

Recebido em: 02.03.2020
Aprovado em: 31.04.2020

Universidade Finis Terrae
Chile

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial¹

Constitutional judges, politics and judicial deference

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño²

Sumário: Resumen; 1. El origen del conflicto; 2. El juez constitucional y las cuestiones políticas; 3. ¿Existen diferencias entre el Derecho y la Política, en relación a la justicia constitucional?; 4. El juez constitucional y las cuestiones políticas.; 5. Los problemas de la intervención del juez constitucional en un conflicto puramente político; 6. La influencia de la doctrina en esta materia; 7. La deferencia judicial; 8. Cómo debiera operar la deferencia razonada; 9. Críticas a la deferencia judicial (y posibles respuestas); 10. Conclusiones; 11. Bibliografía.

Resumen: Cuando el juez constitucional impone mediante sus sentencias una determinada ideología, en perjuicio de las demás que se batían 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 función propia y distintiva del Derecho Constitucional.

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

Abstract: When the constitutional jury impersonates through its sentences a certain ideology, in detriment of others that are legitimately battling democratic democracy, it does not ignore the essential differences between Politics and Derecho, a bell that compromises the competences of Parliament and, finally, the political autonomy of society. In the face of it, the doctrine of judicial deference in the limits of jurisprudence and constitutional doctrine as tools of solution in the face of political problems and the importance of preserving the proper and distinctive function of the Constitutional Derecho.

Palabras Clave: judicial activism; judicial deference; constitutional juez; Parliament; Policy; Derecho.

¹ El presente artículo corresponde a una versión revisada del publicado en el año 2013, bajo el mismo título, en: Derecho Público Iberoamericano (2), pág. 67-101.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de Derecho Constitucional y Político en la Universidad Finis Terrae, en Santiago de Chile.

“I always say, as you know, that if my fellow citizens want to go to Hell, I will help them. It’s my job”.

OLIVER WENDELL HOLMES

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 preeminencia jurídica de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, en particular frente a la ley parlamentaria. Hace mucho que dicho control ya no se limita sólo a la función de impedir la aprobación de una norma legal inconstitucional, o su aplicación a un caso concreto, sino que éstos jueces han devenido, progresivamente, en verdaderos legisladores positivos, que inciden creativamente en la tarea del legislador³. La jurisprudencia de estos tribunales 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 jurídico⁴. Por otro lado, sin embargo, aunque ya sin la posición suprema que ostentaban en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, los Parlamentos siguen siendo considerados los órganos político-democráticos por excelencia, destinados a producir, mediante competencias constitucionales específicas, la normativa legal que expresa las decisiones políticas libremente adoptadas por la ciudadanía⁵.

En estas condiciones, la posibilidad de conflicto entre ambas instituciones, y la necesidad de teorizar respecto de la deferencia judicial, se originan en la posición institucional del juez de lo constitucional. Tanto en el esquema norteamericano como en el de la justicia constitucional continental europea, ese juez es quien tiene la última palabra en lo que se refiere a la interpretación de la Carta fundamental; la Constitución “es lo que el juez dice que es”. Aunque esto entrega a dichos tribunales una enorme

3 Ver al respecto, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, p. 50; e Ignacio DE OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, pp. 287-288

4 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.

5 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 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.

e importantísima función⁶, también aumenta el riesgo del “gobierno de los jueces”⁷.

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 sobre las leyes, para asegurar un grado de autonomía al Legislador en el ejercicio de sus competencias⁸. 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 estadounidenses⁹. La doctrina y jurisprudencia norteamericana fueron las primeras en abordar las cuestiones de la deferencia y el activismo judicial¹⁰.

Nosotros partimos de la base que el control judicial de las leyes es algo necesario, por lo cual sería un error considerar a nuestro planteamiento como antijudicialista¹¹. 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

6 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.

7 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 la expresión busca reflejar, usualmente, la intervención del juez constitucional en aquellas decisiones políticas más importantes o trascendentes, que son usualmente las que van acompañadas de mayor polémica. Para ver una crítica al alcance que puede alcanzar la intervención del juez en las diferentes cuestiones de la vida social norteamericana, ver David BARTON, *Restraining Judicial Activism*, 1ª Ed., 2da. reimpresión, Texas, WallBuilder Press, 2012.

8 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 mutandi, 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.

9 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.

10 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.

11 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. Véanse PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 200 y ss. y Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 143.

los ciudadanos¹². Cosa muy distinta es, sin embargo, olvidar 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 ciudadanos¹³-- también resulta aplicable al propio juez constitucional. Por tanto, sus potestades también están sujetas a límites constitucionales, en virtud de los cuales no puede ejercer su actividad jurisdiccional poniendo en peligro las competencias asignadas a las demás ramas gubernamentales, ni la autonomía política de la propia sociedad.

2. El juez constitucional y las cuestiones políticas.

Como es sabido, lo Constitucional se encuentra a medio camino de lo Político y Jurídico, dada, por una parte, la necesaria presencia en esta disciplina de determinadas opciones filosófico-políticas que actúan como su fundamento y marco¹⁴; y, por otra, la materia sobre la cual nuestra disciplina trabaja, esto es, la relación entre el poder y el Derecho. 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”¹⁵. 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 Nación”¹⁶. En definitiva, “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 judicial”¹⁷.

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. El aparente fracaso del

12 PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, 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 aún 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.

13 PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 5

14 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.

15 PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, 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.

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

17 LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, p. 90.

sistema político en procesar determinadas demandas de la ciudadanía se convierte en un potente argumento para invitar a la autoridad judicial a expandir sus competencias más allá de los límites que le han sido previamente establecidos”¹⁸. Así por ejemplo, el fenómeno jurídico-político denominado por GLENDON como “la revolución de los derechos” ha producido en EE.UU. un desinterés respecto de la Política, los partidos y el Parlamento como los lugares para resolver las cuestiones de interés público, en favor de los tribunales de justicia y sus sentencias:

“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 [...] 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”¹⁹.

Nosotros no pretendemos confirmar o 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, sean la solución más adecuada para enfrentar los desafíos políticos de las sociedades contemporáneas. Puede que el remedio jurisdiccional, utilizado para solucionar esos problemas, tenga los mismos o peores defectos que el arte de lo posible, sin que este demostrado que tenga iguales o mejores virtudes.

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

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, en la práctica, alguna 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 primero²⁰, también se distingue por cuestiones importantes, que son las que justifican la existencia de una disciplina distinta a la jurídica. Expuestas de manera muy esquemática²¹, entre éstas diferencias destaca,

18 En este sentido, Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia”, p. 170.

19 GLENDON, “El Lenguaje ...”, p. 84.

20 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.

21 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.

en primer lugar, la forma de resolver los conflictos de interés. 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. Ello 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: en el abordaje del problema sujeto a su conocimiento, 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 –y, desde luego, en un marco democrático–, no existe ni puede existir en la sociedad una sola visión sobre el bien común²². Si éstas respetan los mínimos del Estado de Derecho, no hay ni debiera haber normas que determinen de antemano cual de esas visiones debe imponerse sobre las demás. Dentro del marco de lo constitucional, todas las diversas visiones sobre lo público son legítimas, y la competencia democrática, así como 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 democrático²³.

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 legitimidad democrática y eficacia social, respetando al mismo tiempo la autonomía e igualdad política de todos los ciudadanos²⁴, la presentación de 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

22 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.

23 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...”, p. 92. Los destacados son nuestros.

24 WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, p. 265, 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 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.

al Bien Común²⁵. 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 público.

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.

En tercer lugar, es característica del proceso político la participación de los propios ciudadanos, sea directamente o a través de sus representantes, en la creación de las normas que se estiman más apropiadas a los problemas comunes que afectan a la sociedad. 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 imparcialidad²⁷.

Finalmente, nos parece que es característica de la Política el razonamiento finalista. Sus operadores escogen éste o aquel medio para lograr un determinado resultado, en razón del fin social o político que se persigue²⁸. El Derecho, en cambio, no puede aplicarse de forma finalista. La labor del juez está sujeta de forma esencial al derecho preexistente que debe aplicar. Un buen juez debiera limitarse a verificar si el comportamiento político que debe juzgar se ajusta o no al derecho vigente, sin caer en la tentación de buscar el logro, a través de su sentencia, de algún objetivo social o político, por bueno que éste sea, o de evaluar ese comportamiento en razón de su eficacia para alcanzar aquel fin²⁹.

Estas diferencias explican también las relaciones que se traban entre Derecho

25 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. 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. Concluye ese autor que “las leyes son esencialmente, y no sólo casualmente, el producto de asambleas amplias y polifónicas” (el destacado es nuestro). WALDRON, *Derecho y...*, pp. 18 y 36.

26 PEREIRA MENAUT, *Política y...*, 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.

27 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...*, pp. 32 y 69-70.

28 OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, p. 289

29 OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, p. 289 habla de la sujeción del juez a la norma y a lo que denomina “reglas de aplicación” para justificar su argumentación, esto es, criterios técnicos de fundamentación tenidos como válidos en nuestra disciplina.

y Política. 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. LEIBHOLZ, por su parte, expresa que

“[E]n 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”³¹.

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, 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. El juez al cuidado de este marco debiera mantener una estricta neutralidad frente a las opciones políticas en juego. Es la ciudadanía la que debe escoger entre éstas, no el juez.

5. 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. En tanto no vulnere preceptos constitucionales, la Política debiera moverse de manera más o menos libre.

¿Qué sucede cuando no se respeta esa distinción? Cuando el juez juzga un asunto constitucional movido no tanto por un razonamiento imparcial, destinado a aplicar el derecho preexistente a la situación que examina, sino más bien por un

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

31 LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, p. 90.

razonamiento finalista, iluminado por sus preferencias ideológicas personales³², su sentencia termina favoreciendo una determinada posición ideológica –la escogida por el juez–, 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”³³. 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 político³⁴.

Por otro lado, dicha solución –que, en definitiva, es una solución política– carece de toda legitimidad democrática³⁵. Mientras que la participación de todos los ciudadanos³⁶, y la presentación de sus diversos puntos de vista en igualdad de condiciones³⁷, forma parte esencial de cualquier proceso político, la solución de un problema político a través de las herramientas jurisdiccionales, posterga la participación de la mayoría de los ciudadanos –los intervinientes son sólo los “litigantes”– y la contienda se reduce a un enfrentamiento entre los argumentos técnicos e intereses del demandante y los del demandado; los que, además, serán ponderados y dirimidos, como se dijo antes, por un tercero. Una determinada decisión judicial respecto de cualquier cuestión política o social carece por ello de la legitimación democrática y la amplitud de miras necesaria para abordar el

32 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, p. 271, 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. El destacado es nuestro.

33 GLENDON, “El lenguaje...”, p. 88.

34 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° 8 de este trabajo.

35 Aunque desde un punto de vista jurídico también hay grandes inconvenientes. GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77, critica que la preeminencia excesiva del derecho constitucional –el fenómeno conocido como la “constitucionalización del derecho”–, ha producido el desbaratamiento del sistema dogmático de las diferentes ramas del derecho y el cambio de los fundamentos de nuestra disciplina, la cual deja de estar constituida principalmente por la ley y se transforma en una formulada por los jueces.

36 Ya ARISTÓTELES, *Política*, 1261a, 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 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”.

37 WALDRON, *Derecho y...*, p. 284 y ss. señala 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 afectaran directamente a los propios derechos e intereses de quienes participan en él.

problema tratado³⁸. 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 públicas.

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 hacen³⁹.

Sin embargo, numerosos autores alientan al juez, de forma más o menos directa, a salirse de sus competencias. Es lo que veremos a continuación

6. La influencia de la doctrina en esta materia

En efecto, numerosas teorías insisten en dar una amplia cobertura a la labor del juez, invitándolo directa o indirectamente a salirse del ámbito de sus atribuciones. Pero esto pocas veces se hace de forma directa. Lo usual es la presentación de argumentaciones que intentan justificar las elecciones subjetivas y arbitrarias del juez como el resultado de un prístino razonamiento jurídico. En el caso del derecho constitucional norteamericano, y ejemplificando con autores como DWORKIN, POSNER acusa de esto a las teorías que insisten en que aun el más difícil o indeterminado problema legal tiene una respuesta constitucional correcta. Si esto es así, es natural pensar que es el juez quien debe dar esa respuesta jurisdiccional que se estima correcta y que cualquier otra interpretación está fuera de la ley⁴⁰. Recordemos, también las duras críticas del juez A. SCALIA a la corriente interpretativa denominada “the living Constitution” (la Constitución viviente), enarbolada por quienes postulan la necesidad de hacer “interpretación evolutiva” de las normas constitucionales. Según ella, la Constitución, como todo ser vivo, va cambiando y debe ser leída a la luz de los nuevos tiempos. Pero esto favorece esa “arraigada tendencia que existe en todo juez” y que consiste en “identificar la mejor solución del caso con aquello que a él le parece lo más correcto desde sus propios valores éticos, religiosos o sociales. Esto

38 Por eso Konrad HESSE, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, p. 158, señala que, aún cuando 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 clara. Por su parte, GUZMÁN BRITO, *El derecho privado...*, p. 77 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”.

39 PEREIRA MENAUT, *Política y...*, p. 48.

40 POSNER, “The Rise and ...”, pp. 535-536.

no es legítimo, porque significa no aplicar la norma de la ley, sino la norma que al juez le gustaría que fuera ley”⁴¹.

En el derecho continental, en tanto, sucede lo mismo con algunas versiones del Neoconstitucionalismo, tendencia doctrinaria o movimiento⁴² 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 resolutive 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 particular⁴³.

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”⁴⁴. ZÚÑIGA URBINA, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios de Robert ALEXANDER ha servido de excusa neoconstitucionalista para “armar edificios dogmáticos casi de la nada”, empleando para ello el de suyo escaso material normativo constitucional, “todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial”⁴⁵.

En este punto, no podemos dejar de lamentar que son precisamente estos los factores que, para cierta doctrina, otorgan a estas teorías el inconfesado atractivo de convertirlas en un “camino rápido” de solución a los problemas que ciertos autores creen identificar 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, entre otras cuestiones, en un malestar o incomodidad con la democracia popular, las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas 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 entregar⁴⁶.

Dichos sectores doctrinarios olvidan sin embargo que, cuando se favorece la

41 CORRALTALCIANI, “Scalia: el juez de la Constitución ‘muerta’”. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/scalia-el-juez-de-la-constitucion-muerta/>. Fecha de consulta: 17 de marzo de 2020.

42 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 institucionalización 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.

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

44 GARCÍA AMADO, “Sobre el Neoconstitucionalismo...”, p. 4.

45 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, p.268.

46 Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996, p. 72 (traducción propia). Énfasis nuestro.

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 la transferencia inconstitucional de competencias desde las autoridades político-representativas hacia el juzgador constitucional. Pero las competencias son, por definición, ideológicamente neutras (no así su uso) lo que explica que un tribunal activista, hoy alegremente aplaudido por una decisión de determinado color ideológico, no encuentre ningún obstáculo para adoptar mañana nuevas decisiones activistas --al inevitable vaivén de las siempre cambiantes mayorías políticas que influyen en su composición--, 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 desatado⁴⁷.

De esa intervención jurisdiccional en cuestiones de orden político-ideológico se deriva, además, otro problema, esta vez técnico. Usualmente el reduccionismo propio del análisis jurídico jibariza el problema social que intenta ser abordado por el tribunal a su faceta jurídica, dejando fuera las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen. Esto ya es garantía cierta de una solución incompleta o parcial, pues en la práctica—y no obstante los celofanes jurídicos que lo envuelven—, estamos ante problemas que no pueden ser resueltos de forma completa recurriendo sólo al Derecho. Pero, además, surge la siguiente pregunta: si se trata de resolver un problema social o político, más que jurídico, no se advierte porqué esos hombres de Derecho que son los jueces —seguramente muy versados en sus específicas competencias jurídicas— han de tener, en un sistema democrático, un mejor criterio político o una mejor expertise social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle.

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. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial⁴⁸. 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 éste. Inevitablemente, en cambio, una incursión del juez constitucional en materias políticas vulnerará importantes principios relativos a la separación de poderes, al funcionamiento de la democracia y a

47 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 del siglo 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. Lo único que esas oleadas han tenido de común es, precisamente, su activismo.

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

la autodeterminación política de la sociedad a través de sus representantes electos⁴⁹, y no está exenta de cometer iguales o peores errores que una mala decisión política⁵⁰.

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.

7. 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, “el ejercicio de la “deferencia razonada” por parte del Tribunal Constitucional constituye un resguardo eficaz contra el activismo judicial desbordado”⁵¹.

La deferencia judicial, sin embargo, es un concepto de contornos difusos, 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 político⁵²; mayormente aún frente a Cartas Fundamentales como las contemporáneas, repletas de valores, conceptos jurídicos indeterminados y metas y objetivos sociales, culturales

49 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..., p. 351. Agregamos nosotros que nada impide el peor de los escenarios: que la institución no electa tome la peor de las decisiones...

50 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.

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

52 Richard A. POSNER, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, p. 520, 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 distintos comportamientos judiciales.

y políticos⁵³. Sin embargo, y dado que no creemos en la existencia de “algoritmos legales”⁵⁴ que resuelvan automáticamente los casos difíciles, la eventual imprecisión de esta doctrina no debiera ser óbice para reseñar sus principales aspectos, dado su valor para el análisis jurídico contemporáneo.

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 materia⁵⁵, en el que expresaba su preocupación por 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. El ejercicio de ese poder jurisdiccional, sostenía, requiere una tolerancia o margen de actuación para el vasto e indefinible rango de consideraciones dirigidas únicamente al juicio práctico de un cuerpo legislativo. La Constitución a menudo admite diferentes interpretaciones y, frecuentemente, hay un rango de elecciones y juicios posibles. En tales casos, la Constitución no impone sobre la legislatura una opinión específica, sino que deja abierto ese rango; cualquiera de esas elecciones, si es racional, será constitucional. Dentro de ese margen, los legisladores deberían ser libres y los jueces no deberían intervenir⁵⁶. La determinación del contenido de la Constitución corresponde en primer lugar al Legislativo, determinación que corresponde a una función que este poder no comparte con el Judicial, y que no reviste carácter preliminar respecto de las cuestiones sometidas a su conocimiento, sino que se trata de la determinación definitiva. En consecuencia, para THAYER, es evidente que un poder tan trascendente como el otorgado al Parlamento, 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 Derecho⁵⁷.

Por el contrario, el cuestionamiento jurisdiccional es eventual –ocurre sólo en el marco de un litigio en la cual se produce una controversia de constitucionalidad, a propósito de intereses particulares—, y surge mucho tiempo después de que la ley

53 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).

54 Expresión tomada de POSNER, “The Rise...”, p. 539.

55 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). La de este autor representa la versión más conocida de esta teoría, pero POSNER (“The Rise and ...”, p. 522) señala que la deferencia judicial es mucho más antigua tanto en la teoría como en la práctica del derecho norteamericano. Uno de los factores que impulsó a THAYER a este desarrollo, de acuerdo al mismo autor, fue el que la judicial review todavía era controvertida en esa época (1893), lo que aconsejaba su uso prudencial.

56 THAYER, op. cit., pp. 135, 144. De acuerdo a KRIELE, THAYER partía del principio 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 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.

57 THAYER, “The Origin and...”, p. 136.

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. El poder de revisión judicial no debería comprender la facultad de privar a otra rama del Estado⁵⁸ –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 discreción⁵⁹.

Para POSNER, a su vez, la deferencia judicial, en uno de sus principales significados –que, según afirma, corresponde justamente al tipo de deferencia practicado por James B. THAYER⁶⁰— 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 Cortes⁶¹.

En la doctrina chilena, por su parte, 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 en la naturaleza misma del régimen democrático representativo⁶², en la autonomía del legislador⁶³ y en la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos⁶⁴. Por lo mismo, la pérdida de la misma constituiría, para este autor, un

58 En el original, y en una traducción literal, THAYER se refiere a los “departamentos de gobierno”, es decir, a las distintas ramas del poder estatal. De ahí la redacción que le damos a la frase.

59 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 una mayor participación del juez en el control de constitucionalidad de las leyes, hubiese previsto el control ex ante (THAYER, ídem). Evidentemente, tal razonamiento se debilita frente al característico control preventivo ejercido por los Tribunales Constitucionales continentales.

60 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 ...”, 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.

61 POSNER, “The Rise and ...”, p. 521.

62 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..., p. 229

63 Tal como THAYER, ZAPATA, op. cit., p. 233 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.

64 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 (ídem, pp. 243- 244).

síntoma inequívoco de crisis institucional⁶⁵.

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, aunque no sin dificultades⁶⁶. 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 1974⁶⁷.

8. Cómo debiera operar 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 tiempo⁶⁸ 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 razonables⁶⁹. De esta manera, el estándar que pesa sobre las Cortes consistiría no solo en determinar la inconstitucionalidad de la norma—que sería, en la interpretación de este autor, la mera comparación entre dos discursos legales, uno de la ley y otro el de la Constitución—, 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 efectuarlo⁷⁰. En otras palabras, se trata de respetar la esfera de competencias del Parlamento, reconocida en la Constitución política. Por eso ZAPATA 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 [...]. [P]arece 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

65 ZAPATA, *op. cit.*, p. 228.

66 Es conocida la situación en que quedó la legislación económica y social del *New Deal* que el Presidente ROOSEVELT intentaba llevar adelante, y que fue insistentemente bloqueada por la mayoría conservadora de la Corte Suprema. Ello sólo cambió cuando, ante las amenazas del ROOSEVELT de intervenir en la composición de dicho tribunal, éste dio lugar a esa legislación. KRIELE, *Introducción a la...*, p. 303.

67 POSNER, “The Rise and ...”, p. 533.

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

69 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.

70 THAYER, *op. cit.*, p. 144. De acuerdo a KRIELE, *Introducción a la...*, p. 302, 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.

una u otra fórmula normativa⁷¹.

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 y estén dentro de sus competencias--, se encuentran más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional⁷². 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 conveniencia⁷³. La amplitud e indeterminación del parámetro de control frecuentemente deja espacio para diferentes valoraciones. El juez constitucional tampoco puede dejar de atender a las consecuencias de sus decisiones. Está, por ello, obligado a la prudencia⁷⁴.

POSNER agrega otra serie de consideraciones que llaman a la deferencia. De acuerdo a ellas, es necesario tener presente que los jueces por lo general son abogados competentes, pero pocas veces mucho más que eso⁷⁵; 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 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]⁷⁶; la inevitable influencia de los valores personales, sicología, antecedentes, presiones de los compañeros, ansiedades políticas, experiencias profesionales, inclinaciones ideológicas, y otros factores de carácter no legal, a menudo inconscientes, en la decisión del juez, etc.⁷⁷.

Como puede verse, la doctrina de la deferencia mezcla argumentos de prudencia y actitud de los jueces, y de competencia de los distintos poderes del Estado. En su conjunto, esas alegaciones parecen demostrar de forma indiscutible que el juez constitucional está sujeto a una serie de limitaciones que 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.

71 ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, pp. 229-234

72 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.

73 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, pp. 270-271.

74 HESSE, “La jurisprudencia...”, p. 166.

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

76 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.

77 POSNER, “The Rise and ...”, p. 553.

De ahí también que, a nuestro juicio, esta doctrina, bien entendida y aplicada⁷⁸, puede representar una verdadera garantía de imparcialidad frente a cualquiera de las diversas corrientes sociales o políticas que se debaten en el juego democrático (cuestión que, por otra parte, no puede afirmarse del activismo judicial, en ninguna de sus variantes)⁷⁹.

En la práctica, 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 alemán⁸⁰, español⁸¹ y chileno⁸²; y ha acompañado, desde su aparición en un voto disidente del Juez HOLMES⁸³, con diversas modulaciones, la

78 Ver al respecto críticas a la voluntariedad del judicial self-restraint, en el apartado N°8 de este trabajo.

79 ZÚÑIGA URBINA advierte que debemos poner buen cuidado en atribuir un sesgo político a la doctrina de la deferencia (“Tribunal Constitucional...”, p. 271).

80 De acuerdo a VON MÜNCH, el Tribunal Constitucional Federal alemán (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 una dictada en 1973 (BVerfGE, tomo 36).

81 En la Sentencia N° 194/1989, de 16 de noviembre de 1989, fundamento jurídico 2, 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. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1400> [fecha de consulta: 19 de marzo de 2020]

ZAPATA, Justicia Constitucional..., p. 246, 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..

82 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, Sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=566> [fecha de consulta: 19 de marzo de 20]. A la luz de algunos fallos dictados por ese tribunal en materia de derechos sociales (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”, en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, Talca, Centro de Estudios Constitucionales, 2010; pp. 125 – 166.

83 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, sino que está pensada para regir a personas de opiniones fundamentales distintas; nuestras valoraciones subjetivas respecto de esas teorías “no deben 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).

jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana⁸⁴.

9. 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, en los Estados Unidos, 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 incorporación⁸⁵.

En lo académico, en tanto, serían factores de ese debilitamiento su falta de coherencia interna –dado que los diferentes seguidores de esta doctrina no formaron una comunidad de pensamiento o de ideas comunes⁸⁶– y particularmente, el crecimiento de diversas e innumerables teorías constitucionales, como las antes señaladas, que intentan demostrar cómo resolver correctamente los casos constitucionales⁸⁷.

Otro problema del planteamiento thayeriano es que, como puede advertirse, THAYER diferencia en el control de constitucionalidad dos partes, que serían: i) el control de orden judicial, propiamente tal; y luego ii) un análisis más bien político de

84 Así por ejemplo, en el caso judicial conocido popularmente como *Obamacare*, fallado en 2012, 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.

85 POSNER, “The Rise and ...”, 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.

86 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, sin embargo, en septiembre de 2012). POSNER, “The Rise and ...”, pp. 533, y 547 y ss. Ver, sin embargo, nota al pie N° 84.

87 POSNER, “The Rise and ...”, p. 546. Este autor menciona otras escuelas, tales como el originalismo, el textualismo y otras

lo que la Constitución permite al juzgador⁸⁸. Pero ello podría posibilitar que, bajo el argumento de la racionalidad o plausibilidad política, se abra la puerta a la legitimación de eventuales vulneraciones de la Carta Fundamental. 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 fundamentales⁸⁹. En el mismo sentido, otros han advertido el peligro de volubilidad o voluntariedad en la aplicación de esta técnica⁹⁰, peligro confirmado por la práctica⁹¹.

Sin embargo, ello no puede significar omisión de todo control constitucional pues, como es sabido, la justicia constitucional ha nacido, en 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 representativos⁹². Por lo anterior, a nuestro juicio, en esta doble faz competencial-prudencial que caracteriza a esta teoría, debe primar la primera: como el mismo THAYER llegó a sugerir, 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

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

89 Ver KRIELE, op. cit., pp. 303 y siguientes, quien acusó esa situación en el compromiso político que advertía en el comportamiento de la Suprema Corte Norteamericana: 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. En otras palabras, 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.

90 HESSE, “La jurisprudencia...”, 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. ZAPATA (Justicia Constitucional..., p. 270), por su parte, anota la diferencia entre la actitud deferente de la Corte Suprema norteamericana ante las políticas económicas o sociales de los gobiernos, frente a su incisiva actitud en materia de derechos civiles, como quedó de manifiesto a partir de la época WARREN (1953-1974).

91 POSNER, op. cit., 554, 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 legislador.

92 ZAPATA, Justicia Constitucional..., p. 229-230.

permisible aceptar la constitucionalidad de una norma legal⁹³. HESSE, por su parte, señala que la exigencia de una judicial self-restraint no puede descuidar 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 decidida⁹⁴.

Finalmente, hemos de tener presente un criterio de realidad. La práctica demuestra que el legislador, aunque se mantenga dentro de lo constitucional, puede equivocarse. Sin embargo, la tendencia de muchos juristas de confundir lo errado con lo inconstitucional pasa por alto, como previno incidentalmente el propio THAYER⁹⁵, 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 —en 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 jueces⁹⁶.

Conclusiones

Puesto que en cuestiones de Derecho, Política y Constitución parece imposible crear una suerte de MULTIVAC constitucional⁹⁷ —dada la complejidad de la vida en

93 En la sentencia del caso *Obamacare*, antes citada (ver nota al pie N° 84) 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 transgredan esos límites (Sentencia 567 U. S. (2012), Opinión del Juez ROBERTS, p. 6.).

94 HESSE, “La jurisprudencia...”, 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. ZAPATA (Justicia Constitucional..., p. 270), por su parte, anota la diferencia entre la actitud deferente de la Corte Suprema norteamericana ante las políticas económicas o sociales de los gobiernos, frente a su incisiva actitud en materia de derechos civiles, como quedó de manifiesto a partir de la época WARREN (1953-1974).

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

96 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).

97 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 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.

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 jurisperito.

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 o los límites competenciales de los poderes públicos –que sin duda deben ser resueltas por el juez de lo constitucional–, de aquellas otras en las que, en cumplimiento del principio de deferencia, procede el respeto del ámbito de competencia de 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 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.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, Política, Buenos Aires, Losada, 2005

Hernán CORRAL TALCIANI, “Scalia: el juez de la Constitución ‘muerta’”, en Diario Constitucional, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/scalia-el-juez-de-la-constitucion-muerta/> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2020]

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “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.

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

Mary Ann GLENDON, “El Lenguaje de los Derechos”, en Revista Estudios Públicos, N° 70, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998.

Alejandro GUZMÁN BRITO, El derecho privado constitucional de Chile, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001

Konrad HESSE, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Vol. 4, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

Keenan D. KMIEC, “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.

Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Gerhard LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966.

John LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.

John H. MERRYMAN, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad* (2da. Ed., 1ª. Reimpresión en Chile), Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995

Manuel Antonio NÚÑEZ POBLETE, “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.

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 1ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2010

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Doce Tesis sobre la Política*, 1ª ed., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2ª ed., Santiago de Chile, LexisNexis, 2006

Richard A. POSNER, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, en *California Law Review*, vol. 100, N° 3, California, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2012.

Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia” en *Poder Judicial y democracia*, ed. A.P. Ibañez, Bogotá, Fundación para la Investigación y Cultura, 2005.

James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Vol VII, N°3, Cambridge, Harvard Law Review, 1893.

Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996

Ingo VON MÜNCH, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Jeremy WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Francisco ZÚÑIGA URBINA, “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 citada:

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).

Tribunal Constitucional de Chile, 1987, Fallo 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]