

LOS JUECES CONSTITUCIONALES, LA POLÍTICA Y LA DEFERENCIA JUDICIAL

CONSTITUTIONAL JUDGES, POLITICS AND JUDICIAL SELF RESTRAINT

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño*

"I always say, as you know,
that if my fellow citizens want
to go to Hell I will help them. Its my job".

Oliver WENDELL HOLMES

Resumen

Cuando el juez constitucional impone mediante sus sentencias una determinada ideología, en perjuicio de las demás que se batan legítimamente en el juego democrático, no sólo ignora las diferencias esenciales entre Política y Derecho, sino que compromete las competencias del Parlamento y, en definitiva, la autonomía política de la sociedad. Frente a ello, la doctrina de la deferencia judicial nos recuerda las limitaciones de la jurisprudencia y doctrina constitucionales como herramientas de solución frente a los problemas políticos y la importancia de preservar la referida autonomía.

Palabras Clave: activismo judicial, deferencia judicial, juez constitucional, Parlamento, Política, Derecho.

Abstract

When the constitutional judge imposes a certain ideology through their sentences, to the detriment of other doctrines that are legitimately beaten in the democratic game, not only ignores the essential differences between politics and law, but also damages the powers of Parliament and, ultimately, the political autonomy of the society. In response, the doctrine of judicial deference reminds us the limitations of constitutional

* Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Universidad de Los Andes. Artículo recibido el 15 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: rapoyanc@uc.cl.

doctrines as tools for resolving political problems given the importance of preserving that autonomy.

Keywords: judicial activism, judicial deference, constitutional justice, Parliament-Politics, Law.

1. *El origen del conflicto*

En el derecho constitucional contemporáneo, el control de constitucionalidad de las leyes, a cargo de un juez, se ha asentado de manera más o menos indiscutida en las principales vertientes de la cultura jurídica occidental –desde su origen, en el caso del derecho norteamericano, y desde la introducción de los tribunales constitucionales kelsenianos, en el caso de Europa continental–, con el objeto de garantizar la aplicación jurídica de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, en particular frente a la ley parlamentaria.

Sin embargo, dicho control hace mucho que ya no se limita sólo a la tradicional función negativa –en cuya virtud se entiende a los jueces constitucionales habilitados para impedir la aprobación de una norma legal, su aplicación a un caso concreto e, incluso, para expulsarla del ordenamiento jurídico–, sino que también estos jueces han devenido, progresivamente, en verdaderos *legisladores positivos*, que inciden creativamente en la tarea del legislador¹. La jurisprudencia de estos tribunales, en tanto –desafiando las convenciones continentales relativas a las fuentes del derecho–, se ha convertido, casi a la par con la propia Constitución, en la fuente más importante de derecho público, con innegable impacto en todo el ordenamiento jurídico y aun sobre la vida política de los países occidentales².

¹ FIGUERUELO BURRIEZA señala que aun cuando desde un punto de vista dogmático las funciones generales del juez constitucional y del legislador pueden diferenciarse, un análisis de la experiencia española y de los modelos europeos más próximos a esa realidad pone de manifiesto que cada vez son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad. Ver al respecto, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, p. 50.

² PEREIRA MENAUT afirma al respecto que el panorama ha cambiado tanto en los países de la corriente jurídica europeo-continental que “Constitución” y “jurisprudencia” (al menos, jurisprudencia constitucional, como aclara el autor) son dos conceptos que van de la mano, hasta tal punto que “ya casi no se concibe vida constitucional sin una jurisdicción, especializada o no”. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 203.

Por otro lado, sin embargo, los Parlamentos siguen siendo considerados los órganos político-democráticos por excelencia, destinados a producir, mediante competencias constitucionales específicas –aunque ya sin la posición suprema que ostentaban en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX–, la normativa legal que expresa las decisiones políticas libremente adoptadas por la ciudadanía³.

Frente a este panorama, el presente trabajo intentará abordar los principales aspectos de la doctrina de la “deferencia judicial”, que ha emprendido la tarea de delimitar el alcance del control ejercido por los jueces constitucionales, para asegurar un grado de autonomía política al legislador⁴. Para ello, recurriremos tanto a autores de la vertiente europeo-continental como de la norteamericana, en consideración a que la conducta de los Tribunales Constitucionales frente a la ley se asemeja, en muchos aspectos, a la *judicial review* de los tribunales estadounidenses⁵; habiendo sido en el país del Norte, por otra parte, donde las cuestiones de la deferencia y el activismo judicial, que ahora se hacen presentes en nuestra cultura jurídica, fueron abordadas y debatidas por vez primera⁶.

³ Obsérvese como ya LOCKE señalaba esa importancia en las siguientes líneas: “...Si la esencia y unión de la sociedad consiste en poseer una sola voluntad, el legislativo, una vez que ha sido constituido por la mayoría, es el que se encarga de dar a conocer y mantener esa voluntad. La constitución del legislativo es el acto primero y más fundamental de la sociedad, por el cual se garantiza la continuación de esa unión bajo la dirección de ciertas personas y manteniendo los lazos de las leyes que han hecho las personas que están autorizadas para ello, contando con el consenso y la designación expresa del pueblo. Sin esto, ningún hombre o grupo de hombres puede disponer de la autoridad precisa para hacer las leyes que obliguen a los demás”. JOHN LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, p. 360.

⁴ Estamos conscientes de que, en el Derecho público contemporáneo, el poder Ejecutivo tiene, en muchos países, amplias facultades colegisladoras, cuando no el control casi total de la agenda legislativa del Parlamento, además de la posibilidad de dictar legislación delegada. Por ello, las reflexiones contenidas a continuación son aplicables en general, *mutatis mutandis*, a cualquiera de los poderes político-representativos cuando, sea unitariamente o como colegisladores, emiten normas de tipo legislativo y se encuentran enfrentados a la posibilidad de un control de orden constitucional.

⁵ Ver al respecto MIRJAN R. DAMASKA, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica, 2000, p. 120; JOHN H. MERRYMAN, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, p. 260. El problema del control judicial de constitucionalidad, por otra parte, requiere de la existencia de una Constitución escrita y rígida y, obviamente, un juez destinado a controlarla, aspecto en que también el constitucionalismo continental se asemeja al derecho norteamericano sólo a partir de la creación de los tribunales constitucionales kelsenianos y separa a aquél, por ejemplo, del otro gran ejemplo del *Common Law*, el derecho inglés.

⁶ En efecto, el artículo de THAYER que será citado en este trabajo es del año 1893; en tanto, el término “activismo judicial”, de acuerdo a la doctrina norteamericana, aparece formulado por vez primera –aunque en un *magazine*– en un artículo de la Revista *Fortune* de enero de 1947. Adviértase que nos referimos a la formulación de estos conceptos, no a su práctica judicial.

Corresponde aclarar, sin embargo, que el expuesto no corresponde a un planteamiento antijudicialista⁷. Ello porque reconocemos, con PEREIRA MENAUT, que el constitucionalismo debe su nacimiento y desarrollo –en su primera etapa, primero en Inglaterra y luego en Estados Unidos– a los jueces, quienes intervinieron en esta cuestión mucho antes que el legislativo en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos⁸.

Nuestra opinión favorable a la intervención del juez en materia constitucional, sin embargo, no es óbice para recordar que el objetivo primario del Constitucionalismo –la limitación del poder por medio del Derecho, afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos⁹– también resulta aplicable *al propio guardián de la Constitución* si éste, ejerciendo su actividad jurisdiccional, pone en peligro las potestades asignadas a las demás ramas gubernamentales –dado que cada una de éstas también contribuye, a su manera, a cumplir con los objetivos constitucionales¹⁰– o, incluso, la autonomía política de la propia sociedad.

⁷ El *antijudicialismo* es un extendido principio dentro del derecho continental europeo, que pretende separar al juez común del conocimiento de las materias de derecho público y que tuvo su origen en la doctrina política que fundamentó la Revolución Francesa. Su expresión más clara es, precisamente, la existencia de tribunales especiales para dichas materias: los tribunales contencioso administrativos y los tribunales constitucionales de estilo kelseniano. Dicho principio se contraponen al típico principio de unidad de jurisdicción, propio del Common Law inglés y norteamericano. Para más detalles, ver PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. Y para un comentario sobre sus consecuencias, ver Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 143.

⁸ PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 194. En efecto, de acuerdo a este autor, al comienzo “no hubo más constitucionalismo que el judicial y que los jueces tuvieron gran importancia y jugaron un destacado papel aun desde su prehistoria en la Edad Media”. Agrega que la famosa *Carta Magna* de 1215 no se ocupa prácticamente ni del Legislativo ni del Ejecutivo, pero sí de la judicatura y de la administración de justicia, como se advierte de sus artículos 24, 38, 39 y 40.

⁹ PEREIRA MENAUT, *op. cit.*, *Teoría Constitucional*, p. 5

¹⁰ Señala GLENDON que el marcado incremento de las causas en que se reclama el reconocimiento de derechos, registrado en Estados Unidos, a partir del movimiento en pro de los derechos civiles de los años cincuenta y sesenta, y el incremento paralelo de los casos en que los tribunales han acogido estas reclamaciones –fenómeno descrito como una “revolución de los derechos”– ha provocado, en la formación jurídica de ese país, una profunda preocupación por la Carta de Derechos y por los tribunales, en perjuicio “del importante papel que aún pueden y deben desempeñar [en ese país] el federalismo, la legislación y la separación de poderes para salvaguardar los derechos y la libertad”. Mary Ann GLENDON, “El lenguaje de los derechos”, p. 83.

2. El juez constitucional y las cuestiones políticas

Como es sabido, lo constitucional se encuentra a medio camino de lo político y jurídico, dada la necesaria presencia en esta disciplina de determinadas opciones filosófico-políticas que actúan como su fundamento y marco¹¹. PEREIRA MENAUT señala al respecto que una Constitución apolítica (sólo jurídica)

“es una *contradictio in terminis*... el sentido común nos recuerda que no hay ninguna magna carta apolítica ni debe haberla. No hay forma de emitir un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin hacer, en alguna medida, un juicio político, pues la naturaleza de la Constitución es tan política como jurídica”¹².

En el mismo sentido, LEIBHOLZ –refiriéndose al Tribunal Constitucional Federal alemán– recuerda que es indiscutible que las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional son de carácter político, y que las decisiones del Tribunal Constitucional pueden tener, en ciertas circunstancias, extraordinarias e importantísimas consecuencias políticas y pueden alterar, en una medida muy sensible, el juego político de la Nación¹³.

Por ello, agrega dicho autor, cuando un Tribunal Constitucional actúa en una disputa de Derecho Político, el elemento político, bajo ropajes jurídicos, se convierte en el objeto principal de la decisión judicial¹⁴.

Si lo anterior dificulta –aunque no imposibilita– la correcta apreciación de la conducta del juez constitucional, debe considerarse, además, el contemporáneo descrédito de la Política como forma de resolver los problemas de la vida en comunidad; problema contingente que ha llevado a algunos a recurrir a los órganos jurisdiccionales como tabla de salvación del debate público. SCHUCK señala al respecto que, atendido el prestigio de los tribunales, cuando los políticos parecen fracasar en la tarea de brindar los bienes públicos exigidos por los ciudadanos, aquellos cuentan

¹¹ Nos referimos a asunciones tales como “los hombres son libres e iguales”, “los hombres tienen derechos connaturales”, “el poder público está al servicio de las personas”, “el poder público debe ser controlado”, etc., que son los presupuestos filosóficos de origen liberal que aparecen en el siglo XVIII y que dieron origen tanto a la Política como al Derecho Constitucional, tal como los conocemos hoy en día.

¹² PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 238. Aunque cabe aclarar que este autor no se refiere a la “ideologización” de la Constitución o del juez constitucional, que trata en un apartado distinto.

¹³ Gerhard LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional Federal alemán y el problema de la apreciación judicial de la Política”, p. 90.

¹⁴ LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 90.

con una vía que los litigantes, invocando alguna fuente de autoridad legal, buscarán emplear para que dichos tribunales los materialicen. Este autor continúa señalando que

“en el imaginario público este tipo de argumento –‘existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla’– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos”¹⁵.

GLENDON advierte, en tanto –en una descripción que bien podría aplicarse al mundo occidental en general–, de qué manera el fenómeno jurídico-político que denomina “la revolución de los derechos”¹⁶ ha producido en EE.UU. un desinterés respecto de la Política y en favor del Derecho, como forma de resolver asuntos de interés público:

“La idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse”¹⁷.

Continúa la misma autora señalando que

“a medida que [en EE.UU.] el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal”¹⁸.

En vista de todo lo anterior, podría objetarse que, *prima facie* y dadas las características de las cuestiones constitucionales, no parece inconveniente que los jueces constitucionales intervengan en materias de orden más bien político, sobre todo cuando, como sucede frecuentemente, se arguye que los poderes representativos encargados de esas cuestiones no cumplen con su labor de bien común; con la ventaja comparativa de que, respecto de las discusiones que se ventilan ante ellos, esos tribunales actúan generalmente como última instancia, lo que permite imponer una determinada decisión política sin necesidad de las *farragosas* dilaciones de la actividad democrática (el peso de las mayorías, la necesidad de

¹⁵ Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia”, p. 170.

¹⁶ Ver nota N° 10, *supra*.

¹⁷ GLENDON, “El Lenguaje...”, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸ GLENDON, “El Lenguaje...”, *op. cit.*, p. 84.

convencimiento, negociación y transacción, los bloqueos parlamentarios, la interrelación entre los poderes político-representativos, etc.).

Nosotros no pretendemos negar los problemas que eventualmente aquejan a la Política –aunque esto podría ser objeto de discusión–, sino simplemente cuestionar el supuesto, extendido en cierta doctrina legal, de que un *sobrerreforzamiento* del juez constitucional frente a los poderes colegisladores, o una primacía apresurada de la Constitución frente al resto de las fuentes del derecho, podría ser la solución más adecuada para enfrentar los desafíos políticos de las sociedades contemporáneas.

En otras palabras, puede que el remedio jurisdiccional, utilizado para solucionar los problemas políticos de las sociedades modernas, tenga los mismos o peores defectos que *el arte de lo posible*, sin que esté demostrado que tenga iguales o mejores virtudes.

3. *¿Existen diferencias entre el Derecho y la Política, en relación a la justicia constitucional?*

En ese orden de ideas, nosotros creemos que si el juez deja el campo del Derecho –aplicando normas jurídicas preexistentes, aunque tengan un cierto contenido filosófico-político–, e invade el de la Política –escogiendo e imponiendo una de entre las diversas ideologías o intereses legítimos que se baten en el campo de ésta–, se introduce en un ámbito que compartiendo muchos rasgos con el primero¹⁹, también se encuentra separado de éste por cuestiones importantes, que son precisamente las que justifican el atribuir el campo de la segunda a un poder distinto, con distintas facultades.

Expuestas de manera muy esquemática²⁰, entre éstas diferencias destaca, en primer lugar, la forma de resolver los conflictos de interés,

¹⁹ PEREIRA MENAUT señala al respecto que Política y Derecho comparten la común *superficialidad* –esto es, tanto la necesidad de apoyarse en otros supuestos personales y sociales que escapan a su alcance, como la imposibilidad de hacer al hombre bueno o feliz–; la resolución no violenta de conflictos de ideologías o intereses discrepantes; el carácter de ciencias prácticas, ciencias de la realidad, no teoréticas como la lógica; el sujeto que las practica, esto es, la persona libre con inteligencia racional y conciencia moral; y ciertas materias que interesan tanto al Derecho como a la Política: la libertad, el orden, los derechos, la legitimidad y, en definitiva, el Constitucionalismo. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, pp. 60-61.

²⁰ Para profundizar sobre este interesante tema se recomiendan las dos obras del profesor PEREIRA MENAUT citadas en este trabajo, cuyos detalles se encuentran en la bibliografía: *Doce tesis sobre la Política y Política y Derecho*.

que es distinta en cada caso. En el caso del ámbito jurídico, lo usual es la adjudicación por un juez en favor de aquella posición o interés de las partes que más se ajusta a Derecho (es decir, a la norma preexistente), descartando la que no encuentra ese fundamento; lo cual explica, además, la eficacia comparativa del proceso jurisdiccional, dado que éste se basa en una suerte de *reduccionismo cognitivo*, que es una de sus características más llamativas: no se considera a toda la comunidad política, sino sólo a las partes del proceso; ni se considera toda la realidad o las alternativas de solución, sino que sólo aquella parte del problema presentada por los litigantes y que ha sido sometida a conocimiento jurisdiccional, en lo que resulta relevante para resolver la cuestión litigiosa como tal.

En el caso de la Política, por el contrario, dado que no existe ni puede existir en la sociedad una sola visión sobre el bien común²¹ y que, dentro del marco de lo constitucional, las diversas visiones sobre lo público son todas legítimas, la competencia democrática e incluso la negociación entre esos distintos enfoques resulta normal y esperable. Ese proceso concluye en la *creación* del derecho legal, que juridifica la solución política adoptada de cara a la ciudadanía –en nombre de ella–, mediante el procedimiento legislativo democrático²².

Son estos aspectos los que convierten al proceso político en lento, engorroso y eventualmente poco satisfactorio –al menos desde una perspectiva eficientista– dado que lo usual es que dicho proceso logre, a lo más, soluciones de compromiso. Ése es, sin embargo, el precio que implica en nuestras democracias el generar normas de derecho que gocen de un consenso y eficacia social mínimos, respetando al mismo tiempo la autonomía e igualdad política de todos los ciudadanos²³, la presentación de

²¹ Ya Aristóteles consideraba que la comunidad política no puede ser una *unidad* –es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones–, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad. “Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”. ARISTÓTELES, *Política*, 1261a y 1261b, pp. 99-100.

²² LEIBHOLZ señala al respecto que las controversias políticas puras, en contraposición a los litigios jurídicos sobre materias políticas, son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas, ya que en ellos se trata de una pugna, no por la aplicación del Derecho establecido, sino acerca de *cuál debiera ser el contenido de ese Derecho*, esto es, acerca de *la creación del Derecho*. Tales cuestiones, señala este autor, “no pierden su carácter político, a pesar de la fraseología y el aparato jurídico con que pueden ser tratadas. Por lo tanto, su solución jurisdiccional acarrearía graves perjuicios a la justicia y no contribuiría en nada al mejoramiento del juego político”. LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 92. Los destacados son nuestros.

²³ WALDRON recuerda que, en las teorías políticas basadas en derechos, los sistemas jurídicos se fundan típicamente en la soberanía popular (aunque sea de forma indirecta), así que hay un compromiso teórico con la propuesta de que aquellos que poseen los derechos

sus diversas visiones sobre la cosa pública y, sobre todo, la libertad política para debatir y decidir por aquella de estas visiones que parezca acercarse de mejor manera al bien común²⁴.

Lo anterior nos recuerda, además, que los problemas sociales son multiformes y multicausales: presentan diversas facetas, así como distintas fórmulas de solución. Por ello, el proceso de decisión política atiende de mejor manera esa diversidad de ángulos y visiones, permitiendo también, de mejor forma, su análisis en el foro público²⁵.

En segundo término, el Derecho se separa de la Política en su relación con la *imparcialidad*. Como señala PEREIRA MENAUT, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas, que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El Derecho, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o de lo contrario dejará de ser Derecho²⁶; requisito que, ciertamente, también resulta plenamente aplicable a la jurisdicción constitucional.

Adviértase, en este sentido, que es característica del proceso político la participación de los propios ciudadanos, sea directamente o a través

en cuestión, sean también en principio capaces de pensar cómo utilizarlos adecuadamente. Agrega que la teoría liberal de los derechos naturales –en el sentido lockeano– todavía se predica sobre la asunción de que es tan seguro confiar dichas decisiones a individuos comunes como confiarlas a cualquier otro, y que es mucho más seguro en su conjunto confiarlas a personas naturales. JEREMY WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, p. 265.

²⁴ WALDRON resume este punto señalando que las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad sin intentar ocultar, por ello, la controversia y la división que envuelve su aplicación. Los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, pero aunque poseen algunas ventajas, no son necesariamente los más representativos o los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. Concluye que “las leyes son *esencialmente*, y no sólo casualmente, el producto de asambleas amplias y polifónicas”. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁵ WALDRON señala que una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. El que un órgano de este tipo no pueda proceder normalmente sobre la base del consenso deliberativo no lo pone en apuros, sino que, al contrario, supone un tributo a este enfoque concreto de la creación legislativa: la idea es que podremos crear así nuestras leyes, con pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, y no tratando de esquivarlos. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 36.

²⁶ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, *op. cit.*, p. 61. Obsérvese, sin embargo que, como señala este autor, las leyes, como productos del Parlamento, admiten una cierta dosis de política sin dejar de ser tales, pues reflejan el producto de los acuerdos políticos alcanzados en el Parlamento. En el ámbito jurisdiccional, por el contrario, una sentencia de sesgo “político” o parcial sería una aberración.

de sus representantes, en la creación de las normas que se estiman más apropiadas a los problemas comunes que afectan a la sociedad. Lo normal, por ello, es que esos ciudadanos o sus representantes estén implicados o actúen desde determinadas posiciones políticas o ideológicas²⁷. En el Derecho, en cambio, la decisión siempre pertenece a un tercero, el juez, de quien se espera una posición equidistante de los intereses de las partes, con el objeto de fallar con imparcialidad²⁸.

Son estas diferencias las que explican la tensa pero necesaria relación que debe trabarse entre el Derecho y la Política, que es lo que intenta regular el Derecho Constitucional. LEIBHOLZ expresa al respecto que

“en la estructura tipológica ideal [de la justicia constitucional] existe una contradicción interna, final e insalvable, entre la Ciencia de lo político y la de lo jurídico. Esta contradicción se explica porque, según su esencia misma, la Política está aprisionada en una esfera dinámica e irracional y trata de acomodarse a las siempre cambiantes condiciones reales de la vida; en cambio, el Derecho, en su estructura esencial fundamental, es un ente estático y racional que trata de sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan constantemente expresarse e imponerse dentro del campo político”²⁹.

En el mismo orden de ideas, según PEREIRA MENAUT, el Derecho implica, de cara a la Política, freno, control y limitación; lo que abre la puerta a otra gran diferencia entre ambos: la Política impulsa, propone, innova, es expansiva; el Derecho frena el poder, lo sujeta, lo encauza, recorta el alcance de su actuación y procedimientos. Si la actividad política limita el poder, el Derecho limita a la actividad política³⁰.

El Derecho Constitucional, en síntesis, cumple el valioso papel de establecer un marco jurídico objetivo que permita el sano funcionamiento de la Política –esto es, fundamentalmente, la discusión, la libre elección y,

²⁷ Nos referimos a “ideología” en sentido amplio. Un partido político o movimiento social que se presenta como “apolítico” también sería, para efectos de este trabajo, una forma de ideología.

²⁸ WALDRON señala al respecto que la distinción de un tribunal, respecto del Parlamento, radica en la diferenciación entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión, el juez. El juez escucha los alegatos de las partes, luego se retira y reflexiona sobre ellos, regresando con un veredicto que se supone representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias del mismo. En el Parlamento en cambio, incluso en los casos en que éste actúa como una comisión parlamentaria, sus miembros nunca intentan esconder que, cuando actúan, son parte implicada en el asunto que conocen; e incluso antes de la democracia, los Parlamentos se entendieron siempre como una forma de generar derecho por el pueblo y desde el pueblo, no desde una autoridad superior. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, pp. 32 y 69-70.

²⁹ LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 90.

³⁰ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, *op. cit.*, p. 62.

en su caso, la composición o acuerdo entre las distintas posiciones ideológicas o sociales–, sin que la dinámica expansiva de ésta termine destruyendo el propio debate democrático o incluso los derechos y libertades de las personas. Ese marco está a cargo de un juez que, como tal, debiera mantener *una estricta neutralidad* frente a las opciones políticas en juego. Es la ciudadanía la que debe escoger entre éstas, no el juez.

4. *Los problemas de la intervención del juez constitucional en un conflicto puramente político*

Sin embargo, una cosa es encauzar la Política mediante el Derecho y otra, totalmente distinta, es *reemplazar* a la primera por el segundo. De ahí puede advertirse el sentido que tiene entregar los asuntos jurídico-constitucionales a un juez imparcial, que cuenta con el imperio y las técnicas para determinar e imponer la visión más ajustada a la legalidad constitucional; y los asuntos políticos, en cambio, a una asamblea parlamentaria, donde los distintos puntos de vista de la sociedad están representados y pueden dialogar con pie de igualdad. Pueden advertirse, asimismo, los problemas que se derivan de confundir los campos y, en particular, de solucionar una cuestión política con las armas del Derecho.

Presentados de manera esquemática, el principal de estos problemas es, obviamente, la pérdida de la imparcialidad absoluta del juzgador, la garantía básica que se espera de una justicia constitucional objetiva. En esas condiciones, este juzgador deja de estar sujeto a una norma preexistente para entrar a formar parte, de hecho, del proceso legislativo de creación de nuevas normas jurídicas de nivel constitucional o legal, mediante una jurisprudencia teñida de la ideología favorecida por aquél³¹.

Una segunda consecuencia negativa de la situación estudiada es la eliminación, en un ámbito propiamente político, de toda posibilidad de competencia y negociación entre las distintas posiciones en pugna –lo propio de la Política–, para dar la preferencia *absoluta* a una de esas op-

³¹ ZUÑIGA URBINA señala que, aun cuando el Tribunal Constitucional resuelve conflictos políticos, sean conflicto de normas o conflicto de reparto de poderes, y por ende la naturaleza del conflicto de poderes es jurídico-política, ello no significa que el órgano de *heterocomposición* del conflicto sea político, o que el control sea político; muy por el contrario, el control de constitucionalidad por ser control jurídico o jurisdiccional, *posee límites asociados a la naturaleza del control y del proceso, como también del órgano que lo ejerce: un tribunal*. FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, p. 271. El destacado es nuestro.

ciones, descartando totalmente las demás en juego. Al respecto GLENDON señala, refiriéndose al “lenguaje de los derechos”:

“en su forma simple [dicho discurso] es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado”³².

Desde el punto de vista de la posición triunfadora, esto sin duda es una ventaja. Pero al perdedor –que indistintamente puede ser la mayoría o la minoría, o una ideología de cualquier signo– se le han cerrado todas las puertas del proceso democrático y no sería de extrañar un desencanto que, a la larga, puede ser muy peligroso para la subsistencia del sistema político³³.

En relación con esto último, otro gran inconveniente, ahora desde un punto de vista político, es la imposición de soluciones normativas desde la jurisprudencia constitucional, sin acudir a la legitimación del procedimiento legislativo democrático³⁴. No es irrelevante recordar al respecto que la participación de los ciudadanos es de la esencia del proceso político democrático: sin ellos, no hay Política³⁵. Y dado que todos pueden participar, los mecanismos propios de este arte parecen ser los más adecuados para lograr la presentación de todos los puntos de vista en juego, dado que por provenir de personas que se reputan igualmente valiosas y dignas, éstos poseen esencialmente el mismo valor³⁶.

³² GLENDON, “El lenguaje...”, *op. cit.*, p. 88.

³³ No obstante lo cual –o tal vez precisamente por esto– muchos acuden a la justicia constitucional con el preciso fin de ganar *por secretaría* aquello que no pudo imponerse en el juego democrático. Ver al respecto apartado N° 7 de este trabajo.

³⁴ Aunque desde un punto de vista jurídico también hay grandes inconvenientes. A propósito de la constitucionalización del derecho y el recurso de protección, GUZMAN BRITO alude al desbaratamiento del sistema dogmático de las diferentes ramas del derecho –sin el cual la justicia racional, que llevó siglos construir, se convierte en “decisión arbitraria de cadí musulmán”, según afirma– y al cambio de los fundamentos del Derecho, el cual deja de estar constituido principalmente por la ley y se transforma en uno formulado por los jueces. Alejandro GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77.

³⁵ WALDRON señala al respecto que una nota característica del mundo contemporáneo es que el poder legislativo casi siempre reside en grandes asambleas parlamentarias, estructuradas de un modo tal que representan (o pretenden representar) a la mayor cantidad de ciudadanos y los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad respecto de la manera en que esta sociedad debe ser organizada. La principal razón de ello es que las decisiones adoptadas en el foro político afectarán directamente a los propios derechos e intereses de quienes participan en él. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 284.

³⁶ Ya ARISTÓTELES señalaba, como una de las más importantes consecuencias de la igualdad en materia política, la alternancia en el poder: “...entre libres e iguales... no es posible que todos gobiernen simultáneamente, sino por turnos de un año o por algún otro ordenamiento temporal... es evidente que sería mejor que gobernasen siempre los

En cambio, cuando se trata de la solución de un problema político a través de las herramientas jurisdiccionales, la participación de los ciudadanos es sólo contingente –dado que se excluye a todos los que no son parte del litigio– y la contienda se reduce a los argumentos e intereses del demandante y el demandado, que además serán ponderados y dirimidos, como se dijo antes, por un tercero. Una determinada decisión judicial respecto de cualquier cuestión política carece por ello, necesariamente, tanto de la legitimación democrática como de la amplitud de miras necesaria para abordar el problema tratado. Pero –he aquí lo que parece más grave en esta cuestión– ello no impedirá *su imposición con la fuerza del derecho*, eliminando además toda posibilidad de disenso legítimo³⁷.

Por esto es que HESSE señala que, aun cuando tiene mucho en común con la legislación, la jurisprudencia no surge en el proceso de formación de la voluntad política; no puede, por ello, sustituir al derecho surgido en el proceso legislativo democrático, y no está democráticamente legitimada en la misma medida que el derecho adoptado por el Parlamento. Aunque puede diferenciar más cuidadosamente, facilita la adaptación a problemáticas cambiantes y puede satisfacer las exigencias de una justicia concreta y vinculada al caso, la jurisprudencia no puede desarrollar los mismos efectos racionalizadores y estabilizadores que una regulación legal clara³⁸.

De esta manera, los característicos requisitos procesales y sustanciales propios de la jurisdicción constitucional, así como los resultados esperables de su actuación, constituyen *dificultades objetivas* que, no obstante encontrar debida justificación en un ámbito propiamente jurídico, empobrecen la solución de un determinado conflicto político al limitar el acceso y libre juego de los distintos puntos de vista sobre las cuestiones públicas³⁹.

mismos, si ello fuera posible. Pero en aquellos casos en los que eso no es posible, debido a que todos son iguales por naturaleza, es justo, sea el gobernar bueno o malo, que todos participen de él; esto es lo que se trata de imitar al cederse los iguales por turno el poder y considerarse como semejantes fuera de su cargo. Pues unos gobiernan y otros son gobernados por turno, como si se volvieran otros. De la misma manera, de entre quienes gobiernan, unos ocupan un cargo y otros otro”. ARISTÓTELES, *Política*, 1261a. La misma idea puede ser aplicada, *mutatis mutandis*, a la alternancia de las diversas ideas políticas.

³⁷ Ello explica por qué, tanto en EE.UU. como en otros países occidentales, muchos activistas se esfuerzan por judicializar algunos temas sociales muy controvertidos, sea a nivel interno o internacional. GLENDON señala al respecto que en EE.UU., a partir de los años 60 del siglo XX, a muchos les parecía mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, “de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción”. GLENDON, “El lenguaje...”, *op. cit.*, p. 84.

³⁸ Konrad HESSE, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, p. 158.

³⁹ WALDRON señala al respecto que, aunque los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, y aunque poseen algunas ven-

Obsérvese, por último, cómo la posibilidad de lograr cambios políticos a través de la actividad jurídico-constitucional termina convirtiendo a los jueces en los verdaderos *responsables* del cambio social. Al respecto PEREIRA MENAUT señala la inconveniencia de esta opción, pues se termina acusando a los jueces de conservadores, si no dan lugar a los cambios solicitados, o de activistas, por interferir en las decisiones que corresponden a los poderes Ejecutivo y Legislativo, si lo hacen⁴⁰.

Desde el Derecho Privado y en el mismo sentido, GUZMÁN BRITO no niega la posibilidad de efectuar cambios al sistema legal por razones de justicia, pero ello debe ser merced a los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, que suponen una decisión política previa, tomada por los órganos competentes y formada de acuerdo con los cánones previstos, y no por los jueces a impulso de los abogados en los estrados. Entretanto ello no ocurra,

“sigue correspondiendo al legislador formular las normas que otorguen la debida protección a los diversos derechos e incluso intereses en el modo adecuado a los principios”⁴¹.

En vista de todo lo expuesto, muchos autores han teorizado sobre la necesidad de moderar el alcance de las facultades de control de los tribunales constitucionales en aquellas materias de competencia del legislador, recurriendo al concepto de la deferencia judicial. A esto nos referiremos a continuación.

5. La deferencia judicial

Ante la posibilidad cierta de que el ejercicio indebido o ideológico de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, algunos autores, tanto en el mundo del derecho continental como en la corriente del *Common Law*, han teorizado acerca de la necesidad de que aquél ejerza sus atribuciones con moderación. Dicha moderación ha recibido el nombre de *judicial self-restraint*, autorrestricción, deferencia judicial o deferencia razonada. Como señala ZAPATA,

tajas, no son necesariamente los más representativos los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰ PEREIRA MENAUT, *Política y...*, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹ GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77.

“el ejercicio de la ‘deferencia razonada’ por parte del Tribunal Constitucional constituye un resguardo eficaz contra el activismo judicial desbordado”⁴².

La deferencia judicial, sin embargo, es un concepto de contornos difusos⁴³, dada la dificultad de delimitar el rol del juez constitucional respecto de un documento que, como la Constitución, mezcla en diferentes proporciones el Derecho y la Política, lo que no siempre permite determinar con claridad cuando estamos frente a un problema jurídico-constitucional o bien frente a un problema directamente político; mayormente aun frente a Cartas Fundamentales como las contemporáneas, repletas de valores, conceptos jurídicos indeterminados y metas y objetivos sociales, culturales y políticos⁴⁴, a lo que se suma la actuación de cierta doctrina legal que, consciente o inconscientemente, otorga cobertura técnica al activismo, como veremos más adelante.

No obstante lo anterior, y dado que no creemos en la existencia de “algoritmos legales”⁴⁵ que resuelvan automáticamente los casos difíciles, la eventual imprecisión de esta doctrina no debiera ser óbice para rescatar sus aportes principales⁴⁶, por lo que creemos que vale la pena reseñar sus principales aspectos.

El primero que intentó teorizar sobre la autorrestricción judicial fue el profesor de Harvard James B. THAYER, quien en octubre de 1893 publicó un artículo sobre la materia⁴⁷, en el que expresaba su preocupación por

⁴² Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, p. 230.

⁴³ POSNER, más bien crítico con esta figura, considera la deferencia judicial o “*judicial self-restraint*” como un verdadero “camaleón” y hace énfasis, en su trabajo, en que el mismo concepto ha cubierto distintas formas de autorrestricción judicial. Richard A. POSNER, “The Rise and fall of Judicial Self-Restraint”, p. 520.

⁴⁴ Pensamos, por ejemplo, en la Constitución española (Artículo 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) o en la Constitución portuguesa (Artículo 73. 3. El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos, en especial de los trabajadores, al goce de la cultura y a la creación cultural, a través de organizaciones populares básicas, colectividades de cultura y recreo, medios de comunicación social y otros medios adecuados).

⁴⁵ Expresión tomada de POSNER, “The Rise...”, *op. cit.*, p. 539.

⁴⁶ Imprecisión que, en nuestra opinión, afecta más a los mecanismos concretos de aplicación de esta teoría, que a sus principios generales.

⁴⁷ James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, pp. 129-156. (La traducción de este artículo que ofrecemos a continuación es propia). Respecto de este trabajo, POSNER señala que la deferencia judicial es mucho más antigua

los posibles alcances negativos de la entonces reciente doctrina de *judicial review*, esto es, la invalidación de las leyes por oponerse a la Constitución, a cargo de los jueces.

Por el contrario, THAYER estimaba que el poder de revisión judicial no debería comprender la facultad de privar a otro departamento de gobierno –respecto del cual los jueces no deben olvidar que tienen una relación de coordinación o igualdad–, de alguno de sus poderes legítimos, o de su rango de discreción. En ese sentido, de acuerdo a este autor, el ejercicio de ese poder jurisdiccional requiere una tolerancia o margen de actuación para el vasto e indefinible rango de consideraciones dirigidas únicamente al juicio práctico de un cuerpo legislativo. Dentro de ese margen, los legisladores deberían ser libres y los jueces no deberían intervenir⁴⁸.

En ese sentido, THAYER recuerda que, habida cuenta de las grandes, complejas y siempre crecientes exigencias de gobierno, muchas de esas elecciones o juicios parlamentarios o políticos, que pueden parecer inconstitucionales a una persona, o cuerpo de hombres, podrían razonablemente no serlo para otros; que la Constitución a menudo admite diferentes interpretaciones; que frecuentemente hay un rango de elecciones y juicios y que en tales casos la Constitución no impone sobre la legislatura una opinión específica, sino que deja abierto ese rango; y que cualquiera de esas elecciones, si es racional, será constitucional⁴⁹.

Pero además el profesor THAYER se muestra particularmente crítico de la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, ya presente en los jueces de su tiempo, de convertir la función judicial en estas materias en una especie de *mera técnica*, aparentemente neutra y exenta de toda otra connotación, que se reduciría, primero, a una simple comparación entre dos

tanto en la teoría como en la práctica del derecho norteamericano. Sin embargo, THAYER representaría su más conocida y mejor desarrollada versión, al menos desde el punto de vista de la doctrina. Uno de los factores que impulsó a THAYER a este desarrollo, nuevamente de acuerdo a POSNER, fue el que la facultad de los tribunales de justicia norteamericanos de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en la época en que éste formuló su teoría (1893) todavía era controvertida, lo que aconsejaba su uso prudencial. POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 522.

⁴⁸ THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 135. De acuerdo a KRIELE, THAYER partía del principio –calificado como correcto por el primero– de que el derecho constitucional es neutral respecto de la política económica, social, etc., es decir, que da cabida a la discusión democrática entre los partidos de “derecha” y de “izquierda”. De ahí se daba para ese autor –también correctamente, de acuerdo a KRIELE– la necesidad de un *ethos* profesional del juez quien, si bien puede pertenecer personalmente a uno u otro partido, como juez debe reprimir sus inclinaciones personales y abstenerse de incluirlas mediante la interpretación en la Constitución. Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, p. 301. Énfasis en el original

⁴⁹ THAYER, *op. cit.*, p. 144.

discursos, o dos lecturas –la Constitución y la ley–; segundo, a declarar el verdadero significado de cada uno, cuando ellos se encuentran en conflicto; y, finalmente, a establecer la superioridad de la Carta Fundamental como documento de mayor jerarquía, lo que para THAYER es tanto como reducir este control a un cometido judicial ordinario y simple⁵⁰. En su opinión, una tal declaración no recogería las notables peculiaridades de la interpretación constitucional en este campo⁵¹.

En este orden de ideas, para THAYER la determinación del contenido de la Constitución corresponde en primer lugar al Legislativo, determinación que para este autor no reviste carácter preliminar respecto de las cuestiones sometidas a su conocimiento, sino que se trata de la determinación definitiva, función que aquel poder no comparte con el Judicial⁵².

El cuestionamiento jurisdiccional, en tanto, es eventual –ocurre sólo en el marco de un litigio en el cual se produce una controversia de constitucionalidad, a propósito de intereses particulares–, y surge mucho tiempo después de que la ley ha entrado en vigor y ha producido efectos de profunda importancia; características que, por otra parte, no son ni excepcionales ni imprevistas, pues es a la Legislatura a quien se ha dado este poder de imponer, a través de su acción, una interpretación de la Constitución que producirá tales efectos, incluso en los asuntos más serios⁵³.

⁵⁰ THAYER, *op. cit.*, p. 150. Al respecto, THAYER afirma, en su artículo, que la regla que propone –ver apartado N° 6– involucra el reconocimiento implícito de que los jueces han sido dotados, indirectamente y en cierto grado, del poder de revisar la acción de otros departamentos estatales y pronunciar su nulidad, función meramente judicial, pero que tiene parte en la conducción política del gobierno, por lo que los jueces deben aplicar los métodos y principios que convienen a dicha tarea. Pero en lugar de ello, dice este autor, se lleva a cabo un tratamiento pedante y académico de los textos de la Constitución y las leyes, perdiéndose la necesaria combinación, que estos casos requieren, entre la visión de estadista y el rigor de un abogado. THAYER, “The Origin and...”, pp. 138 y 152.

⁵¹ Además de lo dicho (ver nota al pie N° 50) dichas peculiaridades se deberían –de acuerdo al análisis de POSNER– a que, para THAYER, cuando el Parlamento decide aprobar una ley, también hace por sí mismo una calificación de constitucionalidad, deviniendo en una “especie” de corte constitucional (argumento también esgrimido en Chile por ZAPATA. Ver al respecto nota al pie N° 59, *infra*); y que si los Tribunales llevan el control de constitucionalidad hasta el límite, podrían convertir a los legisladores en entes meramente reactivos a las decisiones de las cortes. Por el contrario, un control deferente forzaría a los legisladores –de cuya labor THAYER tenía una alta opinión– a preocuparse seriamente respecto de la constitucionalidad de la legislación propuesta (POSNER, “The Rise and ...”, *op. cit.*, p. 524).

⁵² De acuerdo a este autor, la función judicial es simplemente determinar los bordes externos de la acción legislativa, el límite más allá del cual los poderes legislativos no pueden ir sin vulnerar las prohibiciones de la Constitución o cruzar la línea de sus concesiones o privilegios. THAYER, *op. cit.*, p. 148.

⁵³ THAYER, *op. cit.*, p. 136. Es de notar que este autor mencionaba, en contra de la entonces reciente *judicial review*, el argumento de que si el constituyente hubiese querido

En consecuencia, para THAYER, es evidente que un poder tan trascendente dota a su titular del derecho al correspondiente respeto, un respeto que no es una mera cortesía o convencionalismo, sino que se basa en sólidas y significativas bases de Política y Derecho⁵⁴.

Si bien esta teoría se difundió rápidamente en la ciencia jurídica norteamericana y encontró partidarios incluso en la Corte Suprema –aunque en una minoría de jueces, entre los cuales los más importantes fueron HOLMES y BRANDEIS–, ella no pudo imponerse sino hasta los años 30 del siglo XX. Incluso después de 1933 la Corte bloqueó gran parte de la legislación económica y social del *New Deal* del presidente ROOSEVELT, y sólo después de que una abrumadora mayoría del pueblo americano eligió, por segunda vez, al mismo presidente y expresó, con ello, su oposición a esta jurisprudencia, encontró la doctrina una mayoría en la Corte Suprema, con lo que quedó expedito el camino para la legislación económica social⁵⁵. Posteriormente, la doctrina de la *judicial self-restraint* fue seguida, con mayor o menor fidelidad a su fundador, durante los siguientes 81 años, siendo su último representante memorable a nivel de la Corte Suprema –de acuerdo a POSNER–, el juez BICKEL, quien ejerció en tal Tribunal entre 1956 y 1974⁵⁶.

En la doctrina chilena, en tanto, ZAPATA señala que en un Estado de Derecho caracterizado, entre otras cosas, por la efectiva separación de las funciones estatales, las relaciones entre los distintos órganos de poder pueden y deben estar regidas por la deferencia. Dicha “deferencia”, de acuerdo a este autor, resulta indispensable para que el orden institucional funcione de manera armónica y eficiente, y se fundamenta principalmente

una mayor participación del juez en el control de constitucionalidad de las leyes, hubiese previsto el control *ex ante* (THAYER, *idem*); argumento que, si bien se debilita frente al característico control preventivo ejercido por los Tribunales Constitucionales continentales, podría todavía tener alguna consideración respecto del control de constitucionalidad *ex post* (en Chile, N°s 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política), que, de acuerdo a la memoria del Tribunal Constitucional de nuestro país, se llevó más del 85% del trabajo de ese órgano durante el año 2011 (Fuente: “Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional”, Santiago de Chile, año 2011, pp. 13 y siguientes. Disponible en línea: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_documento.php?id=174 [Fecha de consulta: 14 de enero de 2013]).

⁵⁴ THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁵ KRIELE, *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 303. Como señala el profesor ZAPATA, en cambio, la Corte Suprema fue desarrollando una actitud crecientemente rigurosa y exigente respecto de las leyes que afectaban las libertades políticas o la igualdad civil, proceso que se intensificó especialmente durante el período en que la Corte Suprema fue presidida por Earl WARREN (1953-1974). ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁶ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 533.

en la naturaleza misma del régimen democrático representativo⁵⁷, en la autonomía del legislador⁵⁸ y en la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos⁵⁹. Por lo mismo, la pérdida de la misma constituiría, para este autor, un síntoma inequívoco de crisis institucional⁶⁰.

6. El efecto de la deferencia razonada

Para corregir los efectos del tipo de razonamiento que criticaba, THAYER propuso la aplicación a la actividad judicial de lo que denominaba una “regla de administración”, que extrae de la jurisprudencia de su tiempo⁶¹ y que consistiría, fundamentalmente, en que una ley del Congreso no debería ser declarada inválida, a menos que la violación de la Constitución fuese tan manifiesta que no pudiese dejar lugar a dudas razonables⁶². De esta manera, el estándar que pesa sobre las Cortes consistiría no solo en determinar la inconstitucionalidad de la norma –como la mera comparación entre dos discursos legales, uno de la ley y otro de la Constitución–,

⁵⁷ ZAPATA recuerda al respecto que Chile es una república democrática, y que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo. En consecuencia con lo anterior, la dirección de los asuntos públicos corresponde a los representantes libremente elegidos por la ciudadanía y no a los jueces, sobre los cuales existe poco control político. *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁸ Tal como THAYER, ZAPATA afirma que es el legislador quien debe complementar y detallar las instituciones que la Carta Fundamental sólo perfila en sus líneas más gruesas. Sin embargo, dentro del marco que fija la Carta Fundamental, el legislador goza de una legítima autonomía, que el Tribunal Constitucional, en aplicación de la “deferencia razonada”, no puede sino reconocer y respetar. ZAPATA, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁹ ZAPATA, *op. cit.*, pp. 227-229. Es decir, existiendo solo dudas respecto de la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el Tribunal Constitucional debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, aunque supremo en su labor, no es el único intérprete de la Constitución. En efecto, el legislador también interpreta la Constitución. Al hacerlo, tiene también el deber de sujetarse a la Carta Fundamental. No debe olvidarse que tanto Presidente de la República como parlamentarios, al momento de asumir como tales, deben prestar juramento de hacer respetar la Constitución. Más aún, a todos ellos se les puede haber efectiva su responsabilidad por el incumplimiento eventual de dicho deber. ZAPATA, *op. cit.*, pp. 243-244.

⁶⁰ ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 228.

⁶¹ THAYER extrae esta regla de un fallo de 1811, pero argumenta, con diversos ejemplos, que ella existía ya desde 1782. THAYER, “The Origin and...”, *op. cit.*, p. 140.

⁶² La duda razonable a que se refiere THAYER es la que perdura en la mente de una persona competente y debidamente instruida, que ha aplicado cuidadosamente sus facultades al problema expuesto. Se trataría, entonces, de la opinión razonablemente aceptable para una persona como ésta. THAYER, *op. cit.*, p. 149.

sino en precisar, además, la permisibilidad del juicio que se admite a otra rama de gobierno a la que la propia Constitución ha encargado el deber de efectuarlo⁶³.

ZAPATA, por su parte, agrega que en aplicación de este principio, los jueces deben reconocer “que la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y en el Congreso Nacional. Al mismo tiempo, parece indispensable que las determinaciones que adopten dichos entes políticos merezcan una cierta consideración –deferencia– de parte de los jueces”. Desde este punto de vista, la no justiciabilidad de una decisión legislativa derivaría de haberse adoptado ésta dentro del ámbito de “autonomía” que al efecto fija la Constitución Política. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa⁶⁴.

De esta manera, y dentro de los márgenes de discrecionalidad que le reconoce y garantiza la Constitución, el legislador es soberano para escoger cualquiera de las posibles alternativas a su alcance. Las consideraciones técnicas, políticas o económicas, en base a las cuales el legislador escoge una u otra fórmula, en la medida –por supuesto– que no infrinjan la Constitución, se encuentran más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional⁶⁵.

Para ZÚÑIGA URBINA, la deferencia que el Tribunal Constitucional debe practicar con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección política del Estado, como el Gobierno y el Congreso Nacional, se expresa en que

“el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia”⁶⁶.

⁶³ THAYER, *op. cit.*, p. 144. De acuerdo a KRIELE, el necesario espacio de autonomía destinado a la discusión democrática y a la acción del legislador parlamentario requeriría que la Corte Suprema no declarase inconstitucional ninguna ley que pudiera ser justificada mediante razones plausibles, sin que importara si los jueces las encontrasen personalmente convincentes o no. El juez debería aceptar la “plausibilidad racional” del argumento del legislador y hacer caso omiso de su opinión política personal. KRIELE, *Introducción a la... op. cit.*, p. 302.

⁶⁴ ZAPATA, *Justicia Constitucional... op. cit.*, pp. 229-234

⁶⁵ ZAPATA, *op. cit.*, p. 234. Más adelante, este autor estima que ese ámbito de libertad se amplía o restringe según si la Constitución es “neutra” –en el sentido de admitir en su seno la existencia de distintas visiones políticas, como a su juicio ocurre con la Constitución española o la americana– o “comprometida”, como a su juicio lo sería la Constitución chilena de 1980.

⁶⁶ ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 270-271. Para este autor, un ejemplo de esta “deferencia” es la presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder político estatal en general y de la ley en particular, “presunción que obliga a

HESSE por su parte –aunque crítico del concepto de deferencia constitucional, como veremos más adelante–, señala que, con independencia de la falta de claridad de los límites a la vinculación jurídico-constitucional del tribunal del ramo, éste no puede sustituir sin más sus valoraciones por las del legislador, además de que la amplitud e indeterminación del parámetro de control frecuentemente deja espacio para diferentes valoraciones. Tampoco puede dejar de atender a las consecuencias de sus decisiones. Está, por ello, obligado a la prudencia⁶⁷.

Para POSNER, en tanto, la deferencia judicial, en uno de sus principales significados –que, según afirma, corresponde justamente al tipo de deferencia practicado por James B. THAYER⁶⁸–, implica que los jueces deberían ser especialmente renuentes a declarar una acción ejecutiva o legislativa como inconstitucional, tanto en razón de la diversa competencia institucional propia de cada una de estos poderes, como por el respeto que se debe a las ramas del gobierno de origen democrático; lo cual, a su vez, se basa en el supuesto de que las legislaturas pueden hacer juicios políticos y escoger opciones de esa naturaleza con más propiedad que las Cortes⁶⁹.

Adicionalmente, de acuerdo al mismo autor, pueden encontrarse una serie de consideraciones en el sentido expuesto por la doctrina iniciada por THAYER –aunque no sostenidos directamente por este– que llaman a la deferencia en casos particulares. De acuerdo a ellas, es necesario tener presente que los jueces por lo general son abogados competentes, pero pocas veces mucho más que eso⁷⁰; que las decisiones judiciales pueden ser ricas en consecuencias no deseadas, el alcance de la Constitución es vasto, y la justicia opera con información limitada; que, dada la inexistencia de

ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, y por ende en un conflicto de normas, operando así un control abstracto de legitimidad de tales actos”. Agrega que el control de constitucionalidad es inidóneo por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las «cuestiones políticas», no debiendo confundirse esta noción con el contenido político propio de los conflictos constitucionales que adoptan la forma de conflictos de poder (conflicto de normas o de reparto de poderes, que para este autor también es conflicto de normas).

⁶⁷ HESSE, “La jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁸ Este autor asigna otros dos contenidos relevantes al concepto de deferencia judicial, que no desarrolla en el trabajo citado: la posición denominada “*legalismo*” y la posición que denomina “*modestia judicial*”. Ver detalles en: POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 521. Recuérdese, sin embargo, que en el artículo citado, POSNER es más bien crítico con la idea de la deferencia, por lo que su conceptualización solo busca precisar la doctrina de la deferencia, no necesariamente otorgarle su apoyo.

⁶⁹ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 521.

⁷⁰ Esta prevención nos recuerda lo limitado que es el conocimiento jurídico, no obstante sus muchos aportes, frente a la globalidad de los problemas sociales.

un “método algorítmico” para decidir jurídicamente los casos difíciles, muchas decisiones constitucionales solo pueden ostentar débiles reclamos de validez objetiva; que las partes de la Constitución que generan litigación a nivel de la Corte Suprema son demasiado viejas para ser preceptivas [en los casos contemporáneos]⁷¹; que las cuestiones presentadas en los casos constitucionales suelen ser al mismo tiempo tanto cuestiones emocionales como asuntos trascendentales y las decisiones que las resuelven reflejan, inescapablemente, los valores personales, sicología, antecedentes, presiones de los compañeros, ansiedades políticas, experiencias profesionales, inclinaciones ideológicas, y otros factores de carácter no legal, a menudo inconscientes⁷².

En consecuencia, de acuerdo a las razones expuestas, parece indiscutible concluir que existen una serie de limitaciones, que el juez constitucional debiera tomar en cuenta al momento de tentarse a imponer una determinada visión política o ideológica de la Carta Fundamental, particularmente en aquellos casos de carácter controvertido. De ahí también que, a nuestro juicio, la deferencia judicial –bien entendida⁷³– puede representar una verdadera garantía de imparcialidad frente a cualquiera de las diversas corrientes sociales o políticas que se impongan en el juego democrático legítimo (cuestión que, por otra parte, no puede afirmarse del activismo judicial, en ninguna de sus variantes)⁷⁴.

Sin embargo, ello no puede significar omisión de todo control constitucional, pues, como es sabido, la justicia constitucional ha nacido, en

⁷¹ Este argumento, que ataca directamente a ciertas doctrinas como el *originalismo*, parece ciertamente más atinente a la Constitución norteamericana, pero bien podría replicarse en nuestro país –o en cualquiera otro sujeto a Cartas Constitucionales relativamente recientes– si se recuerda que no siempre nuestras Constituciones, como cualquier otra norma jurídica, pudieron prevenir la solución más justa o adecuada a todos los problemas concretos que habría de deparar en el futuro la siempre cambiante realidad social.

⁷² POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 553. Los otros legados de esta corriente, para dicho autor, dicen relación con limitaciones a la justiciabilidad de la Constitución, el deseo de estudiar el impacto real de la legislación impugnada en la sociedad –sostenido en su momento por el juez BRANDEIS, seguidor de THAYER–; con la conveniencia de mantener oportunidades para la experimentación legislativa a nivel estatal en la Unión americana (ver al respecto nota N° 82) y con la noción de deferencia como mecanismo pragmático de desempate, en casos dudosos.

⁷³ Ver al respecto críticas a la voluntariedad del *judicial self-restraint*, en el apartado N°7 de este trabajo.

⁷⁴ ZÚNIGA URBINA advierte que debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la “derecha” o pro gubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años, jurisprudencia del Tribunal Supremo y de tribunales federales fuertemente condicionados en su integración por las grandes opciones políticas. ZÚNIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 271.

sus diferentes versiones históricas, bajo la certeza de que el legislador *puede vulnerar* la Constitución. En ese sentido, ZAPATA señala que “Tribunal deferente” no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol contralor, en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, para este profesor la deferencia propuesta demanda del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos⁷⁵.

De esta manera, tal como se concluye por este último autor, la aplicación de este principio está lejos de reducir al Tribunal Constitucional a la calidad de ente sumiso o meramente decorativo. La deferencia razonada permitiría al referido tribunal realizar un ejercicio vigoroso y creativo de sus atribuciones, evitando, dentro de lo posible, el conflicto permanente con los poderes elegidos democráticamente y el peligro de politización que esta pugna encierra⁷⁶.

De cualquier manera, el principio de deferencia constitucional o la necesidad de reconocer un ámbito de autonomía política al legislador, ha sido reconocido expresamente en sentencias de importantes órganos jurisdiccionales, como los tribunales constitucionales alemán⁷⁷, español⁷⁸

⁷⁵ ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

⁷⁶ ZAPATA, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁷ De acuerdo a VON MÜNCH, el TCF se ha declarado expresamente partidario de ese principio para su actividad jurisdiccional en su sentencia sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la entonces República Democrática Alemana: “El principio del *judicial self-restraint*, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa... sino la renuncia a “hacer política”, es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. Ese principio aspira, además, a preservar de otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado. Ingo VON MÜNCH, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, p. 579. La sentencia citada, de acuerdo a este autor, corresponde a: Tribunal Constitucional Alemán (1973), BVerfGE, tomo 36.

⁷⁸ En la Sentencia N° 194/1989, de 16 de noviembre de 1989, el Tribunal Constitucional de ese país señaló, entre otras cosas, que la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios, dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad, y que el legislador es libre de elegir aquella opción que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Mientras “...las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente”, no deben introducirse por ningún resquicio en el razonamiento de ese órgano jurisdiccional. Tribunal Constitucional español, 1989, Sentencia N° 194 de 1989. ZAPATA recuerda, sin embargo, situaciones en que ese margen de maniobra del legislador español ha sido puesto a prueba hasta el límite, como sucedió con la Sentencia N° 53, de 11 de abril de 1985, que declaró inconstitucional un proyecto de ley que pretendía despenalizar algunos supuestos de aborto. ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 246.

y chileno⁷⁹; y ha acompañado, desde su aparición en un voto disidente del juez HOLMES⁸⁰, con diversas modulaciones, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana⁸¹.

⁷⁹ De acuerdo a ZAPATA, *op. cit.*, p. 241, el fallo Rol 43, de 24 de febrero de 1987, referido al control de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, recoge este principio en su considerando N° 22°, que reconoce al legislador autonomía suficiente para reglar en forma prudente y dentro de latitudes razonables el derecho de asociación, ya que, de lo contrario, podría invadirse un campo que es propio de la ley. Si así no procediere, según el fallo, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad, cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, (1987): Rol 43. A la luz de los recientes fallos sobre los derechos a la salud y a la seguridad social (sentencias roles N°s 976, 1218, 1273, 1287 y 1770), sin embargo, habría que reestudiar si la deferencia judicial es, realmente, una tendencia aún vigente en aquel alto tribunal. Para un análisis de las debilidades analíticas de estos últimos fallos, ver José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, pp. 125-166.

⁸⁰ En el conocido fallo de la Corte Suprema Norteamericana *Lochner vs. Nueva York*, de 1905 (198 U.S. 45) el juez HOLMES rechazó las conclusiones de la mayoría –que invalidó una ley que intentaba regular las horas de trabajo de los empleados de panadería de Nueva York–, señalando que el caso estaba siendo fallado en base a una teoría económica “que no es compartida por parte importante del país”. Agregó que “si la cuestión a decidir fuera si estoy de acuerdo con esa teoría, desearía estudiarla detenidamente antes de decidirme. Pero no considero que ese sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de la mayoría de expresar sus opiniones por medio de leyes”. HOLMES agrega que una Constitución no debe abarcar una teoría económica particular –el asunto debatido en ese momento–, sino que está pensada para regir a personas de opiniones fundamentales distintas, y el hecho accidental de que encontremos algunas opiniones naturales y familiares y otras nuevas y hasta chocantes “no debe influir [en la decisión de la Corte Suprema] acerca de la cuestión de si las leyes que las contienen están en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos” (de acuerdo a traducción propia).

⁸¹ Una de las manifestaciones más recientes del principio de deferencia puede encontrarse en el reciente caso judicial conocido popularmente como *Obamacare*, fallado en julio de 2012, en el cual la Corte Suprema norteamericana aprobó, por mayoría de cinco votos, la constitucionalidad de la “*Affordable Care Act*” o ACA en su parte más cuestionada, esto es, la imposición de un seguro médico a los ciudadanos norteamericanos. El presidente de dicho tribunal –el juez ROBERTS, de tendencia conservadora– citó expresamente los fundamentos de la deferencia judicial, declarando que la invalidación de una ley procede sólo si la falta de autoridad constitucional para aprobar el acto en cuestión está claramente demostrada y que, si bien los miembros de ese tribunal están investidos de la autoridad para interpretar la ley, no poseen ni la experiencia ni la prerrogativa de hacer juicios políticos; los líderes electos, por su parte, que están habilitados para dichos juicios, pueden ser expulsados de sus cargos si la gente no está de acuerdo con ellos. Concluye ROBERTS que no es el trabajo de los jueces proteger a la gente de las consecuencias de sus decisiones políticas. Supreme Court of Justice, 2012, *National Federation of Independent Business et al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, et al.*, 567 U. S. (2012), Opinión del juez ROBERTS, p. 6.

7. Críticas a la deferencia judicial (y posibles respuestas)

La teoría de la deferencia constitucional no ha estado exenta de críticas. Es así como POSNER señala que la doctrina de THAYER ha perdido fuerza debido a varias razones: en la práctica judicial americana, lo son el exuberante activismo de la Corte WARREN y la mantención de algunos de sus precedentes por sus sucesores conservadores en la Suprema Corte; así como la expansión de la *teoría de la incorporación*, que impuso reglas constitucionales uniformes sobre los Estados de la Unión americana, en las áreas sujetas a dicha incorporación⁸².

En lo académico, en tanto, serían factores su falta de coherencia interna –dado que los diferentes seguidores de esta doctrina no formaron una comunidad de pensamiento o de ideas comunes⁸³– y particularmente el crecimiento de diversas e innumerables teorías constitucionales –como el *originalismo*, el *textualismo* y otras– que intentan demostrar cómo *resolver correctamente* los casos constitucionales⁸⁴.

Vale la pena detenerse en este último punto, por su influencia en los principales sistemas legales de Occidente, en el ámbito del derecho público. Es así como, en el caso del derecho constitucional norteamericano, y ejemplificando con autores como DWORKIN, POSNER advierte que estas teorías insisten en que aun el más difícil o indeterminado problema legal tiene una respuesta constitucional correcta. Si esto es así en las más difíciles cuestiones constitucionales, afirma POSNER, es natural pensar que

⁸² POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 546. De acuerdo a POSNER, la progresiva prevalencia de esa doctrina –que es de origen jurisprudencial y que implica, en definitiva, convertir en obligatorios para los Estados de la Unión un número cada vez mayor de los derechos garantizados por las ocho primeras enmiendas a la Constitución Federal– terminó acabando con la posibilidad, sostenida por algunos *thayerianos*, de permitir la autonomía y libertad de los Estados en ciertas materias legislativas, entendidos como verdaderos laboratorios de experimentación jurídica, a objeto de posibilitar la aparición de diversas soluciones jurídicas en el derecho norteamericano.

⁸³ De acuerdo a POSNER, los principales seguidores de esta doctrina fueron los jueces de la Suprema Corte norteamericana HOLMES (juez de la Corte Suprema entre 1902-1932), BRANDEIS (entre 1916-1939) y FRANKFURTER (entre 1939-1962). Todos ellos, si bien coincidieron en la necesidad de respetar la labor del Legislativo, no siempre lo hicieron por las mismas razones de THAYER, que aluden fundamentalmente al carácter democrático del legislador y al reconocimiento de sus virtudes y facultades para intervenir en la cuestión política. Actualmente, de acuerdo al mismo autor, no habría seguidores de esta doctrina, al menos en la Corte Suprema (el artículo citado fue publicado en septiembre de 2012). POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 533 y 547 y ss. Ver, sin embargo, nota al pie N° 81.

⁸⁴ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, p. 546.

el juez deba dar esa respuesta jurisdiccional que se estima correcta y que cualquier otra interpretación está fuera de la ley⁸⁵.

En el derecho continental, en tanto, sucede lo mismo con algunas versiones del *Neoconstitucionalismo*, tendencia doctrinaria o movimiento⁸⁶ que, de acuerdo a GARCÍA AMADO, se apoya en la existencia, en las Constituciones, de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo, que conforman la Constitución material o axiológica y cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas” constitucionales comunes. Ese orden de valores o esa moral constitucionalizada poseen una fuerza resolutoria tal como para contener una respuesta cierta o aproximada, de aplicación directa, para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. La labor de plasmar esas respuestas pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular⁸⁷.

De esta manera, los jueces constitucionales se transformarían en suprainstancias judiciales y su labor de argumentación adquiriría tintes pretendidamente demostrativos,

“puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la Constitución axiológica prescribe para el caso”⁸⁸.

ZÚÑIGA URBINA, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios de Robert ALEXI ha servido de *excusa neoconstitucionalista* para armar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando para ello el de suyo escaso material normativo iusfundamental, “todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial”⁸⁹.

⁸⁵ POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 535-536.

⁸⁶ Decimos “tendencia” siguiendo a NÚÑEZ POBLETE, quien afirma que más que una doctrina, este movimiento se identifica con diversas evidencias y significaciones, entre las que se encuentran el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la constitucionalización del derecho, la difusión de una concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de conflictos (tales como la ponderación), etc. Manuel Antonio NÚÑEZ POBLETE, “El Neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, p. 525.

⁸⁷ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el *Neoconstitucionalismo* y sus Precursores”, p. 3.

⁸⁸ GARCÍA AMADO, “Sobre el *Neoconstitucionalismo...*”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁹ ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 268. Este autor extiende esta crítica a las tendencias neoliberal, neoconservadora y neoiusnaturalista.

De esta manera, tanto en el derecho norteamericano como, sobre todo, en la esfera del derecho continental⁹⁰, la doctrina ha jugado un importante papel en esta materia, afirmando en definitiva que toda situación sometida al conocimiento de un Tribunal Constitucional –incluso aquellas que son especialmente complejas por incluir debatibles cuestiones extrajurídicas–, encontraría una solución de fondo ya predeterminada en la Carta Fundamental. Pero ello no hace sino convertir en legales cuestiones que, en definitiva, son políticas o sociales, y extiende el alcance del marco constitucional y el de los jueces como una verdadera mancha de aceite sobre la sociedad.

En este punto, no podemos dejar de lamentar que son precisamente estos los factores que, para cierta doctrina, otorgan a este fenómeno el inconfesado atractivo de convertirlo en un “camino rápido” de solución a los problemas que aquélla identifica en la política contemporánea, *ahorrándose las molestias* del proceso democrático.

Tal vez la afirmación más directa respecto de este punto la hace el profesor Roberto Mangabeira UNGER, quien afirma que uno de los *inconfesables secretos* de cierta doctrina legal contemporánea consiste en un *malestar o incomodidad con la democracia* que se manifiesta, entre otros aspectos, en la incesante identificación de restricciones a la regla de mayoría y las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas; en un ideal de democracia deliberativa más aceptable mientras más parezca a una conversación educada entre caballeros en un salón del siglo XVIII; y –sobre todo– en el esfuerzo por obtener de los jueces, bajo el pretexto de una interpretación avanzada, *los avances que la política popular no puede entregar* (adviértase que el autor se refiere a Norteamérica...)⁹¹.

⁹⁰ Compartimos la apreciación de MERRYMAN quien afirma que el verdadero personaje del Derecho continental no es el juez ni el legislador, sino el académico de derecho, el científico que explica la ley al juez y al abogado, el curso de la jurisprudencia a los legisladores, y que forma el criterio de los futuros juristas. (MERRYMAN, *op. cit.*, pp. 111-119). Como dato anecdótico, POSNER también relaciona el crecimiento de las doctrinas constitucionales sobre casos difíciles, en el caso norteamericano, con el crecimiento del número de profesores especializados en Derecho constitucional y el de sus aspiraciones, a medida que se alejan más y más de la práctica legal; ello, en razón de la progresiva expansión del alcance del Derecho constitucional desde los años 60 del siglo XX hasta la fecha. POSNER, *op. cit.*, p. 546.

⁹¹ Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996, p. 72 (traducción propia). La misma cita puede encontrarse también en la obra de WALDRON aquí referida (*Derecho y...*, p. 15); y en Richard BELLAMY, *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 18; versiones en castellano de los respectivas obras que han ayudado a la traducción que se presenta en este trabajo.

Aquellos sectores doctrinarios olvidan, sin embargo que, cuando se favorece la intromisión de los jueces en materias políticas, lo que en realidad se beneficia no es un contenido ideológico determinado (sea éste conservador, liberal, de izquierda o derecha, etc.), sino una *competencia de carácter neutro* –más exactamente, una nueva competencia–, que ha sido sustraída a las autoridades político-representativas y que se entrega al juzgador constitucional. Ese carácter neutro es precisamente lo que explica que un tribunal activista, hoy alegremente aplaudido por una decisión de determinado color ideológico, no encuentre ningún obstáculo para adoptar mañana –al inevitable vaivén de las siempre cambiantes mayorías políticas que influyen en su composición– nuevas decisiones, también de manera activista, pero esta vez *contra* las convicciones de los sectores actualmente favorecidos; y esta vez con bastante menos posibilidades de entrar en vereda a un tribunal que se encuentra ya desatado⁹².

De esa intervención jurisdiccional en cuestiones de orden político-ideológico se deriva, además, otro problema, esta vez técnico: o el multifacético problema social que intenta ser abordado ha sido jibarizado a su faceta jurídica y las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen quedan fuera de consideración –lo que producirá, casi con seguridad, una solución incompleta o parcial–; o los jueces se han animado a resolverlo, asumiendo las dificultades intrínsecas de dichas facetas. Pero en esta segunda alternativa no se advierte cómo estos hombres *de Derecho* –seguramente muy versados en sus *específicas competencias jurídicas*– podrían tener un mejor criterio *político* o una mejor *expertise* social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle⁹³.

⁹² POSNER aclara meridianamente este punto cuando da cuenta de la sucesión de olas activistas conservadoras y liberales que han tomado el control de la Corte Suprema a lo largo de los siglos XX y XXI, y que se habrían caracterizado en todos los casos por un período inicial de contención, destinado a reforzar las reivindicaciones respecto del imprudente activismo de la anterior mayoría, seguido de un nuevo período de activismo, esta vez destinado a borrar y luego reemplazar la jurisprudencia de la anterior tendencia. Es así como, de acuerdo al análisis del mismo autor, luego de los nombramientos efectuados por el Presidente REAGAN, la Corte Suprema se habría desplazado lentamente hacia un activismo de derecha. Sin embargo, no habría habido desde el mundo liberal un resurgimiento de las ideas autorrestrictivas, porque eso implicaría un rechazo de la doctrina de la incorporación y de las decisiones fundamentales de la Corte Suprema de la era WARREN. POSNER, “The Rise and...”, *op. cit.*, pp. 547 y ss. Como puede advertirse, agregamos nosotros, lo único que esas oleadas han tenido de común es, precisamente, su activismo.

⁹³ En otras palabras –las del profesor ATRIA, a propósito de los derechos sociales–, en estas situaciones, lo que muchas veces se presenta como una pugna “jurídica” no es más que una pugna política, que los jueces constitucionales no podrían ni deberían resolver; no al menos “en tanto jueces”. Fernando ATRIA, “Réplica. Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, p. 151.

Bien es cierto que lo anterior no impide que la solución judicial de un problema fundamentalmente político pueda ser ocasional y contingentemente acertada o popular. KMIEC señala, a propósito del activismo judicial, que cosa distinta de la eventual extralimitación competencial de un tribunal es preguntarse si decisiones activistas han terminado siendo, no obstante ello, “buenas” o “aceptables” y ganando aceptación social y política. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial⁹⁴.

Sin embargo, dada la importancia que el Derecho asigna no sólo a la meta –la justicia– sino *a la forma en que se llega a ella*, esa bondad o adecuación será siempre un atributo accidental del fallo respectivo, y en ningún caso una consecuencia necesaria de éste⁹⁵. Inevitablemente, en cambio, una incursión del juez constitucional en materias políticas vulnerará importantes principios relativos al funcionamiento de la democracia y a la autodeterminación política de la sociedad a través de sus representantes electos⁹⁶.

Volviendo a la doctrina de la deferencia judicial, otro problema del planteamiento thayeriano es que, como puede advertirse, THAYER diferencia en el control de constitucionalidad dos partes, que serían el control de orden judicial, propiamente tal, y luego, un análisis más bien político de lo que la Constitución permite al juzgador⁹⁷. Pero ello podría posibi-

⁹⁴ Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism” (traducción propia), p. 1473.

⁹⁵ Baste recordar, para aclarar este punto, las numerosas situaciones en las cuales determinadas sentencias han tenido consecuencias *desastrosas* en materias políticas. Así, por ejemplo, en Norteamérica, la sentencia “*Dred Scott versus Sandford*”, 60 U.S. 393 (1857); o las sentencias del mismo tribunal contra el *New Deal* del Presidente Roosevelt, en los años 30 del siglo XX.

⁹⁶ WALDRON señala al respecto que hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces –seguro– se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. WALDRON, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 351. Agregamos nosotros que nada impide el peor de los escenarios: que la institución no electa tome la peor de las decisiones...

⁹⁷ THAYER llega a citar la opinión de un juez en el sentido que si la violación no es clara, hay peligro de impedir el funcionamiento de una ley que podría producir mucho bien público, y la opinión de un concurrente a la Convención Federal de 1787, en orden a que una ley puede ser peligrosa y destructiva y, aun así, no lo suficientemente inconstitucional

litar que, bajo el argumento de la racionalidad o plausibilidad política, se abra la puerta a la legitimación de eventuales vulneraciones de la Carta Fundamental.

En el mismo sentido, de acuerdo a KRIELE, al fundarse en la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por el legislador para sostener la constitucionalidad de una ley, la teoría del *judicial self-restraint* acarrea el peligro de compromiso entre posturas contradictorias y, en consecuencia, de una verdadera renuncia al deber de todo tribunal de defender los derechos fundamentales⁹⁸.

Por lo anterior, en la teoría del *self-restraint* debería explicitarse, como el mismo THAYER llegó a sugerir⁹⁹, que la Constitución establece al legislador un marco o borde externo, dentro del cual hay muchas alternativas político-ideológicas probables y aceptables, cuya libre elección debiera ser respetada por el juez constitucional. Fuera de ese marco, sin embargo, aunque hubiese motivos políticos “plausibles”, no sería permisible aceptar la constitucionalidad de una norma legal¹⁰⁰.

como para justificar la decisión judicial de privarla de efectos (THAYER, *op. cit.*, p. 140).

⁹⁸ Ver KRIELE, *op. cit.*, pp. 303 y siguientes. De acuerdo a este autor, esa renuncia consistía, en EE.UU., en un compromiso político: así como el tribunal respetaba la limitación de la “libertad económica” ligada a las regulaciones económicas legales, del mismo modo –se opinaba– debía respetarse la discriminación racial, las interferencias de Mc Carthy en la libertad espiritual y los métodos procesales inequitativos. La “derecha” renunciaba al bloqueo del estado social; la “izquierda”, a los derechos humanos. Otro ejemplo citado por KRIELE es el comportamiento del juez de la Corte Suprema Félix FRANKFURTER, seguidor de THAYER, quien argumentó que las libertades expresamente consagradas en la Constitución son intereses, al lado de los cuales puede haber otros intereses; es decir, FRANKFURTER ponía en igualdad tanto los intereses garantizados por la Constitución, como los no garantizados, con lo cual se pierde la diferencia decisiva entre la argumentación jurídica y la argumentación política; siendo natural, después de esto, concluir que esa “ponderación” no era tarea del juez, sino del legislador, debiendo el primero abstenerse de opinar en esas circunstancias.

⁹⁹ Ver nota al pie N° 52. Otra opinión en el mismo sentido es la del profesor ZAPATA, que puede encontrarse en el apartado N° 6 de este trabajo.

¹⁰⁰ En la sentencia del caso *Obamacare*, antes citada (ver nota al pie N° 81) se aprecia esta idea cuando, luego de su apelación al principio de deferencia, el juez ROBERTS previene que ésta no debe confundirse con la abdicación de las facultades del tribunal en materia de derecho. Citando distintas intervenciones del juez MARSHALL, ROBERTS agrega que el respeto por los juicios políticos del Congreso nunca puede extenderse tan lejos como para negar las restricciones que la Constitución federal ha construido cuidadosamente sobre el poder político, y que las circunstancias peculiares del momento podrían convertir a una medida política en más o menos apropiada, pero nunca hacerla más o menos constitucional. Concluye que “no puede haber ninguna duda de que es responsabilidad de este Tribunal el hacer cumplir los límites constitucionales al poder federal mediante la invalidación de las leyes del Congreso que transgreden esos límites (Sentencia 567 U. S. (2012), Opinión del Juez ROBERTS, p. 6.).

Finalmente, como puede advertirse, otro de los problemas de esta teoría –tal vez el más gravitante, a efectos de nuestro trabajo– es su reputada “voluntariedad” respecto del juez constitucional, reflejada incluso en su propia calificación como “deferencia”, *autorrestricción* y similares, característica que le otorga una *volubilidad* difícil de evadir desde que implica, en definitiva, una incerteza absoluta en su aplicación.

Así, por ejemplo, POSNER señala que en EE.UU., desde un punto de vista práctico, muchos de los jueces reputados como defensores de la autorrestricción judicial fueron también, ocasionalmente, activistas, asumiendo algunas veces el rol de legislador¹⁰¹.

Por ello, HESSE señala que la exigencia de una *judicial self-restraint* descuida la vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución, que no deja a la discreción de los jueces si se quieren restringir o no. La actividad de control del Tribunal Constitucional se tiene que regir, más bien, según sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas; estas también pueden exigir alguna vez totalmente lo contrario a la prudencia; en concreto, una intervención decidida¹⁰².

Sobre este punto, quizá la razón de este carácter de la deferencia judicial no se encuentre en la doctrina misma, sino en la posición del juez constitucional que, tanto en el esquema norteamericano como en el de la justicia constitucional continental europea, es quien tiene la última palabra, en lo que se refiere a la interpretación del derecho constitucional.

No existiendo, en efecto, otras instancias jurídicas correctivas de su actuación, ese juez termina siendo –al menos en tiempos de normalidad política– el amo y señor de su parcela jurídica, lo cual entrega a dichos tribunales una enorme e importantísima función¹⁰³. Sin embargo, aun esta circunstancia no puede autorizar al Tribunal a avasallar al Poder Legislativo sin razones jurídico-constitucionales de peso, dado que no hay otro órgano del Estado que, como el Congreso, exprese con mayor propiedad el carácter democrático y republicano de una Constitución, así como la autonomía política de sus habitantes. Si el pueblo o sus representantes han adoptado

¹⁰¹ POSNER, *op. cit.*, 554.

¹⁰² HESSE, “La jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 167. En el original, el autor se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pero nos hemos tomado la libertad de generalizar estas afirmaciones.

¹⁰³ El propio THAYER reconocía en la conclusión de su propuesta que los árbitros últimos de lo que es racional y permisible son siempre, de hecho, las Cortes, en tanto los casos litigiosos lleven la respectiva cuestión de constitucionalidad ante ellas. THAYER cita a HOLMES, quien a su vez transcribe la antigua opinión de un obispo inglés, en el sentido de que “quien ostenta una autoridad absoluta para interpretar alguna ley escrita o dicha, es verdaderamente y para todos los efectos el legislador, y no la persona que primero la escribió o dictó”. THAYER, *op. cit.*, p. 152.

una decisión política constitucionalmente válida, la prudencia indica que aquel juez no puede abusar de su posición predominante en esta materia, so pena de afectar seriamente, a largo plazo, esa misma autonomía¹⁰⁴.

En relación a esto último, precisamente, la teoría de la deferencia judicial revela otra interesante arista, prevista incidentalmente por el propio THAYER¹⁰⁵: la evidencia de que, para bien o para mal, la solución a los eventuales problemas de la Política pasa más por la responsabilidad del propio pueblo –de elegir adecuadamente a sus representantes políticos y respetar los mecanismos de la democracia, y de estos últimos de desempeñar su labor de manera prudente, responsable y respetuosa de la Carta Constitucional–, que por cualquier teoría jurídica que asigne ese papel de corrección a los jueces. Así, tal como lo postulan la Política y el constitucionalismo clásicos, se devuelve a las personas su responsabilidad histórica en la construcción de su propio destino político, pero ello porque *se confía* en su autonomía, libertad y sentido de responsabilidad¹⁰⁶.

8. Conclusiones

Puesto que en cuestiones de Derecho, Política y Constitución parece imposible crear una suerte de *MULTIVAC constitucional*¹⁰⁷ –dada la com-

¹⁰⁴ Aunque muchos afirman que la expresión “gobierno de los jueces” es un tanto exagerada –que lo es, efectivamente, si se está pensando en un gobierno al modo del Poder Ejecutivo– creemos que, para lograr el efecto aquí previsto, bastaría con la intervención del juez constitucional en aquellas decisiones políticas más importantes o trascendentes, que son usualmente las que van acompañadas de mayor polémica por incidir más profundamente en las tendencias dominantes de la sociedad. Para ver ejemplos del alcance que puede alcanzar la intervención del juez americano en las diferentes cuestiones de la vida social, ver David BARTON, *Restraining Judicial Activism*.

¹⁰⁵ THAYER cita la opinión de algunos jueces según la cual, a la base del sistema político y jurídico norteamericano se encuentra la suposición –aunque en la práctica no siempre sea así– de que los legisladores se encuentran dotados de la suficiente virtud, sentido y competencia necesarios para cumplir con su deber. Respecto del pueblo, cabe agregar, se señala en el mismo lugar que también es un postulado en la teoría del gobierno norteamericano que éste es sabio, virtuoso y competente para manejar sus propios asuntos. THAYER, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁶ La autonomía política aparece en las primeras reflexiones sobre ese arte, como puede apreciarse ya en ARISTÓTELES, quien asevera que un ciudadano en sentido estricto “por ningún otro rasgo se define mejor que por participar en la justicia y en el gobierno” (*Política*, 1275a); agregando después que es tal “aquel que tiene el poder de tomar parte en la administración deliberativa o judicial” (*op. cit.*, 1275b).

¹⁰⁷ Ver al respecto el cuento *Sufragio Universal*, de Isaac ASIMOV. En ese relato, MULTIVAC es una supercomputadora que, en base a algunas preguntas efectuadas a un solo ciudadano –elegido al azar por la misma máquina– decide quien será el próximo

plejidad de la vida en comunidad y sobre todo la libertad política del ser humano—, la apreciación de las situaciones expuestas en este artículo exige un difícil equilibrio entre prudencia, control, deferencia y sentido común, que nunca estará exento de polémica. Mas, creemos, dicho equilibrio no es imposible y, al contrario, su búsqueda debiera ser parte esencial de la actividad del *jurisprudente*.

Por ello, de cara a la actuación de los Tribunales Constitucionales, estimamos necesario diferenciar entre aquellas situaciones que ponen en peligro la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, de aquellas otras en las que, por el contrario, la consecución de un determinado objetivo social legítimo exige, en cumplimiento del principio de deferencia, el respeto de un ámbito de autonomía a las autoridades representativas, para la elección de las ideologías u opciones políticas legítimas que éstas estimen pertinentes.

Una vulneración de esa frontera —que, en definitiva, no es otra que la que existe entre el Derecho y la Política— constituiría, por el contrario, una triste manera de transgredir no sólo las competencias constitucionales del Parlamento, sino también la autonomía política de la propia sociedad, comprometiendo de paso la sujeción del propio guardián de la Constitución a los límites de su poder previstos en la Carta Fundamental.

9. Bibliografía

ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Losada, 2005

ATRIA, Fernando, “Réplica. Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones*, Volumen 4, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-poltica-a-propsito-de-los-derechos-sociales-0/> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2013].

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 81, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores”, en Fabricio MANTILLA ESPINOZA (Ed.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2009.

Presidente de los EE.UU. Uno se pregunta si no habrá juristas dispuestos a creer en algo parecido, esto es, una especie de construcción teórica que reciba los datos del problema constitucional, por un lado, y entregue la mágica solución jurídica o política, por el otro. Pero eso da para otro artículo.

- GLENDON, Mary Ann, “El Lenguaje de los Derechos”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 70, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- HESSE, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 4, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- KMIEC, Keenan D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, en *California Law Review*, vol. 92, N° 5, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2004.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966.
- LOCKE, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- MERRYMAN, John H., *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad* (2ª ed., 1ª reimpresión en Chile), Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1er semestre, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Política y Derecho*, 1ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2010
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Doce Tesis sobre la Política*, 1ª ed., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2ª ed., Santiago de Chile, LexisNexis, 2006
- POSNER, Richard A., “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, en *California Law Review*, vol. 100, N° 3, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2012.
- SCHUCK, Peter H., “El Poder Judicial en una Democracia”, en *Poder Judicial y democracia*, ed. A.P. Ibañez, Bogotá, Fundación para la Investigación y Cultura, 2005.
- THAYER, James B., “The Origin and Scope of the American doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol VII, N° 3, Cambridge, Harvard Law Review, 1893.
- UNGER, Roberto M., *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996.
- VON MÜNCH, Ingo, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional", en: *Pensamiento Constitucional*, Año XIV N° 14, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

JURISPRUDENCIA

- SUPREME COURT OF JUSTICE (2012): National Federation of Independent Business V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, 567 U. S. (2012).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987): Sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=566> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2012].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1989): Sentencia N° 194 de 1989. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0194> [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2012].