal “protección” ha estado contenida en lo que se ha llamado los “enclaves autoritarios” de la Constitución: el Consejo de Seguridad Nacional, los senadores eufemísticamente denominados “institucionales” y en realidad designados, el Tribunal Constitucional, el (ahora derogado) artículo 8, etc. La “práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica” de que habla Peña debe ser considerada como otro enclave. Precisamente porque es menos polémica en términos políticos, debe ser considerada como democráticamente más peligrosa. No se trata de que, como ocurre en otros países, el asunto haya sido considerado en forma seria y pública por nuestros representantes y que éstos hayan tomado la decisión seria e informada de mantener esa práctica. La inexistencia de un debate sobre el problema es lo preocupante.

Que el debate no exista tiene importantes consecuencias políticas. La razón que explica muchos de los llamados “enclaves autoritarios” en la Constitución es una concepción elitista de la política que desprecia a la democracia. No creo que pueda negarse que esa actitud estaba presente en el plan original de la Constitución (véase Guzmán, 1979: 321: “resulta evidente que para la tarea de resolver los destinos del país, no todos los ciudadanos se encuentran igualmente calificados”). No cabe duda de que

---

<sup>43</sup> Nótese que no estoy hablando jurídica, sino políticamente. Quien sostenga que la democracia *exige* el control jurisdiccional de constitucionalidad también debe sostener, como está dicho, que negar la legitimidad de ese control atenta contra el régimen democrático, violando así los límites del debate y de la acción política democráticos.



Guzmán pensaba que él era el primero en la lista de los afortunados “calificados”). El hecho de que prácticamente cualquier reforma significativa requiera mayorías calificadas, de que el Senado esté intervenido por senadores designados, de que el Tribunal Constitucional tenga una enorme competencia, etc., muestra una actitud de desprecio a la relevancia política de la regla de mayoría. El Tribunal Constitucional está claramente diseñado sobre la suposición de que la interpretación de la Constitución es un problema técnico jurídico y no político (he defendido esta tesis en Atria, 1993a). Estas ideas, desde luego, se identifican principalmente con la ideología política que animaba a la dictadura (de la cual el artículo de Guzmán es un buen testigo). La Concertación ha tratado en forma sistemática (aunque con escaso éxito) de eliminar las manifestaciones más claras de esta concepción elitista de la política. Tengo la impresión de que en el debate chileno actual sostener esta visión elitista *de modo explícito* es políticamente imposible, por lo que sus defensores deben recurrir a argumentos elípticos, intentando defenderla a través de una interpretación fundacional (en términos de Ackerman) de la democracia (véase, de hecho, Guzmán, 1979: 332). Es esta posición la que resulta fortalecida por la aceptación sin cuestionamientos de la revisión jurisdiccional de constitucionalidad por parte de nuestros académicos progresistas. Al conceder sin sujetar a un análisis *empírico* el peligro supuestamente *empírico* que representa para las minorías la regla de las mayorías, los defensores de una política elitista y antidemocrática no son forzados a tener que pagar los costos políticos de defender sus ideas explícitamente, permitiéndoles aprovecharse de la fuerza retórica del ideario democrático “correctamente entendido”.

Demasiadas veces los conflictos políticos han terminado en el Tribunal Constitucional. Cada vez que ello ocurre la política democrática pierde en contenido. En el debate político chileno la Constitución funciona más como un argumento que como un límite. Todo lo que a un agente le parece adecuado tiende a serle endosado a la Constitución (se ha sostenido, incluso, que la Constitución *prohíbe* [!] al legislador ratificar el tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional). Esta manera de capturar la Constitución en cada debate político implica devaluar la política democrática hasta convertirla en una actividad de resquicios, los resquicios que quedan una vez aplicada “directamente” la Constitución. Carlos Peña (uno de los más destacados juristas chilenos, a quien yo no le voy a negar, desde luego, sus credenciales progresistas), por ejemplo, cree que

No es políticamente sensato, ni moralmente correcto, sacrificar la libertad a los logros de una supuesta igualdad; el desafío consiste, más bien, en transitar desde la libertad hacia grados crecientes de

igualdad, desde el respeto pleno de los derechos civiles y políticos hacia el logro, pleno, también, del igualitario goce de los derechos económicos, sociales y culturales (Peña, s.f.: 189)

y que “todo esto supone, como es obvio, la consolidación de un conjunto de mecanismos institucionales” (*ibid*) entre los cuales están el perfeccionamiento de la democracia, la eficacia directa de la Constitución y el mejoramiento del sistema de administración de justicia cuya consecuencia (o al menos yo interpreto así lo que Peña sostiene aquí) es convertir lo “políticamente insensato” y “moralmente incorrecto” en jurídicamente imposible<sup>44</sup>.

Intentando ser más precisos, ¿qué es exactamente lo “políticamente insensato y moralmente incorrecto”? ¿Puede, por ejemplo, limitarse la libertad de una persona para gastar la cantidad que desee en una campaña política con el objetivo de lograr una mayor igualdad entre los candidatos? ¿Puede, por ejemplo, limitarse la libertad de las personas para elegir el sistema de salud previsional que deseen con el objetivo de crear un sistema más igualitario de protección de la salud? ¿Restringirse la libertad del dueño de una empresa de despedir trabajadores a voluntad con el objetivo de lograr una mayor igualdad y estabilidad en el trabajo? ¿Restringirse la libertad de una persona de fijar el precio de un bien o servicio básico con el fin de aumentar la igualdad en el acceso al mismo? ¿La de una persona para hacer lo que desee con sus ingresos, por la vía de aumentar los impuestos (disminuyendo así la cantidad sobre la que ella tiene libertad de disposición), con el objetivo de aumentar la igualdad en la distribución de la riqueza? ¿La de una persona de tener enormes extensiones de tierra improductiva, con el objetivo de aumentar la producción agropecuaria y la igualdad en la tenencia de la tierra?

---

<sup>44</sup> Entiendo el dilema planteado por Peña como uno de sacrificar (verdadera) libertad por (verdadera) igualdad. Es obviamente verdadero (nunca he oído a nadie decir lo contrario) que la libertad no debe ser sacrificada por una “supuesta” igualdad (así como nadie aceptaría sacrificar “verdadera” igualdad por “supuesta” libertad, o comprar pan “supuesto” con dinero “verdadero”). El problema sólo puede plantearse como uno de sacrificar verdadera libertad para obtener niveles crecientes de verdadera igualdad. La creencia de que por el hecho de exigir sacrificio de la libertad para conseguir las, ciertas formas de igualdad *deben* ser sólo aparentes (“supuestas”), es la creencia de que el mundo es un lugar plenamente coherente en que uno puede siempre perseguir todos los bienes al mismo tiempo, sin tener que elegir. Isaiah Berlin ha hecho esa tesis insostenible (véase, entre otros, Berlin, 1958: 139ss; 1988: 9ss; 1965: 424s). Así, ahora creo que las afirmaciones de Ronald Dworkin y los estudios de Robert Dahl deben someterse a un examen crítico que se echa de menos en mi libro *Los Peligros de la Constitución* (Atria, 1997b: 188-189).

El grado en que estas preguntas pueden ser consensualmente respondidas varía. Algunas de ellas pueden ser incluso contraproducentes. La cuestión no es cuán razonables son estas medidas, o cuánto acuerdo son ellas capaces de generar. De lo que se trata es que decisiones de esta naturaleza deben estar entregadas a la política democrática. Y para que ése sea el caso debe reconocerse que esas decisiones no están en la Constitución. No todo lo que es correcto o debido está ahí. En mi opinión, por ejemplo, el compromiso con la igualdad que la Constitución proclama en el art. 19 N° 2 implica que todas estas preguntas deben ser en principio respondidas con una cautelosa afirmación. Pero responder a esas preguntas de otro modo no *viola* la Constitución, por lo que yo no puedo invocar su eficacia procesal directa para alegar que las decisiones del Parlamento al respecto son indiferentes. Del mismo modo, si alguien es de la opinión de que esas preguntas deben ser respondidas en forma negativa, el argumento debería desarrollarse en las salas del Parlamento, no ante una corte: todas esas preguntas están (o deberían estar, en una interpretación correcta de la Constitución) abiertas y entregadas al debate político<sup>45</sup>. La Constitución debe ser entendida dejando un espacio significativamente amplio para la política democrática. Ése es el espacio que niega la eficacia procesal directa de la Constitución.

Lo contrario implicaría transitar un camino cuyo destino final es el estado en el cual la Política con mayúsculas, las decisiones realmente importantes, se debaten y deciden no en el Parlamento sino en algún tipo de tribunal. Lamentable destino para la política democrática. Y todo ello con el objeto de proteger a la democracia de sí misma, sobre la base de que la “mera” regla de las mayorías (es poco común leer en Chile alguna referencia a la regla de la mayoría que no se apresure a devaluarla de este modo) “arriesga permanentemente el peligro de violentar la igual consideración y respeto que son debidos para todas las personas y en especial a las minorías” (Peña, s.f.: 191). Nótese: “arriesga *permanentemente*”. Esta obsesión con lo que uno podría llamar la “herencia de Weimar”, con el riesgo de que decisiones mayoritarias afecten los derechos de las minorías, es curiosa. Las dramáticas experiencias latinoamericanas en materia de violaciones a los derechos humanos no han sido producto de un exceso, sino de falta de democracia. Ellas pueden ser prevenidas, en la medida en que eso es políti-

---

<sup>45</sup> El caso de la segunda pregunta y el inciso final del artículo 19 N° 9 puede parecer el más dudoso; aquí sólo necesito decir que el art. 19 N° 9 inciso final no se opone, a mi juicio, a responder afirmativamente la segunda pregunta, pero no puedo fundamentar esta respuesta aquí.

camente posible, por la vía de fortalecer la democracia, no por la vía de reducir la política democrática a los resquicios de la política solamente<sup>46</sup>.

El compromiso con el sistema democrático debe implicar un compromiso por ampliar el poder democrático de cada ciudadano. La medida de ese poder está dada directamente por la importancia de las decisiones que los representantes están habilitados para tomar (y por las cuales, en consecuencia, el ciudadano puede exigirles responsabilidad).

Así como la exigencia del control judicial de constitucionalidad no es un asunto de teoría democrática sino uno que está entregado a la política democrática, su negación también lo está. Aquí es posible volver a la conferencia de Breyer. En un país donde la “anomalía democrática” del control judicial de constitucionalidad es “un asunto central al modo en que ciudadanos, profesores de derecho constitucional y jueces piensan sobre la toma de decisiones constitucionales” (Breyer, 1999: 53), donde “la judicatura, consciente de la anomalía, intenta minimizar su impacto a través del uso de reglas, estándares o cánones que reconocen el problema” (55), y donde “los jueces, conscientes de la anomalía, a menudo intentan, a través de su actitud interpretativa, reflejar la prioridad constitucional de la toma de decisiones legislativas, incluso en los casos no cubiertos claramente por algún canon interpretativo” (55), el control judicial de constitucionalidad puede ser un elemento importante en la profundización de la democracia. En este artículo he tratado de defender la tesis de que Chile no es ese país. El control judicial de constitucionalidad *en Chile* sólo puede ser defendido sobre la base de que esos requisitos (y los otros mencionados previamente, como la existencia de un cierta densidad dogmática) existen *en Chile*.

Está claro, y esto quizás podría haber sido mencionado antes, que las instituciones chilenas no son particularmente democráticas, y no me refiero ahora al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional. El Parlamento

---

<sup>46</sup> Peña, de hecho, estaría de acuerdo con este último punto: “un sistema político democrático [...] es hacia lo que debemos tender para asegurar debidamente los derechos de las personas y evitar que esos derechos se transformen en una promesa incumplida que deslegitime al sistema político” (s.f.: 190). Pero la frase omitida dice “cuyos miembros estén dotados de acciones que hacer valer no sólo ante el Estado sino que en contra de él y un ordenamiento jurídico provisto de un sistema de protección de derechos imparcial y accesible”. *Cada vez* que Peña se refiere al efecto garantístico de la democracia se apresura a calificarlo (devaluándolo) de este modo (cf. 190-195). No se trata, por supuesto, de que el riesgo de la opresión de la minoría por la mayoría no merezca atención. Pero mucha menos atención (aunque no nula) le merece a Peña el riesgo de que los órganos jurisdiccionales llamados a proteger los derechos fracasen completamente en esa función, aun cuando lo han hecho (al menos en Chile) de modo mucho más sistemático que las mayorías. Peña no hace alusión a este riesgo *cada vez* que menciona la eficacia procesal directa o la *Drittwirkung* y, como se dijo más arriba, él no discute la posibilidad de que el control judicial de constitucionalidad sea inconveniente *en Chile*.

está intervenido por miembros designados que han dado mayoría en el Senado a los derrotados de cada elección post 1988, y nuestro sistema presidencial hace del Poder Ejecutivo un órgano opaco y poco acostumbrado a dar explicaciones o a aceptar que se las pidan. Todo esto es verdadero e importante. La solución, sin embargo, es en principio (aunque no en la realidad política chilena) simple: más democracia, no menos. La democracia es un importante valor político que se ve afectado cada vez que una cuestión es declarada fuera de su alcance. Ya es suficientemente serio que el debate político no verse sobre alternativas al capitalismo. Pero los ciudadanos tenemos el derecho y el deber de que siga siendo un foro donde las cuestiones políticas verdaderamente importantes se debatan y decidan.

\* \* \*

*A modo de colofón*, una nota de cautela. Es claro que el desarme unilateral no suele ser una estrategia política sensata. Si, bajo el sistema chileno de control de constitucionalidad, se presenta un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, o un recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema, y un tema que a mí me parezca importante es así planteado ante cualquiera de esos órganos, desde luego haré lo posible por convencer al Tribunal o a la Corte de que fallen como (a mí me parece que) es correcto. El argumento que he presentado en este artículo sería ridículamente contraproducente si quienes lo encontraran razonable creyeran que él los obliga a dejar de defender sus posiciones ante los órganos jurisdiccionales actualmente competentes. Si ello ocurriera, las posiciones más favorables al fortalecimiento de la política democrática tendrían una mucho menor posibilidad de resultar victoriosas en esos sucedáneos de asambleas políticas, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema cuando ejercen su jurisdicción constitucional.

Este artículo ha abogado por la eliminación (o la modificación dramática) de los mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad (al menos del Tribunal Constitucional y del recurso de inaplicabilidad<sup>47</sup>). No contiene muchas recomendaciones estratégicas para los abogados progresistas que deben defender sus posiciones ante los estrados jurisdiccionales. Una recomendación que ciertamente *no contiene* es que no concurren a defender sus ideas en esas batallas político-jurisdiccionales.

---

<sup>47</sup> El recurso de protección plantea problemas distintos que no fueron mayormente discutidos. El argumento de este artículo implicaría, desde luego, una modificación dramática, aun cuando no necesariamente la eliminación, de esta vía procesal, que quedaría probablemente reducida a un mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos (y posiblemente algunos actos privados, en circunstancias especiales: véase Atria, 1997b: 122-126).

## REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1991): *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- *et al.* (1991): *Fundamentos y Alcances del Control de Constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alejandro, R. (1998): *The Limits of Rawlsian Justice*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Alexy, R. (1993): *Teoría de los Derechos Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atiyah, P. S. (1984): "Form and Substance in Contract Law". En Atiyah, *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- (1986): *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Atria, F. (1993a): "El Tribunal Constitucional y la Objeción Democrática". En *Revista Chilena de Derecho*, 20.
- (1993b): "¿Impunidad Judicial?". En *Derecho y Humanidades*, 3-4.
- (1997a): "De Alfileres y de Ángeles: La Irrelevancia del Derecho Natural". En *Revista de Ciencias Sociales*, 41.
- (1997b): *Los Peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- (1999a): "Legal Reasoning and Legal Theory Revisited". *Law and Philosophy*, 18 (número especial editado por Neil MacCormick: *Laws, Facts and Values*): 405-445.
- (1999b): "The Powers of Application". *Ratio Juris* (de próxima aparición).
- y Fuentes, X. E. (1993): "La Acusación Constitucional de 1992". *Revista de Derecho y Humanidades*, 3-4.
- Berlin, I. [1988]: "The Pursuit of the Ideal". En Berlin, *The Proper Study of Mankind*. Londres: Chatto y Windres, 1997.
- [1958]: "Dos Conceptos de Libertad". En Berlin, *Libertad y Necesidad en la Historia*. En *Revista de Occidente*, 1974.
- [1965]: "Herder and the Enlightenment". En Berlin *The Proper Study of Mankind*. Londres: Chatto y Windus, 1997.
- (1974): *Libertad y Necesidad en la Historia*. Traducido por Julio Bayón. Madrid: *Revista de Occidente*.
- (1997): *The Proper Study of Mankind*. Londres: Chatto & Windus.
- Breyer, S. (1993): *Breaking the Vicious Circle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- (1999): "Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez". En *Estudios Públicos*, 75: 49-66.
- Carmona, C. (MS): "La Cuestión de Constitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" (1999).
- Cea, J. L. (1997): "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno". En Peña (s.f.), *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación.
- Cerda, C. (1984). *Exigencias Primordiales de la Jurisdicción del Presente y del Mañana. Seminario sobre el Poder Judicial en una Sociedad en Desarrollo*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Cheney, D., *et al.* (1999): *Criminal Justice and the Human Rights Act*. Bristol: Jordan.
- Coleman, J.; y Leiter, B. (1996): "Determinacy, Objectivity and Authority". En Marmor (ed.), *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.

- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) (1991): "Informe", en *Estudios Públicos*, 41: 293-447.
- Constant, B. (1968): *Curso de Política Constitucional*. Traducido por F. L. Yturbe. Madrid: Taurus.
- Corral, H. (1993): "¿Igualdad de lo Desigual? Notas Sobre la Equiparación Jurídica entre Hijos Legítimos e Ilegítimos". En *Revista Chilena de Derecho*, 20.
- Correa González, R. (1992): "Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema en el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad Interpuesto por Colonia Dignidad". En *Derecho y Humanidades*, 1: 251-267.
- (1999): "Los Acuerdos en Forma Simplificada en una Constitución Democrática". En *Estudios Públicos*, 75: 67-106.
- Correa Sutil, J. (1992): *Justicia y Libertad en Chile*. Santiago: Corporación Libertas.
- Corte Suprema (1991): "Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación". En *Estudios Públicos*, 42: 237-250.
- Dahl, R. (1989): *Democracy and Its Critics*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Dworkin, R. (1978): "Political Judges and the Rule of Law". En Dworkin, *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- (1985): *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- (1986): *Law's Empire*. Londres: Fontana.
- (1996): "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It". En *Philosophy and Public Affairs*, 25.
- Elster, J. (1986): *An Introduction to Karl Marx*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Favoreu, L. (1992): *Los Tribunales Constitucionales*. Traducido por Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel.
- Finnis, J. (1985): "A Bill of Rights for Britain? The Moral of Contemporary Jurisprudence". En *Proceedings of the British Academy*, 71: 303-31.
- Fish, S. (1982): "Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature". En Fish, *Doing What Comes Naturally*. Nueva York: Oxford University Press.
- (1989): *Doing What Comes Naturally*. Nueva York, NY: Oxford University Press.
- Freeman (1990): "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review". En *Law and Philosophy*, 9: 327-370.
- George, R. P. (1992): *Natural Law Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Griffith, J. A. G. (1991): *The Politics of the Judiciary*. Londres: Fontana.
- Guzmán, J. (1979): "El Sufragio Universal y la Nueva Institucionalidad". Reproducido en *Estudios Públicos*, 42 (1991): 320-342.
- Hart, H. L. A. (1963): *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Human Rights Watch (1999): *Los Límites de la Tolerancia*. Santiago: LOM Editores.
- Jana, A.; y Marín, J. C. (1996): *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Kelsen, H. (1960): *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Roberto J Vernengo. México: Porrúa (1991).
- Kennedy, D. (1997): *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Marmor, A. (ed.) (1995): *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.
- Matus, A (1999): *El Libro Negro de la Justicia Chilena*. Santiago: Planeta.
- Matus, J. P. (1994): *La Ley Penal y su Interpretación*. Santiago: Congreso.

- Montesquieu (1748): *Del Espíritu de las Leyes*. Traducido por Nicolás Estevanez. Buenos Aires: Heliasta (1984).
- Nino, C. (1991): "Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad". En Ackerman *et al.*, *Fundamentos y Alcances del Control de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nogueira, H. (1984). "El Poder Judicial, su Crisis Actual y Vías Alternativas de Solución. Seminario sobre el Poder Judicial en una Sociedad en Desarrollo". Santiago: Universidad Diego Portales.
- (1993): *Dogmática Constitucional*. Talca: Universidad de Talca.
- y Cumplido, F. (1993): *Derecho Político*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello.
- Peña, C. (s.f.): *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Rawls, J. (1993): *Political Liberalism*. Nueva York, NY: Columbia University Press.
- Raz, J. (1977): "The Rule of Law and Its Virtue". En Raz, *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- (1979): *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- (1985): "Authority, Law and Morality". En Raz, *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- (1994): *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Rorty, R. (1979): *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Ruiz-Tagle, P. (1988): "La Novela Legal en Serie y el Concepto de Derecho: Una Teoría de Ronald Dworkin". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 6: 95-108.
- (1990): "Análisis Comparado de la Función Judicial Chilena". En *Estudios Públicos*, 39: 131-162.
- Schauer, F. (1991): *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press.
- y Alexander, L. (1997): "On Extrajudicial Constitutional Interpretation". En *Harvard Law Review*, 110: 1359-1387.
- Silva, A. (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Streeter, J. (1992): "Justicia e Igualdad". En J. Correa Sutil (comp.), *Justicia y Libertad en Chile*. Santiago: Corporación Libertas.
- Suárez, C. (1998): "El Fantasma del Estado Legislativo como un Obstáculo al Estado Jurisdiccional de Justicia Constitucional". En *Ius et Praxis*, 4: 243-258.
- Tushnet, M. (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Waldron, J. (1992): "The Irrelevance of Moral Objectivity". En R. P. George (ed.), *Natural Law Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- (1993): "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 13: 18-51.
- (1994): "Freeman's Defense of Judicial Review". En *Law and Philosophy*, 13: 27-41.
- Williams, B. (1985): *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Wolfe, C. (1986): *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Traducido por María Gracia Rubio y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas. □