

Suprema Corte, del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y del juicio de revisión constitucional electoral.

Se estudia la adopción del *Consejo de la Judicatura* en el sistema jurídico mexicano, haciendo algunas reflexiones sobre tal Instituto: afirman que su actual integración no es satisfactoria y aluden a la necesidad de aumentar el número de integrantes. Los autores no se olvidan de los procesos de formación judicial; sobre el tópico de la escuela judicial señalan que el punto culminante de su evolución en México fue la creación del Instituto de la Judicatura Federal, después de la experiencia del Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte, creado en 1978.

Para Fix-Zamudio y Valencia Carmona es evidente que en el caso mexicano, el Poder Judicial inicia un ascenso que habrá de colocarlo en un lugar preponderante, cuya mayor contribución será la consolidación de un Estado constitucional de derecho conforme a las tendencias contemporáneas. Los autores señalan que en la labor judicial de valoración constitucional sigue presente la idea que acuñó Calamandrei: «juzgar a los demás implica a cada

instante el deber de ajustar cuentas con la propia conciencia». Al final de la obra se presenta una adenda con las reformas, modificaciones y propuestas a la Constitución mexicana en 1999.

Con esta somera descripción del contenido de la obra, esperamos que se haga palpable la exhaustividad con la cual los autores estudian los aspectos Derecho constitucional. Quienes se acerquen a esta obra encontrarán en ella el fruto de una labor académica desarrollada arduamente en favor de la docencia e investigación del Derecho constitucional en México y en América Latina. Sirvan las últimas líneas para destacar el hecho de que ambos autores son destacados miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: Salvador Valencia Carmona, autor entre otras muchas obras de *El derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, es uno de los más brillantes exponentes de la doctrina mexicana en la actualidad, y a Héctor Fix-Zamudio, ejemplo del universitario jamás aislado de la realidad social y comprometido en su transformación, no se puede hacer menos que reconocerle como el más insigne jurista mexicano de los últimos tiempos.

GASTÓN GÓMEZ BERNALES (editor): *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Talleres de Alfabeta Artes Gráficas, Santiago de Chile, mayo de 1999, 236 pp.

Por CHRISTIAN SUÁREZ CROTHERS *

Estamos en presencia de una revista que recoge, aunque tardíamente, las ponencias de un seminario organizado hace algunos años por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Por-

tales, con ocasión de un proyecto fracasado de reforma del Tribunal Constitucional chileno. La revista recoge las ponencias presentadas por los constitucionalistas españoles Francisco Rubio

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Talca (Chile).

Llorente y Marc Carrillo, por el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Gabriel Bouzat y por los constitucionalistas chilenos José Luis Cea, Jorge Precht, Raúl Bertelsen, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, Francisco Zúñiga y Gastón Gómez.

El debate puesto al trasluz por esta publicación se encuentra, sin embargo, plenamente vigente en un momento en que el Gobierno ha remitido al Parlamento un nuevo proyecto de reforma de la Carta Fundamental que involucra, también, la reforma del Tribunal Constitucional.

El control de constitucionalidad chileno suele ser caracterizado formalmente por nuestra doctrina como un sistema mixto que conjuga la práctica francesa de control previo de constitucionalidad de las leyes, con el control *a posteriori*. Ambos tipos de jurisdicción son desarrollados, de manera principal y concentradamente por el Tribunal Constitucional, instituido siguiendo el modelo del Consejo Constitucional francés, que desarrolla, principalmente, un control de constitucionalidad de las «leyes» con anterioridad a su promulgación y, por la Corte Suprema, frente a la cual puede deducirse el llamado Recurso de Inaplicabilidad; acción esta última que sólo produce efectos *inter partes* y que tiene por objeto evitar la aplicación al caso concreto de una ley que se considera inconstitucional.

Puede llamar la atención, ciertamente, esta forma tan particular del sistema chileno, pero ella responde al desarrollo y a la evolución política del país durante el siglo XX. En efecto, los constituyentes de 1925, en una época en que aún no se asentaba de manera sólida el modelo austríaco, concebido por Kelsen en 1920, optaron por una forma muy atenuada y corregida de

control que se inspiraba en el modelo americano de justicia constitucional, no obstante que la competencia se entregó únicamente a la Corte Suprema y no a todos los tribunales de la República como en los Estados Unidos de Norteamérica.

Una reforma a la Constitución de 1925, introduce en 1970, un Tribunal Constitucional que habría de durar hasta que fue disuelto por el Gobierno Militar en 1973. La Constitución de 1980, reinstauró al Tribunal Constitucional, extendiendo su competencia —como expresa Francisco Cumplido en su ponencia sobre «El Tribunal Constitucional Chileno»— a materias de regulación de plebiscitos y de exclusión ideológica. El Tribunal quedó integrado por tres miembros elegidos por la Corte Suprema, entre sus propios integrantes, dos abogados designados por el Consejo de Seguridad Nacional, un abogado designado por el Senado y un abogado designado por el Presidente de la República.

El «sistema», sin embargo, es más complejo de lo que aquí presentamos, y ha sido por ello definido por Gastón Gómez —aun en contra de la doctrina tradicional— como una jurisdicción «diseminada y difusa constitucionalmente», dado que existen también otros órganos que desarrollan funciones de control de constitucionalidad de acuerdo a las varias posibilidades de este control enunciadas por Kelsen en su artículo sobre la Garantía Jurisdiccional de la Constitución¹. En efecto, si bien el Tribunal Constitucional no conoce del recurso de amparo, en la forma desarrollada por el Derecho español o alemán, la actual Constitución Chilena, en plena vigencia del régimen militar adoptó el modelo del Acta Constitucional N.º 3, para entregar la competencia del amparo a las Cortes

¹ HANS KELSEN, «La Garanzia Giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)», en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 145 y ss.

de Apelaciones² a través del llamado Recurso de Protección³.

Se trata de un recurso que procede en salvaguardia de la privación, perturbación o amenaza de algunos de los derechos contenidos en el catálogo constitucional y procede en contra de los actos ilegales o arbitrarios que los producen. Existe en la actualidad una muy profusa utilización de este instrumento jurisdiccional que se ha extendido, en cuanto a sus posibilidades de procedencia, impulsado por lo que un autor denomina «la singular doctrina de la propiedad sobre derechos»⁴, que se ampara en el artículo 583 del Código Civil.

De acuerdo con esta doctrina, recogida con mucha más fuerza por el artículo 19 N.º 24 de la Constitución chilena (que regula la protección del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes), existe propiedad sobre las cosas incorporales. De este modo, «en nuestra práctica forense se ha buscado subsumir en la propiedad incorporal, toda situación jurídica subjetiva que no pueda reconducirse a un derecho fundamental accionable de protección, llegando a conocer la jurisprudencia constitucional, por vía de esta acción, en forma indiscriminada todo tipo de conflictos, tanto de particulares contra el Estado, como conflictos entre privados, entre los cuales destacan los conflictos de naturaleza contractual». Paralelamente, importantes derechos constitucionales quedan sin una adecuada protección reforzada.

Si bien la práctica del recurso es por muchos alabada, principalmente por las posibilidades de control de los actos de la administración⁵, sus detractores deploran la escasa vocación constitucional de la Corte Suprema, que no ha podido generar —hasta ahora— una línea jurisprudencial regularmente uniforme a través de sus sentencias⁶.

Pero, además, la Contraloría General de la República, a través del trámite de «toma de razón» de los decretos y resoluciones del Presidente de la República, entre otras autoridades administrativas, ejerce un control de legalidad y de constitucionalidad, de modo tal que al ser representados los decretos por inconstitucionales no van a entrar en vigor sino hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la controversia, a requerimiento del Presidente.

Finalmente, el Senado y el Tribunal Calificador de Elecciones ejercen algunas competencias que podrían tipificarse, aunque no esencialmente, como propias de la justicia constitucional.

Este es el marco, entonces, en el que sitúa la interesante discusión recogida por la revista de la Universidad Diego Portales y en torno al cual se desarrolla el debate.

Comenzaré aludiendo a la exposición del profesor Francisco Rubio Llorente, que estructura su ponencia, relativa a las «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en torno a tres ejes principales: la delimitación del objeto de la jurisdicción

² Estas Cortes se distribuyen a lo largo del país teniendo por sede, generalmente, a las capitales de las regiones.

³ Ver HUMBERTO NOGUEIRA, «El Recurso de Protección en Chile», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

⁴ CRISTIAN H. OLAVE ALARCÓN, *Recurso de Protección*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1996, pp. 52.

⁵ En Chile no se han instituido tribunales administrativos y no existe, por tanto, ni una ley de contencioso administrativo ni de procedimiento administrativo que garantice los derechos del administrado.

⁶ La Corte conoce en segunda instancia del recurso y a través de sus diversas salas produciéndose gran disparidad en la aplicación de sus criterios constitucionales.

constitucional y del concepto de «tendencias» en la misma materia, la propuesta de dos grandes modelos de jurisdicción constitucional y, finalmente, la exposición de la tendencia hacia una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos. El constitucionalista comienza declarando lo ocioso que a estas alturas resulta la discusión sobre la naturaleza jurisdiccional o política de la jurisdicción constitucional y opta por un concepto sustancial amplio, «construido no a partir del derecho positivo, de la configuración de los distintos tribunales constitucionales, sino exclusivamente desde la teoría, a priori». De ese modo entiende por jurisdicción constitucional «aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución, la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder». A juicio del profesor español, este concepto sustancial amplio tiene utilidad en la medida que, por una parte, permite englobar a todos los sistemas de jurisdicción constitucional existentes y, por otra, facilita la diferenciación entre los sistemas que sólo buscan asegurar la constitucionalidad del texto legal, frente a aquellos que garantizan también la constitucionalidad de la aplicación de la ley. Desde luego, advierte como más completa una justicia constitucional comprensiva de ambos aspectos.

Por «tendencias actuales de la jurisdicción constitucional» deben entenderse los «distintos modos o propensiones de concebir esta finalidad propia y definitiva de la jurisdicción constitucional», y los portadores de estos distintos modos de concebirla, pueden ser tanto los tribunales constitucionales como los constituyentes y legisladores que la instauran o la organizan en los distintos Estados.

Dada la dificultad de analizar estas tendencias sin remisión a modelos teóricos de jurisdicción constitucional, el profesor Rubio opta, frente a la contraposición tradicional entre el modelo norteamericano y europeo —que a su juicio, ya no presta utilidad analítica—, por utilizar un modelo «en los que la contraposición se base en el *telos* específico de cada uno de ellos, en su centro de atención principal: el modelo que se propone asegurar la constitucionalidad de la ley y, frente a él, aquel otro que persigue garantizar la vigencia de los derechos». El paradigma del primer modelo es el sistema francés, mientras que el segundo encuentra su formulación clásica en el sistema de la *judicial review* y en algunos modelos europeos como el portugués⁷, como aquellos que atribuyen a los jueces la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o como el alemán y español, que incluyen, junto al recurso directo y la cuestión de inconstitucionalidad, el recurso de amparo.

El profesor Rubio da cuenta de las dificultades de la justicia constitucional en países como España y Alemania donde se ha producido el fenómeno de la inflación de recursos de amparo sometidos a esa jurisdicción, mientras se mantiene estable o decrece el número de recursos de inconstitucionalidad, de cuestiones de inconstitucionalidad o de conflictos de competencia.

Para Rubio Llorente este fenómeno no puede ser explicado si no se tiene en cuenta adecuadamente «el cambio radical que en el ordenamiento origina la eficacia directa de los derechos fundamentales». Por ello es que la tendencia a la sustitución del modelo centrado en el control de la constitucionalidad de la ley por el que pretende

⁷ Que combina el control difuso de constitucionalidad con la existencia de un tribunal constitucional.

garantizar la vigencia de los derechos, más que una aberración o un error, como a veces ha sido percibido, no es sino una consecuencia de «que el aseguramiento de la constitucionalidad de las leyes no persigue otra finalidad que la de garantizar la vigencia de los derechos». De este modo —afirma—, «la tendencia es inherente a la idea misma de jurisdicción constitucional», sin desconocer, por cierto, que el control de constitucionalidad de las leyes puede tener y, de hecho, tiene otras funciones igualmente «importantes».

Repugna el profesor Rubio de una concepción demasiado estática de la jurisdicción, como aquella que considera que hay falta de legitimidad y una extralimitación de los jueces constitucionales, cuando éstos resuelven sobre lesiones a derechos fundamentales cometidas en un caso concreto, a propósito de la aplicación de la ley por los jueces ordinarios. Porque, precisamente, el fenómeno de la vigencia directa de los derechos ha liberado en alguna medida a los jueces de la sujeción al imperio de ley. Frente a esto, y dada la inconveniencia de dejar en sus manos «la definición real de los derechos fundamentales», el control de constitucionalidad se eleva como una exigencia. Lo discutible —termina afirmando— no es la necesidad del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, sino la forma de organizarlo.

Creemos, sin embargo, que, a diferencia de la constatación que el profesor Rubio realiza acerca de la ociosidad de la distinción entre la naturaleza jurisdiccional o política del Tribunal Constitucional, las propias característi-

cas de la Constitución chilena —reconocida como un modelo de la llamada democracia protegida— y la forma de integración del Tribunal Constitucional —como destaca Humberto Nogueira en su ponencia sobre «Revisión del modelo orgánico y de la legitimidad del Tribunal Constitucional chileno»—, han conducido a una crisis de legitimidad del Tribunal Constitucional que ha puesto de relieve la cuestión relativa a su naturaleza, dada la función política que se le ha atribuido como órgano encargado de la defensa de la interpretación autoritaria del texto. Así, por ejemplo, en el discurso inaugural del seminario, Genaro Arriagada, el ministro impulsor de la reforma, afirmaba que: «En Chile, paradójicamente, nuestro Tribunal Constitucional no se asocia naturalmente a los valores y principios que marcaron su origen en las democracias contemporáneas. En nuestro país —señala—, por el contrario, no son pocos quienes lo consideran un ente guardián de las disposiciones de una Constitución impuesta por un régimen de fuerza, como un instrumento al servicio de una oposición política, que, minoritaria en el electorado, necesita instituciones defensoras del antiguo régimen».

Cabe hacer notar —como hemos dicho— que de los siete miembros del Tribunal Constitucional, dos de ellos son designados por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano de carácter constitucional con importantísima integración del estamento militar e inicialmente concebido como el verdadero defensor de la Constitución⁸.

Este es el «drama constitucional» chileno a que se refiere Gastón Gó-

⁸ En efecto, la Constitución, con anterioridad a la Reforma de 1989, atribuía al Consejo de Seguridad Nacional la función de «representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional». Esta atribución fue morigerada, a través de la reforma aludida, a la facultad de «hacer presente» dicha opinión al Presidente de la República, al Congreso Nacional y, ¡atención!, al propio Tribunal Constitucional.

mez, parafraseando a Dworkin, en su exposición titulada «Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional chilena».

El Tribunal Constitucional —expresa— «está lejos, teóricamente, del papel que... debe comprender una genuina jurisdicción constitucional».

Esta opinión, sin embargo, no es compartida por todos los ponentes. Así, por ejemplo, los profesores Cumplido y José Luis Cea optan, aunque en sentido muy diverso, por asumir una defensa del Tribunal Constitucional. Pero, mientras la defensa del profesor Cumplido es una defensa histórica y doctrinal, según el mismo expresa, referida a la necesidad de seguir contando con un Tribunal Constitucional, el profesor Cea —con mayor compromiso hacia el actual Tribunal— declara su imposibilidad de asumir una actitud crítica hacia una institución a la que reconoce haber jugado «un rol positivo tan importante en el regreso de Chile a la democracia». Más adelante, agrega: «Si las instituciones están funcionando bien, ¿por qué reformarlas?». A su juicio, el Tribunal Constitucional chileno ha ganado legitimidad, a la luz de su trayectoria, desde su instalación en 1981.

Sin embargo, es muy difícil plantear la legitimidad del Tribunal Constitucional, cuando los aspectos relativos a su composición, atribuciones y funcionamiento e, incluso, su propia existencia como Tribunal, están siendo permanentemente cuestionados por las fuerzas políticas y por la mayoría parlamentaria. Es cierto que los Tribunales Constitucionales no tienen por qué coincidir con las mayorías parlamentarias, cambiantes, por definición, en una democracia; pero también lo es, que en países donde la constitución del Tribunal ha tenido un origen democrático, por ser la Constitución el fruto del consenso nacional constituyente, si bien persisten críticas, y a veces acer-

bas, dichos tribunales han sabido ganarse un prestigio en la ciudadanía del que ciertamente no goza esta institución en Chile. La demostración más palpable de lo que afirmo son los variados intentos existentes para introducir reforma a nuestro sistema de justicia constitucional.

A este problema de la legitimidad se refiere, precisamente, el profesor Jorge Precht Pizarro, para afirmar, en su artículo sobre «Derogación tácita e inaplicabilidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)» que: «Este órgano público no es poder constituido del pueblo chileno y es curioso que custodie la Constitución un órgano público que emana de la propia Constitución otorgada al pueblo en 1980 y no emanada de él. Ello equivale a custodiar la voluntad de su propio Constituyente y "nemo iudex in causa sua" (nadie es buen juez de su propia causa)».

Me parece que también es excesivo resaltar el papel del Tribunal Constitucional en el retorno a la democracia, aunque ésta es una materia que supera los límites de este comentario.

El problema central, entonces, respecto a la jurisdicción constitucional en Chile, no puede ser la sola discusión acerca de la sujeción formal o no del Tribunal a la legalidad de la Constitución autoritaria. No se trata de asumir una defensa de la actividad desarrollada por el Tribunal que, en algunos aspectos específicos, podrá destacarse, sino de analizar con toda la sabiduría que sea posible si la institución está cumpliendo con los fines que clásicamente se atribuyen a esta jurisdicción y, simplemente, constatar en qué medida nuestra Justicia constitucional acoge —en las palabras del profesor Rubio Llorente— las nuevas tendencias del Derecho comparado.

En este sentido me parece muy lúcido el análisis efectuado por el pro-

fesor Gastón Gómez que centra la atención de su ponencia en estos aspectos; es decir, sobre la necesidad de construir una auténtica Justicia constitucional para Chile, aunque no debería haber silenciado que el gran problema de fondo, en realidad, es el sentimiento de ilegitimidad que gran parte del país siente respecto de la propia Constitución.

De tal manera que nuestra discusión sobre la Justicia constitucional no puede ser sino una discusión política, porque la actual composición y, para decirlo de un modo más claro, la propia esencia de lo que pretendemos llamar jurisdicción constitucional es una materia que no termina de construirse, en la medida que participa de la conciencia dividida de los chilenos respecto del modo más adecuado para organizar jurídicamente su convivencia. Con razón ha podido sostener Néstor Sagüés que la Constitución chilena es un ejemplo de Constitución con doble techo ideológico.

El desafuero reciente del General Pinochet pone en evidencia lo que antes he afirmado, porque las numerosas reformas que el texto de la actual Constitución ha recibido desde 1989 no es sino expresión de que la «forma del poder» en Chile no es un tema zanjado por las fuerzas políticas y que se encuentra extremadamente condicionado por la historia no asumida de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Desconocer estos aspectos en una discusión sobre Justicia constitucional es seguir la política del avestruz y esconder la cabeza frente a una realidad que nos disgusta; y puede resultar completamente incomprensible para un

observador extranjero que nuestra discusión se dé como si las instituciones de la Justicia constitucional funcionaran al margen de las consideraciones que acabo de formular. Esto es parte, también —¡qué duda cabe!—, de ese dramatismo constitucional a que hace referencia Gastón Gómez.

Es legítimo, entonces, plantearse en Chile quién es y quién debe ser el custodio de la Constitución y no parece tan evidente siquiera que el real custodio de la Constitución sea, incluso, el propio Tribunal Constitucional. También las Fuerzas Armadas están concebidas en Chile para garantizar «el orden institucional de la República» y para «hacer presente» su opinión, a través del Consejo de Seguridad Nacional, toda vez «que, a su juicio, se atente gravemente contra las bases de la institucionalidad»⁹.

Por lo tanto, son comprensibles las voces, como las del Ministro Arriagada, y de otros, que han sentido dudas respecto a quién deba entregarse la responsabilidad última de decir qué es la Constitución.

Es cierto, en consecuencia —como dice el profesor Cea—, que no existen modelos a importar, pero lo es también que el actual Tribunal Constitucional, no obstante toda su respetabilidad, no es el resultado del alma, por lo demás dividida, de la Nación chilena.

Por ello, comparto plenamente lo señalado por Francisco Zúñiga, cuando al concluir su trabajo sobre «Ley y Reglamento en la Jurisdicción del Tribunal Constitucional», señala textualmente que: «Aceptando el componente político de la jurisdicción Constitucional, se hace esencial para su legitimidad que la producción de sen-

⁹ Por eso José Luis Cea afirma: «En este momento y quién sabe por cuánto tiempo más las FF. AA. y de Orden tienen en Chile un peso político propio indiscutible ¡y ostensible! Partir del supuesto de que no existe eso —por cierto que yo quisiera otra cosa—, pero a partir del supuesto imaginario, hipotético, de que eso es algo extraño a la realidad, me parece que es incurrir en un *error craso*. Por lo mismo, lo que se haga con base a ese supuesto equivocado será erróneo también».

tencias del guardián de la Constitución, descansen en un pluralismo valorativo-ideológico, que no transforme la Constitución en una herramienta de la contienda política cotidiana, sino en un texto valorativamente abierto y en que sus decisiones puedan ser sometidas a un debate racional. Una Constitución de «techo ideológico abierto» es la base de un consenso racional sobre los valores-normas de la contienda política (régimen político). Un Tribunal Constitucional custodio de una Carta Fundamental valorativamente abierta, hace lo suyo en la legitimidad del órgano jurisdicтор, de las instituciones y del sistema político en general»¹⁰.

Un problema semejante puede desprenderse de la práctica de la Corte Suprema en el conocimiento del Recurso de Inaplicabilidad. A esta materia se han referido, de manera especial, los profesores Jorge Precht y Raúl Bertelsen.

Bertelsen, en su «Análisis y revisión del Recurso de Inaplicabilidad», incursiona en la evolución que éste ha tenido en Chile hasta la Constitución de 1980 y comenta su jurisprudencia más reciente, deplorando la práctica de la Corte de no pronunciarse sobre el fondo de los recursos. A su juicio, esta situación explica el «escaso desarrollo de una verdadera jurisprudencia constitucional».

En relación a este punto, el profesor Marc Carrillo, en su excelente artículo sobre «Las funciones del Tribunal Constitucional: el modelo europeo y el caso chileno», desestima el valor de jurisdicción constitucional de la actividad realizada por la Corte Suprema al conocer de los recursos de inaplicabilidad, toda vez que «no vin-

cula más allá del caso concreto». Esta opinión del profesor Carrillo es, igualmente, compartida por otros ponentes.

Finalmente, Precht pone el acento en afirmar con rotundidad que en Derecho chileno los jueces de fondo no pueden —desde la sentencia Natividad Campos, de la Corte Suprema, de 8 de junio de 1990—, resolver por la vía de la derogación tácita sobre la inconstitucionalidad de leyes preconstitucionales, afirmando que esta competencia es propia de la Corte Suprema, a través del Recurso de Inaplicabilidad. De modo, que rechaza todo intento de extender el modelo de la *judicial review* a través de este expediente.

El profesor argentino Gabriel Bouzat, finalmente, escribe sobre «La argumentación jurídica en la jurisdicción constitucional». Se trata de una comparación entre la *judicial review* y el sistema continental europeo de control de constitucionalidad, que se inicia analizando el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina, haciendo una referencia a su justificación y legalidad, para terminar valorándolo frente a otros sistemas en los cuales los tribunales constitucionales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en forma abstracta y con carácter preventivo. Bouzat señala que en la Argentina tiene vigencia la doctrina expuesta por el juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, según la cual «cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley». De este modo, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de la ley o de otro acto de Gobierno. El control, por tanto, es judicial, *a posteriori* y difuso, sólo pue-

¹⁰ La aseveración de F. Zúñiga U. es realizada cuestionando la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado en sus sentencias a la relación entre Ley y Reglamento, para lo cual ha establecido que existe un principio de reserva absoluta de ley para intervenir en derechos fundamentales de contenido patrimonial o económico. A juicio de Zúñiga esta doctrina «puede entorpecer a la Administración del Estado más allá de lo razonable, afectando a su fin inmanente de promover el bienestar social».

de ejercerse en un caso o controversia concreta y la declaración de inconstitucionalidad de la norma «no implica su derogación, ni supresión, sino que la torna inaplicable en el caso de que se trate».

De este modo, no existe en Argentina control preventivo ni control en abstracto.

Bouzat explica cuáles son los límites del control en la Argentina, destacando el principio de deferencia legislativa, las *political questions* y la necesidad de que quien plantea la inconstitucionalidad deba alegar un perjuicio o alteración de un derecho constitucional propio. Señala que uno de los problemas del control en su país ha sido la falta de independencia del Poder Judicial, problema que se vuelve a plantear con la forma en que se amplió la integración de la Corte Suprema durante el gobierno de Carlos Menem. Sin embargo, señala que la Corte tuvo un gran activismo durante la década de los ochenta, en que se debatieron cuestiones fundamentales declarándose, por ejemplo, la inconstitucionalidad de las leyes de matrimonio civil, por prohibir el divorcio vincular; de la ley de estupefacientes, por castigar la tenencia de drogas para consumo personal y la de servicio militar obligatoria, al no admitir la objeción de conciencia.

Entre los problemas de la jurisdicción constitucional argentina. Bouzat alude a la falta de preocupación de los juristas y de los jueces por determinar un criterio correcto de interpretación constitucional, «a pesar de la relevancia que para la solución de los casos constitucionales tienen los criterios de interpretación a los que los jueces recurren». Un problema, por cierto, al que no somos ajenos en Chile, porque

como bien señala Bouzat: «la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no puede ser resuelto sin analizar los criterios y valores a los cuales deben recurrir los jueces al interpretar la Constitución». Y en esta materia, si bien el Tribunal Constitucional chileno ha desarrollado algunos criterios, como señala Emilio Pfeffer en su «Análisis de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional en Chile (período 1981-1990)», lo cierto es que aún son insuficientes y, en especial, en el ámbito de la inaplicabilidad y de la protección (amparo).

Bouzat justifica, de otra parte, la legitimidad del control de constitucionalidad en que la democracia es una compleja combinación de voluntad y razón, de un modo semejante a la distinción realizada por Francisco Zúñiga para referirse a la naturaleza de la ley¹¹. En consecuencia, si «la justificación de la democracia se basa en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad... los jueces no incurrirían en una decisión ilegítima cuando invalidan una decisión mayoritaria que limita los derechos fundamentales, o que no contempla de manera imparcial los derechos e intereses de ciertos grupos o personas». Los jueces, en consecuencia, «pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática».

Sin embargo, el constitucionalista argentino sólo valora la legitimidad del tribunal cuando ésta se ejerce en el caso concreto de que se trata y considera que las razones que ha dado «no alcanzan... para justificar el control

¹¹ Respecto de la ley, señala F. Zúñiga U. en su ponencia: «Podríamos concluir en este punto que asentada en la *ratio* se "impone como natural la superioridad y generalidad de la ley" (Castro y Bravo), y asentada en la *voluntas* se impone la coercibilidad y forma de la ley».

abstracto y preventivo a cargo de un tribunal constitucional», en cuanto —a su juicio— «existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de la norma a un caso determinado».

Las expresiones del profesor Bouzat caen ciertamente en un terreno (el chileno) muy sensible a los problemas sobre la naturaleza y la legitimidad de la jurisdicción constitucional y, aunque si bien es cierto —como él sostiene— que «no puede construirse una teoría constitucional, ni diseñarse instituciones democráticas, sin una teoría sobre la fundamentación de la democracia», nos parece que la justicia constitucional en los países donde se ha instaurado en forma seria no ha sido un obstáculo al desarrollo y fortalecimiento de la democracia. En Chile, la falta de vocación constitucional de la Corte Suprema, la existencia de un Senado con un origen parcialmente no democrático y la ausencia de una auténtica unidad interpretativa de la Constitución, parecen aconsejar —de la manera que en sus exposiciones refieren los profesores Cumplido y Nogueira— una mayor concentración de la jurisdicción constitucional en el

Tribunal Constitucional, aunque reformado en cuanto a su actual integración y atribuciones.

La solución esbozada por Nogueira incluye la equiparación de los tres poderes del Estado en el nombramiento de los jueces del Tribunal, la ampliación de su número, su renovación parcial cada tres años y, desde el punto de vista del fondo, la de otorgarle competencia en materia de protección extraordinaria de derechos fundamentales. Propone, también, ampliar sus atribuciones para resolver los problemas de constitucionalidad sobre los autoacordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones y sobre los reglamentos parlamentarios y se declara partidario de establecer el control del Tribunal Constitucional sobre las omisiones inconstitucionales.

Creemos, sin embargo, que un poder de estas características requiere de una realidad política y constitucional distinta de la actual y manifestamos nuestro convencimiento de que sólo en un esquema de cambio, que importe la generación de un nuevo consenso constitucional, podrá efectivamente imponerse un verdadero sistema de justicia constitucional para Chile.

MAXIMILIANO TORICELLI (coord.): *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución nacional)*, Depalma, Buenos Aires, 1999, 271 pp.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. Es sabido que, en un contexto como el iberoamericano, caracterizado históricamente por una gran inestabi-

lidad constitucional, la Constitución argentina de 1853-1860¹ (CA, en adelante) destaca por su envidiable lon-

* Área de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Una buena exposición global sobre el sistema constitucional argentino puede verse en GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «El sistema constitucional argentino», en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *Los sistemas cons-*