



TESINA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

**“EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO
DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO”**

Autor: Francisco Zepeda Navarro.

Profesor guía: Jaime Bassa Mercado.

Diciembre de 2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
§ II. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: LAS TENSIONES SIGUEN VIVAS	4
1. <i>Constitucionalismo democrático</i>	4
2. <i>Argumentos a favor del control de constitucionalidad de las leyes</i>	8
3. <i>Argumentos en contra del control de constitucionalidad de las leyes</i>	11
§ III. CUESTIONES SOBRE DEMOCRACIA	12
1. <i>Concepto y concepciones de democracia</i>	12
2. <i>Democracia formal y democracia sustancial</i>	15
3. <i>El enfoque pluridimensional de Ferrajoli</i>	17
4. <i>La concepción de Habermas</i>	20
5. <i>La esfera de lo indecible y el coto vedado</i>	22
§ IV. ¿CUÁL ES EL ROL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA?	23
1. <i>La polémica Kelsen/Schmitt</i>	23
2. <i>El Tribunal Constitucional chileno</i>	27
§ V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LA DEMOCRACIA.....	29
1. <i>El primer periodo: el viejo artículo 8 de la Constitución Política de 1980</i>	29
2. <i>El segundo periodo: La cláusula de protección de la democracia constitucional del inciso sexto del N° 15 del artículo 19</i>	32
§ VI. CONSIDERACIONES FINALES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	47

I. INTRODUCCIÓN

Esta tesina trata sobre los problemas de justificación de la jurisdicción constitucional, en particular de los tribunales constitucionales y el rol que ellos deben o deberían jugar en la defensa de la democracia. En concreto se evaluará críticamente la función que ha cumplido la jurisdicción constitucional en Chile. Luego analizaré: ¿qué entiende el Tribunal Constitucional por principio democrático o democracia? ¿Qué es lo que defiende el Tribunal Constitucional cuando defiende la democracia? Lo anterior lo considero relevante en dos aspectos considero importante en dos aspectos: el primero tiene que ver con la propia legitimación democrática del mismo tribunal, mientras que el segundo aspecto se relaciona con la hermenéutica constitucional, es decir, con la concepción concreta de los ministros cuando les toca pronunciarse sobre algún conflicto de relevancia constitucional que se relaciona con la idea de democracia.

En la primera parte de este trabajo, que es más bien teórico como ya adelantaba, se analizará (§ II) la justificación de la jurisdicción constitucional y las tensiones que ésta tiene con la idea y práctica de la democracia, viejas discusiones y nuevos problemas, con especial atención a las ideas de Carlos Nino. La segunda parte de este trabajo tratará sobre los diferentes *modelos teóricos* de la democracia y sus fundamentaciones, intentando sintetizar y exponer las principales teorías sobre la democracia con sus similitudes y diferencias (§ III). En la tercera parte reflexionaré sobre el *rol* que juega o debería jugar la justicia constitucional en la defensa de la democracia, con especial atención al caso chileno (§ IV). En la cuarta parte haré un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo relativo al *principio democrático o idea de democracia*, valiéndome especialmente de las –adelanto desde ya– escasas consideraciones realizadas por los ministros en las sentencias, con el objetivo preciso de *reconstruir* que entienden por principio democrático y sus consecuencias prácticas normativas (§ V). Por último, en la quinta parte de este trabajo, compararé los modelos teóricos con la reconstrucción del principio democrático, para por último hacer algunos juicios respecto a la labor concreta que ha realizado el Tribunal en la defensa de la democracia (§ IV).

§ II. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: LAS TENSIONES SIGUEN VIVAS

1. *Constitucionalismo democrático*

Una de las cuestiones más polémicas y debatidas por los teóricos del derecho constitucional es la relación que existe entre constitucionalismo y democracia. Sin embargo, en nuestro país la discusión ha sido escasa, salvo un par de autores que han reflexionado de manera aislada sobre el tema. Esto no deja de llamar la atención por el hecho de que en otros países esta discusión se encuentra desde la génesis de sus procesos constituyentes y queda plasmado en sus propias constituciones como en el caso de Estados Unidos de América.

Se puede afirmar que el *Constitucionalismo* ha sufrido una transformación, desde su primera formulación, hasta lo que entendemos hoy por ese concepto. Lo primero que podemos decir sobre él es que su primera formulación –y aparición inicial– es tan reciente como la *Revolución Inglesa* de 1688, es ese momento histórico preciso donde se formula por primera vez la doctrina de que el poder político del Rey se encuentra limitado por el derecho de sus súbditos y por las competencias que el Parlamento tiene para la aprobación de leyes, impuestos y obligaciones militares (Ruiz Miguel, 2004, pág. 51). Esto se puede considerar un gran progreso histórico, en el sentido de que por primera vez en la historia son reconocidos por el soberano ciertos derechos a la vez que se separan las competencias de los diferentes órganos del Estado. Sin embargo, a pesar de estos avances, el modelo británico nunca consagró un sistema unitario y sistemático, que solemnizara las divisiones y limitaciones del poder político, aún cuando dicha doctrina se manifestó en algunos documentos legales como el *Bills of Rights* de 1689.

Posteriormente en los siglos XVIII y XIX, se desarrollaron dos especies de constitucionalismos, bastantes diferentes entre sí: el *constitucionalismo francés* y el *constitucionalismo americano*. Los revolucionarios franceses siguiendo al pensamiento iusnaturalista ilustrado, siguieron el sistema británico, es decir, limitar el poder separando las esferas de competencia de los órganos del Estado y creando un catálogo de derechos de los ciudadanos, siendo ejemplo de aquello la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de agosto de 1789. La principal diferencia entre los modelos francés y británico –al igual que en casi todos los países europeos– fue que el primero de ellos consagró las limitaciones al soberano y el catálogo de derecho en un texto unitario y sistemático llamado *Constitución* (Ruiz Miguel, 2004, pág. 52).

A pesar de todos estos avances, la cultura jurídica de esa época siguió considerando a la Constitución, más como un documento ‘*político*’ antes que ‘*jurídico*’, razón por la cual, sus normas no eran aplicables inmediatamente, sino que se veían como meras normas programáticas. En este sentido Ruiz Miguel, señala: “*durante todo esa época, y aun después, ese texto fue considerado superior más desde un punto de vista político que jurídico, como norma programática y no inmediatamente efectiva, de modo que la doctrina dominante de que la fuente jurídica superior era la ley ordinaria impidió durante mucho tiempo que el constitucionalismo conllevara allí ninguna forma de control de constitucionalidad de las leyes y ni siquiera, al menos no necesariamente, la rigidez constitucional, esto es, la dificultad agravada respecto de las leyes ordinarias para modificar o derogar la propia constitución*” (Ruiz Miguel, 2004, pág. 52).

La idea anterior radicada en el imaginario colectivo de la cultura jurídica de la época, tenía consecuencias en la valoración que se le daba a la propia Constitución. Basta recordar el juicio de Jeremy Bentham, sobre la *Declaración* de 1789 antes citada, quien en un panfleto de nombre *Anarchical fallacies* (Falacias anárquicas), la calificó como: “*un conjunto de edificantes principios de justicia o de derecho natural que nada tenía que ver con el derecho positivo*” (Ferrajoli, 2008, pág. 29). Otro ejemplo, fue el Estatuto Albertino del Reino de Italia, el cual fue considerado una mera ley –sin perjuicio de que fuera especialmente solemne– y como mera ley, pudo ser deformada siendo desplazada en el año 1925, , sin necesidad de un quiebre institucional por las *leggi fascistissime* de Mussolini, dando lugar al catastrófico fascismo. Cuestión análoga, con algunas diferencias, ocurrió en el caso alemán con el nazismo (Ferrajoli, 2008, pág. 30).

La razón de esto –según Ferrajoli– es que en el imaginario colectivo de los juristas y filósofos del derecho, no existía la idea de que una ley podía limitar a todas las demás leyes, o que *el derecho limitara al derecho*; tomando en consideración el paradigma iuspositivista de ese entonces, en el cual se entendía que la ley era la única fuente del derecho; ya fuera concebida como voluntad del soberano (Austin), o fuera concebida como expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria (Kelsen). De este planteamiento se colige, que el soberano o en el mejor de los casos la mayoría parlamentaria, era omnipotente, y por tanto, era omnipotente la política; de lo cual se sigue que el derecho era sólo un instrumento de la política. Esto a su vez, tenía un profundo impacto en la concepción de democracia imperante en esa época, que se podría caracterizar como formal y procedimental¹ (Ferrajoli, 2008, págs. 30-31).

Por su parte el *constitucionalismo americano*, con su Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, se proclamó e interpretó –a diferencia del modelo francés– como una norma superior a cualquier ley ordinaria, tanto federal como de los distintos Estados de la Unión. Esta constitución estableció complejos mecanismos para su reforma, pero no previó expresamente ninguna forma de control de constitucionalidad de la legislación ordinaria; pero a pesar de aquello, éste último mecanismo se incorporó al sistema jurídico vía jurisprudencial en 1803, cuando en la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*² el juez Marshall consagró el criterio de que si la constitución era la norma jurídica efectivamente superior cualquier tribunal, y en último término el Tribunal Supremo, tenía la competencia para inaplicar cualquier ley ordinaria que en un proceso concreto se demostrara era contraria a ella (Ruiz Miguel, 2004, págs. 52-53).

Tomando esta perspectiva histórica del constitucionalismo, en nuestros tiempos se dice que uno de los objetivos de las democracias modernas es

¹ Sobre la concepción formal y procedimental de la democracia tratare en la segunda parte de éste trabajo (§ II).

² Una traducción completa y con un estudio previo se puede encontrar en: (Beltrán de Felipe & González Garacía, 2005, págs. 87-130)

defender a los ciudadanos del poder del Estado, especialmente cuando ese poder se ejerce de forma opresiva en contra de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ese sería el sentido originario de la denominada Justicia Constitucional (Bordalí, 2003, pág. 293), la cual se puede caracterizar como un sistema de límites y control del poder del soberano, en el cual ciertos órganos del Estado –ya sea el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional– tienen la función, facultad y competencias para defender o salvar la Constitución de posibles violaciones que ella pueda sufrir y que ponen en jaque su destino existencial, poniendo especial atención a las libertades personales y garantías de los ciudadanos (Lombardi, 2009, pág. XII). Atria ha denominado la idea anterior como “tesis de la supremacía”, en la cual ese algo o alguien debe defender a las minorías en contra de las mayorías (Atria, 1993, pág. 367).

Algunos autores no han dudado en señalar, que la defensa del Estado de Derecho, equivale a defender la democracia (Peña, 2011, pág. 17). Esto se debe a que en algunas democracias desarrolladas como la alemana, española, francesa o italiana, el rol de los tribunales constitucionales ha sido fundamentalmente de defensa de las constituciones frente a los demás órganos del Estado. ¿Pero qué tan real es esta afirmación?

Esto supone que los tribunales constitucionales han cumplido con su función de limitar el poder, principalmente a través de los *métodos de control de constitucionalidad de las leyes* y las garantías de los derechos fundamentales, aunque esto no siempre ha sido del todo pacífico, ya que en muchas ocasiones paradójicamente instituciones como los tribunales constitucionales quedan fuera de todo *control democrático* so pretexto de defender la democracia, asumiendo de esta forma el monopolio exclusivo sobre ciertas materias que afectan a todos los ciudadanos y en donde los mismos ciudadanos, o sus representantes, poco tienen que decir o decidir, por lo menos de forma vinculante. A este reparo teórico se le conoce como “objeción democrática” y consiste básicamente en señalar que: “*En un estado democrático es necesario que, en lo que se refiere al arreglo de las instituciones y la distribución del poder, alguien tenga la última palabra. Lo que precisamente define a la democracia es que tal supremacía la detenta un órgano*

representativo, de generación popular. No puede el Tribunal Constitucional tener poder sobre el legislativo” (Atria, 1993, pág. 367).

Alfonso Ruiz Miguel, sintetiza la objeción de la siguiente manera: *“la existencia de constituciones rígidas y la previsión de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes por parte de la inmensa mayoría de los actuales sistemas democráticos tiende hoy a considerarse por diversos teóricos como una restricción o atrincheramiento (entrenchment) “contramayoritario” injustificable, o al menos difícilmente justificable, de la capacidad de los ciudadanos y, en especial, de sus representantes parlamentarios para debatir y decidir en última instancia sobre la configuración de la forma de organizar el poder político y sobre el alcance de los derechos protegibles”* (Ruiz Miguel, 2004, pág. 54). A continuación expondré algunos argumentos a favor y en contra de la existencia del control de constitucionalidad de las leyes.

2. Argumentos a favor del control de constitucionalidad de las leyes

Los argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las leyes, siguiendo en esto a Carlos Nino, se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) *Supremacía de la Constitución*: este se deriva del paradigma de la Supremacía de la Constitución, y toma su vigor en lo que se conoce como la lógica de Marshall en la famosa *sentencia Madbury vs. Madison*. Lo que este argumento señala, es que el caso de conflicto entre la Constitución y una ley, el juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución, y dejar de lado la ley. Así, si se entiende que la Constitución es la ley suprema, pues ella misma regula el proceso de formación de la ley, esta no puede ser derogada por una ley ordinaria. Por tanto solo cabría la primera opción³.

La estructura lógica del razonamiento de Marshall se puede presentar de la

³ Sin embargo existen indicios que la llamada “Lógica del Marshall”, no es tan prístina y sólida como parece. Cfr. NINO, Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad, 1991, págs. 100-107.

siguiente manera⁴:

- i. *“Premisa 1: El deber del poder judicial es aplicar la ley.*
- ii. *Premisa 2: Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.*
- iii. *Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.*
- iv. *Premisa 4: La supremacía de la constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida.*
- v. *Premisa 5: La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.*
- vi. *Premisa 6: El congreso está limitado por la Constitución.*
- vii. *Premisa 7: Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.*
- viii. *Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el poder judicial”.*

b) *El reconocimiento de ciertos derechos:* este segundo argumento pone su atención en que una de las funciones de la Constitución es establecer derechos y los derechos –por definición– son límites a las mayorías en protección de los intereses de los individuos. En consecuencia, si no existiera control judicial de constitucionalidad, tampoco existiría este reconocimiento de derechos, por lo cual las mayorías expresadas en los órganos de representación política no tendrían límite alguno. Así la función principal de los

⁴ (Nino, 1991, pág. 100)

jueces sería proteger los derechos de los individuos frente a las mayorías⁵.

- c) *La estructura del razonamiento práctico*: según Nino, el razonamiento práctico justificatorio debe tomar siempre como punto de partida proposiciones normativas que aceptemos por sus propios méritos y no por que hayan sido emitidas por cierta autoridad. Cuando estas proposiciones están dotadas de un contenido adecuado ellas constituyen principios o juicios morales. A su vez, cuando se identifican con normas jurídicas, son proposiciones derivadas de estos principios cuando legitiman a alguna autoridad y de descripciones de las prescripciones de tal autoridad. Esto a propósito de la Constitución es relevante pues, en un sentido normativo de esta, que a su vez está asociado con ciertos ideales del *constitucionalismo*, tales principios morales de lo que arranca el razonamiento jurídico justificatorio, pueden constituir parte de la Constitución misma. Tanto el constitucionalismo, junto con los derechos como el ideal republicano de la participación democrática, pueden solidificar *principios* que legitiman a determinadas autoridades que la misma Constitución legitima. De esta manera, si estos principios que establecen un núcleo de derechos y formas democráticas no legitiman ciertas leyes –por haber faltado a principios o no cumplir con las formas democráticas–, aquel contenido de carácter normativo de la leyes en cuestión no puede ser derivado de tales principios, por lo que no podrá servir como una razón suficiente de una decisión judicial. Así, los jueces están obligados a fundar sus decisiones en principios morales, como los que integran una Constitución en su sentido normativo. Por lo tanto toda decisión judicial conllevaría de una manera u otra

⁵ Este argumento también lo utiliza Dworkin, basándose en la distinción entre política y principios. Así para este autor: “las políticas definen intereses colectivos –como la defensa nacional, el bienestar general, un ambiente social pacífico– que son estados de cosas valiosos agregativos y no individualizados; los principios, en cambio, establecen derechos que se distinguen por proteger estados de cosas valiosos distributivos e individualizados (o sea, cómo se reparte el goce del bien en cuestión es relevante, y el goce es de tipo individual) y por construir un límite o umbral a la persecución de objetivos colectivos, de modo que una razón fundada en tal objeto no puede desplazar una razón basada en un derecho” (Nino, 1992, pág. 679).

ejerger un control de constitucionalidad (Nino, 1992, pág. 681).

3. Argumentos en contra del control de constitucionalidad de las leyes

Como ya adelantaba en el apartado (1), este tema no es del todo pacífico y esta objeción democrática también conocida como dificultad contramayoritaria, tiene la fuerza de no solo descalificar el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, sino que también se erige como una razón que es independiente (Nino, 1992, pág. 690); pues si se parte del *hecho* de que los jueces –como se ha señalado antes- no tienen legitimidad democrática como para encarar la cuestiones valorativas para tomar sus decisiones, dado que los jueces no son ni elegidos por el pueblo si responden de sus decisiones ante él. Con suerte se llega a que son designados por autoridades democráticas –Presidente de la República y Parlamento– pero su legitimidad es indirecta, y de una manera u otra se va diluyendo con el tiempo, ya que en un sistema como el chileno duran 9 años en su cargo⁶, el acuerdo que existió en su momento, puede haber cambiado considerablemente entre su designación y el tiempo en que deja su cargo.

Este planteamiento resulta irrelevante si el problema se miraba desde la doctrina de la *exégesis*, para la cual el juez no era más que “la boca muerta de la ley” y en el caso de la Constitución de manera análoga no era más que “la boca muerta de la Constitución”, en el cual la función del juez constitucional no sería más que *actualizar* los contenidos plasmados por el constituyente del 80’ (Atria, 1993, pág. 368). Desde esta perspectiva se concebía a la actividad que realizaba

⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Art. 92, letra c), inciso segundo: “Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovararán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81, y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60”. Disponible en:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

el juez como meramente intelectual y no valorativa, pero existe la creciente certeza de que la tarea del juez es principalmente valorativa –y más aún del juez constitucional– esto se pone en evidencia en los principios básicos de la moralidad a los que los jueces necesitan recurrir para justificar la adopción de ciertas normas positivas que tienen un carácter axiológico (Nino, 1992, pág. 683).

Una posición que también pretende superar esta dificultad es la de Dworkin, quien distingue entre diferentes cuestiones de carácter valorativas, y reserva una especie de *área exclusiva* del proceso político democrático: la fijación de políticas que establecen objetivos colectivos, así los jueces se deberían limitar a aplicar los principios que establecen derechos (Dworkin, 1984). Esta posición pone su mirada en la defensa de los derechos individuales, sin embargo si se considera que los derechos no sólo se violan por acciones (en contra de los derechos individuales) sino que también omisiones (v.gr. hambruna o falta de asistencia médica), y vemos a los *derechos sociales* como derechos efectivamente defendibles, entonces el espectro de los derechos y la cuestiones valorativas que plantean es amplísima, por lo que los jueces tendrían la última palabra a cualquier cuestión que se plantee en sociedad, desplazando a los órganos de participación democrática (Nino, 1992, pág. 683).

§ III. CUESTIONES SOBRE DEMOCRACIA

1. *Concepto y concepciones de democracia*

El ideal democrático se ha instaurado como el mejor sistema político (o quizás el menos malo) a la hora de proteger los derechos de los ciudadanos. Es por esta razón que al hablar de *Estado de Derecho* se presupone que hay un régimen democrático que lo instaura y defiende. Un problema que se presenta respecto a la democracia tiene que ver con su concepto y concepciones, porque a pesar de que ésta se considera un valor y que pareciera que la mayoría de los teóricos y filósofos del derecho, la moral y la política están de acuerdo en que es uno de los valores superiores de todo régimen político, no los están en como entienden cada uno de ellos la misma.

Una manera adecuada de presentar esta disociación entre una idea compartida pero interpretada de formas diversa, es la distinción analítica entre *concepto* y *concepción*. Según ésta el *concepto* se referiría al significado general y abstracto que se le otorga a una palabra, en cambio la *concepción* aludiría a la forma de aplicar el concepto, vale decir, al modo en que éste se hace operativo en la *praxis*. Dicho de otra manera, cuando recurrimos a un concepto planteamos un problema y cuando formulamos una concepción intentamos una respuesta (Squella, Villavicencio, & Zuñiga, 2012, pág. 166).

La Real Academia Española, se aproxima a la idea de democracia dando diversos conceptos. Así en una primera acepción nos señala que es una: “*doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno*”. En su segunda acepción se refiere a ella como: “*predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado*”. En estas definiciones aparecen expresados dos elementos centrales del concepto de democracia que son: “pueblo” y “gobierno”.

Ambos elementos de la definición, aparecen ya en el pensamiento de filósofos como Platón y Aristóteles. Por su parte Norberto Bobbio, señala que la democracia se “*opone a todas las forma de gobierno autocrático*” (Squella, 1990, pág. 36). A pesar de ser vagas estas v aproximaciones, no ayudando a dar una definición suficiente de democracia, si nos prestan utilidad, en el sentido que a pesar de las diferentes acepciones que tiene la palabra democracia, existe un contenido mínimo que se debe respetar. Como dice Bobbio: “*existe un significado preponderante sobre el que están de acuerdo todos los que hablan sobre la democracia*” (Squella, 1990, pág. 34). Sin perjuicio de aquello, existen discusiones sobre todo aquello que no es parte del significado preponderante, contenido mínimo o concepto de democracia y es precisamente en ese contenido no preponderante de la palabra democracia, en donde varían las diferentes teorías democráticas y sus justificaciones, también existen otras que más que cambiar su contenido ayudan a completarla como la democracia deliberativa⁷.

⁷ Esta teoría ha sido desarrollada por diversos autores como: Jürgen Habermas, Jon Elster, Carlos

El término democracia deliberativa: *“designa un modelo normativo –un ideal regulativo– que busca complementar la noción de democracia representativa al uso mediante la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas que incluya la participación activa de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, y que estaría basado en el principio de la deliberación, que implica la argumentación y discusión pública de las diversas propuestas”* (Velasco, 2009, pág. 75). Sin embargo, estas ideas de democracia poco se corresponden con las experiencias de los ciudadanos del mundo contemporáneo, esto va desde nuestra propia realidad hasta las democracias más desarrolladas. Se puede percibir que el acto de votación de representantes poco tiene que ver con cualquier forma que se pueda considerar de autogobierno colectivo y plural. Esta idea se acentúa aun más, cuando se fijan en el hecho de que las decisiones más elementales de cómo organizar sus vidas están fuera de su control y que son tomadas por otros.

Esto se puede vislumbrar, en que mucho de los lugares en donde las personas desarrollan buena parte de sus vidas como empresas, barrios, e incluso en sus propias familias, están sometidos a relaciones de autoridad que abarcan aspectos importantes de sus propias existencias. Un ejemplo, es que muchas veces aquellos que son propietarios de los medios de producción, toman decisiones que no solo afectan las formas de producir ciertos productos, sino que también afectan la vida de los trabajadores (Ovejero, Martí, & Gargarella, 2004, pág. 16). Esto supone un vaciado de los ámbitos de decisión de los ciudadanos a poderes de *facto* que están lejos del ideal democrático, y por cierto también una fuga de las instancias de control público a la esfera de ciertos privados privilegiados que detentan el poder de tomar estas decisiones. Otra cuestión más preocupante a mi juicio, es una especie de estancamiento por parte de los ciudadanos en cuanto a la participación y el interés por debate público. Las razones de esta falta de interés no son bien claras y me parece que son más

Nino, John Rawls, y lo que intenta es complementar a la democracia representativa, como proceso elaborado para la toma de decisiones en base a los principios de la imparcialidad y racionalidad.

competencia de otras disciplinas como la sociología o psicología social que de la ciencia jurídica.

2. Democracia formal y democracia sustancial

Luigi Ferrajoli propone una distinción de la democracia que me parece acertada. La idea de esta distinción consiste esencialmente en diferenciar dos dimensiones o concepciones de la palabra democracia. La concepción dominante está más o menos de acuerdo en señalar que la democracia es consiste en un método mediante el cual se toman decisiones colectivas, atribuyendo al pueblo y en consecuencia a la mayoría, el poder de asumir las decisiones (Ferrajoli, 2008, pág. 77). Esta perspectiva de la democracia es ampliamente compartida por filósofos como Kelsen, Bobbio o Robert Dhal.

Ferrajoli señala que esta forma de mirar a la democracia sería una concepción “formal” o “procedimental”. Para el autor esta concepción de la democracia identifica a la propia democracia sólo con *formas y procedimientos* adecuados para asegurar que la voluntad popular sea realizada, vale decir, sobre la base del “quién” y el “como” de las decisiones, sin tomar en consideración el contenido de tales decisiones. El gran problema de esta concepción es claro: incluso la supresión de las minorías es democrático siempre que se cumpla con la regla de la mayoría.

Ferrajoli se plantea, con acierto a mi juicio, si con esta definición de democracia es suficiente o además necesaria para definir correctamente lo que entendemos por democracia. Vale decir, Ferrajoli, reconoce que la dimensión formal de la democracia es por decirlo de un modo sencillo, una *condición necesaria*. Pero a su vez deja la interrogante abierta: *¿es suficiente?* Adelantaré que la respuesta de Ferrajoli es negativa. Así el autor lo que nos indica es que la dimensión formal efectivamente es una condición *sine qua non* sin la cual resulta imposible predicar sobre la democracia. Sin embargo, señala el autor, “*la definición de un término, como sabemos, debe indicar las condiciones no sólo necesarias sino también suficientes en presencia de las cuales él es predicable de un argumento dado*” (Ferrajoli, 2008, pág. 78). Cabe señalar, que esta

argumentación utilizada por Ferrajoli, se refiere al término democracia utilizado para describir la democracia como sistema político, quedando excluidos otros usos que puede tener dicho término en otros contextos determinados.

Los argumentos de Ferrajoli que descartan la posición formal antes referida como suficiente son básicamente dos, y se basan a su vez en dos aporías:

- a. La primera según el autor, es generada por *inidoneidad* de esta concepción para dar cuenta de la realidad de las actuales y vigentes democracias constitucionales, pues en estas democracias constitucionales actuales, no es cierto ni verdadero que el mero respeto de las formas y procedimientos democráticos sea suficiente para legitimar cualquier decisión sobre cualquier materia. En este sentido tampoco es verdadero que el poder del pueblo, o sea de la mayoría, sea la única y exclusiva fuente de legitimación de las decisiones: por último tampoco es cierto que este poder es ilimitado sino todo lo contrario. Este poder actualmente se encuentra jurídicamente limitado no solo por las mismas formas jurídicas sino también por los contenidos sustanciales que se encuentran en los respectivos cuerpos normativos. En definitiva, esto no es más que el viejo paradigma del *Estado de Derecho* el cual prohíbe todo tipo de concentración del poder, o mejor dicho prohíbe el poder absoluto. La pregunta que cabe aquí es la siguiente: *¿cuáles son estos límites que se encuentran en estos textos normativos?* Ferrajoli responde categóricamente que estos límites vienen dados por los derechos fundamentales y el principio de igualdad. Sin embargo, como habíamos señalado en (§ II. 1), esto vuelve a revivir la paradoja de la objeción democrática en el sentido que estas garantías –mal entendidas– encargadas a un único órgano que no goza de legitimidad democrática y que pretende resguardar los derechos fundamentales y el principio democrático, muchas veces puede transformarse simplemente en un límite al mismo principio democrático, a los derechos fundamentales y al principio de igualdad, proscribiendo todo debate sobre materias que merecen un debate público.

b. La segunda aporía a la que se refiere Ferrajoli, es la garantía de supervivencia de la democracia política misma. Pues, en ausencia de límites de carácter sustancial o sea, de límites a los propios contenidos de las decisiones legítimas, es muy difícil que una democracia pueda sobrevivir, como ya se había señalado y demostrado, siempre es posible a través de métodos democráticos (mayoría), se supriman los derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, etc. Respecto a esta idea que podría parecer una niñería que no tiene asidero en la realidad, cabe destacar que la experiencia histórica se ha encargado de demostrar, como ya se señaló en (sección I. 1) de este trabajo a propósito de los regímenes nacional socialista y fascista.

Ferrajoli, concluye su digresión en la materia señalado lo siguiente: *“para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría”*. Esta perspectiva se opone en aspectos de fondo a la tesis que ya hemos repasado y que señala que la democracia consistiría solo en un método, vale decir, reglas meramente de procedimiento que lo único que buscan es asegurar por medio de el sufragio universal y el principio de la mayoría, la representatividad popular de las decisiones.

Además refuta de forma teórica y empírica la definición de la democracia, como democracia meramente formal, y su capacidad explicativa del fenómeno político, democrático y constitucional.

3. El enfoque pluridimensional de Ferrajoli

Los que nos propone el autor, como de alguna forma ya se adelantó, es un redefinición desde una perspectiva jurídica del concepto de *democracia* en función de la cual el carácter representativo de un sistema político que a su vez es garantizado por el sufragio universal y por el principio de la mayoría, es solo un rasgo de la democracia. Según el autor este carácter solo da cuenta de la *dimensión política o formal* de la democracia. Estas normas lo que hacen es disciplinar las formas de las decisiones, y que por tanto las podemos llamar

normas formales sobre la producción. Esta dimensión de la democracia lo que intenta sustentar es la legitimidad democrática, de las decisiones, ya sea directa o indirectamente con procedimientos capaces de representar –solo en aspectos formales– la voluntad de la mayoría (Ferrajoli, 2008, pág. 80). Incluso en las democracias avanzadas que gozan de constituciones rígidas como la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, el respeto a las reglas sobre la forma de las decisiones, partiendo por las leyes, es suficiente además de necesario para garantizar la *validez formal*, pero no la *validez sustancial* que se contiene en las decisiones mismas. Para que una norma sea válida es necesaria la coherencia de la norma con las reglas y principios: a esto Ferrajoli lo llama *normas sustanciales sobre la producción*, dado que invisten los contenidos y por ella la sustancias de las decisiones. Estas normas sustanciales en la práctica constitucional suelen identificarse con los derechos fundamentales y el principio de igualdad, y son los vínculos y límites que efectivamente el legislador está obligado jurídicamente a respetar en la producción normativa. Esta idea de Ferrajoli, que es bastante sugestiva, se vincula a su vez con su concepción de los *derechos fundamentales*, pues si los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas –como los derechos de libertad– estos ciertamente imponen límites, vale decir, una prohibición de lesión concreta al ordenamiento jurídico cuya violación genera *antinomias*. Por su parte aquellos derechos que generan expectativas positivas –como los derechos sociales: salud o educación, etcétera–, o sea, los que imponen prestaciones al Estado en favor de los ciudadanos, en los casos de inobservancia o incumplimiento se producen lagunas. .

Para Ferrajoli, en estos dos casos los derechos fundamentales que se han establecido constitucionalmente son normas sustanciales sobre producción normativa (Ferrajoli, 2008, pág. 81). Esto por dos grandes argumentos:

- a. Basándose en una distinción teórica realizada por el mismo jurista, así distingue dos tipos de normas a saber: «normas técnicas» y «normas hipotéticas», las primeras ponen directamente los derechos que en ellas se

expresan, por ejemplo el derecho a la libertad de conciencia consagrado en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, no es más que el significado de la norma que enuncia tal derecho. En cambio las segundas predisponen ciertas situaciones y sus correlativas obligaciones, como efecto de los actos jurídicos previstos en la misma norma. Así, por ejemplo, un derecho de carácter patrimonial jamás es él mismo una norma sino que siempre es predispuesto por una norma, vale decir, hay un supuesto contemplado por la norma y la posterior consecuencia jurídica.

- b. Según Ferrajoli los derechos fundamentales son normas sustanciales, porque no solo disciplinan sino que también otorgan la sustancia de las normas producidas quedando condicionada su validez a la coherencia de las expectativas expresadas en las propias normas.

Para Ferrajoli el conjunto de normas sustanciales determina y circunscribe lo que se ha denominado *la esfera de lo indecible*; la que a su vez es determinada por el conjunto de derechos de autonomía y libertad que frenan a los intereses que pudieran lesionarlos. A su vez también es determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, cargas dirigidas a satisfacer estos derechos. De forma residual, para el autor todo aquello que está fuera de esa esfera sería la *esfera de lo decidible*, dentro de la cual es legítimo ejercer ciertos derechos como: los derechos de autonomía política, siempre a través de la representación, por lo menos en lo que respecta a las decisiones públicas; los de autonomía privada, según las reglas del mercado, etc.

Para finalizar Ferrajoli, caracteriza su modelo como tetra-dimensional de democracia, vale decir, articulado por cuatro tipos derechos: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad, y los derechos sociales. Los dos primeros, que son los que ha denominado “formales”, sirven para fundar la legitimidad de la forma de las decisiones en la esfera política y económica de la propia democracia. Los dos segundos, referidos como “sustanciales”, sirven para fundar la legitimidad sustancial de la propia democracia.

Por ultimo para terminar con el excursus de Ferrajoli, nos termina señalando

una cuestión que considero relevante de destacar, de las cuatro dimensiones que conformaría lo que se puede llamar ahora *democracia constitucional*, aquella es imprescindible, es decir necesaria para que las otras subsistan es la *dimensión política*. Sin aquella el proyecto de vida de las otras dimensiones –la civil, la liberal, y la social– de la democracia, ya que sin esta es imposible hablar de democracia.

4. La concepción de Habermas

Las ideas de Habermas sobre la materia las he tomado de un conocido diálogo que sostuvo el filósofo alemán con el teólogo Joseph Ratzinger, antes de que éste último asumiera como Sumo Pontífice. En este dialogo los autores, discurren y argumentan sobre los principios que fundamentan y sostienen al orden social y pacífico, lo que es equivalente hoy en día –no de forma homogénea –a una *democracia constitucional*.

El autor nos señala, al iniciar su discurso, que el *liberalismo político* se entiende como una justificación no religiosa de posmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático. Esta forma de pensamiento se sitúa dentro de las tradiciones de enseñanza del derecho de corte racionalista, que ha dimitido de las enseñanzas clásicas del derecho natural de tinte religioso anclada fuertemente en suposiciones cosmológicas o relativas al relato de la salvación (Habermas, 2008, pág. 12). Según Habermas la tarea principal de los filósofos en este punto consistiría o se debería enfocar en lo siguiente⁸:

- *Por qué el proceso democrático se considera un procedimiento legítimo de establecimiento jurídico si, en la medida en que este proceso garantiza condiciones para la construcción inclusiva y discursiva de la opinión y la voluntad, funda la sospecha sobre la aceptabilidad racional de sus resultados*⁹.

⁸ (Habermas, 2008, pág. 13).

⁹ La sospecha del autor tiene coincidencia con el reparo teórico al que me referí en la sección (§ II. 1.), en el sentido de que los ámbitos de decisión de los ciudadanos a poderes de *facto* estarían lejos de del ideal democrático de la propia democracia constitucional.

- *Por qué en el proceso constitucional, democracia y derechos humanos se entrecruzan en sus principios básicos: la institucionalización jurídica del proceso de establecimiento democrático exige garantizar derechos fundamentales tanto liberales como políticos.*

Para Habermas, el punto de referencia de esta forma de justificar el constitucionalismo democrático consiste en la propia *Constitución* que se otorgan los ciudadanos asociados –porque lo necesitan– y la no domesticación de un poder estatal preexistente ya que tal poder debería construirse en base de un establecimiento democrático de una Constitución. Así –para Habermas– un poder estatal no constituido, vale decir, que no ha sido domesticado constitucionalmente, está completamente justificado en lo jurídico, por lo tanto, no queda ningún aspecto del poder político que no esté traspasado por *lo el derecho*.

Ilustrativo resulta el hecho de que mientras el positivismo jurídico de la doctrina alemana del derecho público desde Jellinek hasta Carl Schmitt –que hunde sus raíces en el Imperio Alemán– habían dejado un cierta sustancia ética que no era traspasada por el derecho en lo relativo al Estado y *lo político*. No existe en el Estado constitucional de la actualidad ningún sujeto que detente el poder del cual se alimenta o legitima algún tipo de *sustancia ética* prejurídica. No queda por tanto ningún espacio de soberanía preconstitucional que debería rellenarse a través de la soberanía popular sustancial.

Se ha entendido que un orden constitucional completamente positivizado y constitucionalizado no necesita de la religión o de alguna otra fuente de *poder sustentado* para garantizar desde un aspecto cognitivo los principios morales que lo legitiman. Sin embargo, la pretensión de validez del propio derecho dependería de una u otra manera de su anclaje en las creencias éticas prepolíticas de comunidades religiosas o nacionales, pues el propio ordenamiento jurídico no puede legitimarse a sí mismo partiendo sólo de procedimientos jurídicos generados democráticamente.

5. La esfera de lo indecible y el coto vedado

La expresión “esfera de lo indecible”, se puede definir como un conjunto de principios que en un régimen democrático, están despojados de la voluntad de las mayorías. Esta expresión encuentra su símil –con algunas diferencias– con la expresión acuñada por Garzón Valdés, llamada el “el coto vedado”, quien ha sostenido que existe “una vinculación conceptual entre democracia representativa y “coto vedado”. Así señala: “está vinculación es válida si se acepta que la democracia representativa no significa el dominio de la mayoría, sino la vigencia del principio de la mayoría, dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de autodeterminación individual” (Garzón Valdés, 1989, pág. 209). ¿Cuáles serían estos derechos incluidos dentro del coto vedado? Según Garzón Valdés, estos derechos son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, lo que quiere decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida en sociedad. El autor afirma que estos derechos que configuran el coto vedado están incluidos en casi todas las constituciones democráticas y no son otros que los derechos fundamentales.

Entonces, los derechos fundamentales, sin aproximarme a una definición teórica, serían en lenguaje de Habermas, aquellos que efectivamente garantizan la estabilidad y viabilidad de una democracia. Se puede hacer al parangón con las ideas de Habermas, cuando habla de los fundamentos prepolíticos del Estado de Derecho, pues, estos fundamentos prepolíticos, también serían los derechos fundamentales, aun cuando no lo señale explícitamente.

Ahora una cuestión problemática es determinar quien introduce este coto vedado o estos derechos fundamentales, y la cuestión Garzón Valdés la responde así: “Quien introduce este catálogo de derechos en el “coto vedado es” suele ser la asamblea constituyente, el primer legislador, si es que está interesado en el establecimiento de una democracia representativa. En el caso chileno esta cuestión se vuelve problemática porque la Constitución de 1980, el primer legislador fue el gobierno militar y su junta de gobierno.

§ IV. ¿CUÁL ES EL ROL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA?

1. *La polémica Kelsen/Schmitt*

La pregunta con la que he comenzado esta sección evoca algunas viejas discusiones de la teoría del derecho, como el debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, respecto al modo en que ha de entenderse el Estado, la Constitución y por supuesto el propio derecho. Lo cierto es que el debate respecto al rol de la justicia constitucional toma toda su forma expresa en dos ensayos y transcurre en el final del periodo de la constitución de Weimar (1929-1933). En lo que es relativo a esta disputa el eje central del debate, en donde gravita toda la discusión radica en el órgano o institución, a que debe atribuirse la facultad y el deber de resguardar la constitución.

En este sentido Kelsen y Schmitt coinciden en la necesidad y conveniencia de reconocer una figura de defensor o garante de la Constitución, con la particularidad de que cada uno lo condiciona su propia concepción de Estado y Constitución, de forma que siempre media una relación directa entre defensa de la Constitución y la defensa de la misma. Así para Kelsen, el garante de la Constitución debe ser un órgano *ad hoc*, que el teórico lo piensa como un tribunal especialmente concebido al efecto y dotado de esta sola atribución –el Tribunal Constitucional–. Para Schmitt tan gravoso cometido recae en la figura, del Jefe de Estado. Llevando a sus últimas consecuencias sus argumentos, las discrepancias entre los autores son más profundas, ya que para Kelsen el Estado es el derecho y la Constitución desde una perspectiva abstracta se define como una norma jurídica axiológicamente pura desprovista de cualquier componente estrictamente normativo. En cambio para Schmitt la Constitución convienen principios diferentes que no son estrictamente jurídicos: representación e identidad (Lombardi, 2009, pág. XI).

Como ya se ha señalado la posición de cada uno de los autores se entremezcla con su propia concepción del Estado y el derecho, es por ello que para fines explicativos hay que tenerlas en consideración. Así la posición de

Schmitt debe ser explicada tanto en relación con su particular idea de Constitución, como atendiendo a la concreta situación histórica de Alemania durante la República de Weimar, y a sus vínculos con los supuestos que caracterizan su gestación. Por contrapartida lo que pretende Kelsen resulta diferente en el sentido que se pretende hacer una abstracción de cualquier concepto histórico y concreto de Constitución y se cataloga en un mecanismo de garantías que se encuentra relacionado a un precedente cuyas raíces a instituciones que se encuentran fuera de lo que es el constitucionalismo moderno. En efecto, paradójicamente se encuentra más emparentada con el ordenamiento jurídico y político del Antiguo Régimen que el cual su precedente teórico más claro es el *pouvoir d'intérimation* del Tribunal Supremo del Imperio (en los Parlamentos del Antiguo Régimen, se podían bloquear la entrada en vigor de cualquier acto soberano, sobre todo donde reinaba un rey absoluto). Por lo tanto la propuesta de Kelsen, después de la segunda Guerra Mundial, para la Austria, no significaba una ruptura con la concepción de Constitución precedente del Antiguo Régimen, ni tampoco una ruptura radical con las garantías (aun cuando fueran escasas) y su destino. Sin embargo, la situación de la Constitución en la República de Weimar era completamente diferente. Pues a 1919 todo el edificio constitucional había sido construido a partir de un complejo equilibrio de poderes, tanto en el plano institucional como en lo equilibrios políticos que se proyectaban en las propias relaciones de carácter constitucional y en el mismo plano ideológico. Cabe señalar que en la Constitución de Weimar nada se decía sobre el control ordinario de constitucionalidad de las leyes, el cual según el texto no aparecía explícitamente como competencia *Staatsgerichtshof*, que eran los tribunales del Estado del *Reich*. Ni tampoco, en principio, en las del Tribunal Supremo, de manera que nada había previsto en el texto respecto al modo en que debían garantizar el respeto por el legislador ordinario de los preceptos constitucionales.

Además de todo lo anterior, en la Constitución de Weimar, siguiendo las propuestas de Max Weber, la figura del Jefe de Estado elegido de forma directa por el pueblo, se había potenciado hasta el punto de ser reconocida como institución suprema encargada de asegurar el mantenimiento del Estado y su

vitalidad existencial, para ello contemplaba como un momento excepcional en las relaciones de poder durante situaciones de crisis. Lo que se asemeja a los estados de excepción constitucional en nuestra Constitución. Así, mientras en el caso austriaco el asunto de la justicia constitucional había quedado resuelto por la expresa atribución de competencias al efecto otorgaba la Constitución republicana de 1920 al Tribunal Constitucional. En Alemania el problema llegó a alcanzar ribetes trascendentes cuando el Tribunal Supremo de Justicia del Reich empezó a desautorizar normas de rango legal dispuestas por el parlamento que el Tribunal considero inconstitucionales (Lombardi, 2009, pág. XXIX).

Con lo anterior quedaba en evidencia las profundas contradicciones en que incurría el texto de Weimar que se situaba en el hecho de haber limitado las competencias del *Staatsgerichtshof* a materias relacionadas con la distribución territorial del poder y a la vez silenciar cualquier referencia a las posibles violaciones de la legislación ordinaria a la Constitución por parte del legislador.

En la propuesta austriaca el control “concentrado” de la constitucionalidad era en realidad un modelo de auténtica jurisdicción, un mecanismo nuevo y original para aquellos tiempos. En tanto que la competencia que asumía el Tribunal Supremo del *Reich* Alemán, se inscribía todavía en un control “difuso” de constitucionalidad. Aun cuando una situación similar ya se había dado hace más de cien años en Estado Unidos, con el caso *Marbury vs. Madison*, que marcaba el inicio del *Judicial Review*.

Lo que Schmitt cuestiona es en palabras de Lombardi: “*es la propia categoría de justicia constitucional como remedio de defensa existencial de la Constitución, y sitúa está en un pouvoir neutre atribuido al Reichspräsident como Jefe de Estado*” (Lombardi, 2009, pág. XXXIX). Aun cuando la tesis de Schmitt en principio parece sencilla: no es posible garantizar el cumplimiento de la Constitución y, al mismo tiempo asegurar la certeza jurídica y su práctica –como señal Lombardi– “*Para Schmitt, no cabe resolver el hipotético conflicto entre ley y Constitución a fuerza de subsumir una norma en otra, ya que un abismo separa la operación lógica de subsumir el hecho en la norma, de la función de precisar la*

compatibilidad lógica de la ley con la Constitución". Vale decir, la determinación de la compatibilidad lógica entre dos normas de derecho, nada tiene que ver con la aplicación de la propia ley al supuesto concreto de hecho, es decir, con su individualización en la realidad de los hechos.

En definitiva, son dos los elementos que animan las dudas de Schmitt, el primero, la libertad con que se construye la norma que opera en la aplicación ordinaria del derecho y, la arbitrariedad con que el juzgador efectúa la interpretación del contenido de la norma constitucional en la que la norma ordinaria en definitiva debe ser subsumida. Estas dos dudas a juicio de Schmitt dan lugar a dos arbitrios y estos en definitiva a la discrecionalidad del juez, las que nunca pueden dar vida a ningún derecho aplicable sino solo a un hecho jurídico. En segundo lugar para Schmitt, la deducción gradual de las fuentes del derecho, aun en el caso de que las normas fueran claras y univocas y estuvieran poseídas de una claridad incontrovertible como la postura de Kelsen pretende. No resolvería nada, pues esa deducción no es más que un espejismo de norma y resulta incompatible con la premisa sobre las que se asientan el Estado y el derecho.

Pues bien, así las cosas *"no hay derecho puro al margen de la política, y menos cuando en la Constitución se albergan preceptos de contenido ambiguo como los que hacen referencia a los derechos y libertades"* (Lombardi, 2009, pág. XL). Siguiendo con el arbitrio de la decisión, la tesis del autor llega hasta las últimas consecuencias escondiendo una suerte de paradoja, una especie de sofisma oculto en el sentido que admite la existencia de un elemento de duda en el plano de aplicación del derecho que constituye la raíz de su pensamiento decisionista.

En suma, para Schmitt cuando un operador jurídico aspira a actuar con libertad de arbitrio para determinar el contenido existencial de una Constitución y defender su esencia ante una amenaza cierta, se impone decidir previamente quién debe ser esa institución llamada a actuar como defensor de la Constitución. La conclusión a que llega para en el caso de la República de Weimar, es indudablemente el Jefe de Estado, es decir el presidente de Reich. Pues, su

nombramiento se funda en el sufragio popular con independencia de los partidos políticos y deriva del carácter directo de su elección. Respecto a lo anterior el propio Kelsen es consiente, pues su tesis descansa en la premisa de neutralizar y despolitizar el derecho y por aquello su postura es incisiva: *“no cabe interpretación del derecho allí dónde no existes norma jurídica desprovista de ambigüedad política”* (Lombardi, 2009, pág. XL). Es decir, no hay valoración de carácter política que quepa en la norma jurídica.

2. El Tribunal Constitucional chileno

Después de ver en el número anterior de esta sección las complejidades teóricas y prácticas que tiene el organismo llamado a defender la Constitución de sus posibles violaciones. En particular se verán algunas normas de diferentes cuerpos normativos que dan algunas evidencias de la conexión que existe entre democracia, estado de derecho, y justicia constitucional.

La Carta Democrática Interamericana de la OEA, en su artículo 2° señala que: *“el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”*. Sigue en su artículo 3°: *“son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”*. El artículo 7° del mismo cuerpo normativo formula: *“la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e independiente consagrada en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”*.

Estás normas ilustran el lazo que antes se he señalado entre democracia y estado de derecho; la relación se produce en el sentido de que sin democracia se

vuelve imposible hablar de estado de derecho y viceversa. Así, el objetivo fundamental del estado de derecho, es limitar el poder del soberano, y su herramienta fundamental para ello es la ley. Sin embargo, una cuestión que a veces se omite y me parece igual de relevante, que lo que hace el estado de derecho, respecto a la democracia es institucionalizar jurídica y políticamente la democracia.

Respecto a esto existen determinados diseños en donde la objeción contramayoritaria, de la que he hablado antes, se hace más manifiesta que en otros, y uno de los factores que contribuye a acrecentar los problemas de legitimidad de la jurisdicción constitucional son justamente, las atribuciones que se le conceden al Tribunal Constitucional. Digo esto porque a mayores atribuciones, mayores son las posibilidades de que ésta entre en conflicto con el legislador.

En lo que concierne al tribunal constitucional chileno hay acuerdo en que éste posee un “vigoroso poder de control de constitucionalidad”. Por lo mismo, desde el punto de vista del respeto a la regla de la mayoría, hay que tomar con mesura la idea de dotarle con nuevas atribuciones, o incluso, interpretar extensivamente las que ya tiene (Gómez Bernal, 2005, pág. 665).

Una de las cuestiones que me parece más preocupante dentro de las diferentes funciones que realiza el Tribunal Constitucional chileno es el efecto que producen las sentencias del tribunal constitucional cuando éste ejerce el control preventivo, en virtud de las atribuciones consagradas en los artículos 93 N° 1 y 93 N° 3 de la Constitución. Me refiero a aquel efecto, que se ha denominado “*sello de constitucionalidad*”¹⁰, se encuentra instaurado en los artículos 51 inciso 2° y 71 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y, *grosso modo*, consiste en que una vez pronunciado que el tribunal constitucional en el ejercicio del control preventivo, de un precepto legal que es declarado constitucional, no podrá volver a ser discutida la constitucionalidad de ese precepto con carácter en un control represivo a posteriori. Esto me parece preocupante por el hecho de que en

¹⁰ (Verdugo, 2009, pág. 60).

muchas ocasiones el Tribunal Constitucional chileno no es lo suficientemente riguroso para ejercer este control preventivo, no justifica mayormente sus sentencias y declara sin mayores reparos ciertos preceptos como constitucionales, dejando vedada cualquier posible discusión posterior (Paredes, 2011, pág. 170). Una agravante de esta falta de prolijidad a la hora de realizar este control preventivo de constitucionalidad, es que las normas cuando se evalúan en abstracto pueden ser perfectamente constitucionales, pero aplicadas a casos concretos pueden resultar inconstitucionales (Guastini, 2001, pág. 154).

§ V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LA DEMOCRACIA

Son escasas las ocasiones en las que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se refiere directamente al principio democrático o da alguna definición teórica de lo que entiende es magistratura por democracia constitucional. Sin embargo, las veces que lo ha hecho han sido la prueba más contundente de que los preceptos constitucionales están sometidos a cambios tanto en el criterio de los ministros como sus concepciones respecto a este principio democrático.

En efecto se ha transitado de una defensa de lo que se conocía en la doctrina como “democracia militante” basada en una ética o tiranía de los valores a un verdadero “pluralismo político” que reconoce y entiende la cláusula de como un recurso de *último ratio* y que se solo se encuentra apto para operar cuando se ha atentado contra ese coto vedado, que es la garantía de existencia de la propia democracia.

1. El primer periodo: el viejo artículo 8 de la Constitución Política de 1980

Bajo el texto primitivo de la Constitución Política de 1980, solo en dos ocasiones se aplicó el primitivo artículo 8° de la Constitución. El cual en lo pertinente señalaba lo siguiente:

“Todo acto de personas o grupos destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de

clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores”. Este tipo de cláusulas es en definitiva como dice Zuñiga: “un arma del arsenal de la justicia política y de la defensa extraordinaria de la Constitución, para sancionar personas y organizaciones o movimientos de minorías, arma oxidada y relativamente inútil o de utilería, pero que designa esa grave patología de una democracia constitucional anclada en una profesión de fe en un sistema material de valores, que pretende defenderse de sus minorías transformándolas en enemigos, imponiendo en un sentido schmittiano la lógica de la pura política (política-fuerza)”.

La sentencia emblemática sobre esta materia es la Rol N° 21/1984 de 31 de enero de 1985. La que se pronunció sobre un requerimiento formulado en contra de las organizaciones denominadas "Movimiento Democrático Popular (MDP)", Partido Comunista de Chile, Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y Partido Socialista de Chile (fracción que encabezaba el señor Clodomiro Almeyda), para que se declarará su inconstitucionalidad, en conformidad al primitivo artículo 8° de la Constitución Política de la República, antes transcrito.

La reseñada sentencia en su parte considerativa expone lo siguiente algunas referencias importantes a lo que consideran por democracia, pluralismo político y sus límites:

"Que el inciso 1° del artículo 8° de la Constitución reconoce como fuente inmediata en nuestro ordenamiento positivo el artículo 11, inciso 2°, del Acta Constitucional N° 3, de 1976. El estudio de las actas de las sesiones celebradas por la Comisión que elaboró tanto el anteproyecto del acta mencionada como de la actual Carta Fundamental revela que dichos preceptos fueron incorporados en nuestro ordenamiento constitucional como instrumento de defensa del régimen

democrático. Se sostiene que un pluralismo ideológico irrestricto, que aceptara la propagación de determinadas doctrinas que atentaren contra los valores fundamentales en que se inspira la nueva institucionalidad, posibilitaría la destrucción del régimen democrático que se instaure (...);

En esta parte de la sentencia queda claro el criterio hermenéutico utilizado por los sentenciadores de esa época que no es otro que el criterio originalista, recurriendo a las Actas de la Comisión, cuestión que resulta del todo reprochable si se toma en consideración la doctrina más autorizada sobre la interpretación constitucional (Bassa Mercado, 2011, pág. 22) .

(...) la razón de ser de la norma es la misma en uno y otro caso: defender la democracia frente a la propagación de doctrinas que por su contenido constituyen la negación de ella y llevan ínsito el germen que conduce a su destrucción;

Según lo que he revisado anteriormente, si debe existir un *coto vedado* o en términos de Ferrajoli, *esfera de lo indecible*. Es por ello, que la norma sigue existiendo claro está con importantes modificaciones, y esto encuentra la justificación en el hecho de la protección de las minorías en contra de las mayorías. Sin embargo, los sentenciadores, trabajan sobre un supuesto que no justifican y que hace que se desmorone toda su construcción. Ya que hablan de defender la democracia pero no definen cuales son las condiciones mínimas para que una democracia pueda existir. Sin embargo paradójicamente, si es capaz de definir los aspectos fundamentales de un régimen totalitario:

“los elementos fundamentales de un régimen totalitario son los siguientes: el aniquilamiento de la persona individual y la exaltación del Estado. Se propone un Estado absoluto, en el cual el ser individual no sólo carece de identidad, sino incluso de voluntad. Se politiza toda manifestación de la vida humana, organizando y planificando las relaciones entre los hombres. De esta manera se suprimen las libertades políticas, se interviene completamente la actividad económica, y se procura la homogenización intelectual y cultural de los ciudadanos. Se estatizan las comunicaciones sociales y se controla de un modo absoluto toda forma de unión o asociación, incluso las de índole no políticas. La

economía es rigurosamente planificada. La educación, la difusión cultural y la recreación quedan en manos estatales, a fin de alcanzar por la fuerza la común medida para el pensamiento y para la acción. Se emplea el terror para impedir toda expresión opositora o disidente. Y, en fin, el totalitarismo implica también la imposibilidad de cambiar el sistema, esto es, su irreversibilidad. En abono de estas afirmaciones el requerimiento cita las siguientes obras: Denis de Rougemont, "Pensar con las Manos", Toledo, 1967; Arnold Brecht, "Teoría Política, Barcelona, 1963; Carl J. Friedrich, "Introducción a la Teoría Política", México, 1969; Walter Theimer, "Historia de la Ideas Políticas", Barcelona, 1969; Alfred G. Meyer, "The Soviet Political System", Nueva York, 1965, y Paolo Biscaretti di Rufia, "Derecho Constitucional", Madrid, 1975;

Por último según razones que no analizare en profundidad, ya que no son el objeto específico de esta tesina termina por declarar la inconstitucionalidad del "Movimiento Democrático Popular (MDP)", de la organización denominada "Partido Comunista de Chile", del "Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR)" y de la organización denominada "Partido Socialista de Chile (fracción que encabeza Clodomiro Almeyda).

ACORDADA con el voto en contra de los Ministros señores Eyzaguirre, Valenzuela y Philippi, en cuanto se declara la inconstitucionalidad de la organización denominada Partido Comunista de Chile, del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y de la organización denominada Partido Socialista de Chile (fracción que encabeza Clodomiro Almeyda).

Cabe concluir, que en este periodo el máximo intérprete de la Constitución ha seguido criterios originalistas para estimar el alcance y sentido de la norma sin embargo, no entra en la cuestión de referirse explícitamente sobre el principio democrático y los fundamentos de la democracia constitucional.

2. El segundo periodo: La cláusula de protección de la democracia constitucional del inciso sexto del N° 15 del artículo 19

Mi perspectiva sobre la materia coincidente con la doctrina jurisprudencial asentada en la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 567/2006, de 2 de junio de 2010, y también con parte de la doctrina nacional¹¹, pues la cláusula del N° 15 del artículo 19 de la Constitución, incorporada por la reforma constitucional de 1989, es un mandato de protección de la democracia constitucional y que se fundamenta en palabras de Zuñiga: *“en el pluralismo político e ideológico, y en el sistema de derechos fundamentales, en particular derechos políticos, integrados a la decisión iusfundamental acerca de la forma de Estado: la república democrática, aleja la posibilidad de encuadrar esta cláusula en la denominada “democracia militante”. Con ello también se aleja la formación un “derecho constitucional del enemigo” Por ende, se trata de un arma de “justicia política”, pero racionalizada con estándares mínimos acerca de la definición del ilícito y el enjuiciamiento, que el propio Tribunal designa; arma en desuso y que integra el arsenal de la defensa extraordinaria de la Constitución”*.

A continuación se transcribirán los considerandos más relevantes sobre la materia y que se relacionan directamente con la tesis que he pretendido defender:

“DECIMOCTAVO. (...) es posible sostener que, a partir de la reforma constitucional de 1989, se establece un modelo radicalmente distinto al previsto de conformidad al derogado artículo 8º de la Constitución. El actual artículo 19 N° 15º, inciso sexto, no consagra una excusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor;

DECIMONOVENO. Que la reforma constitucional de 1989 implicó un cambio sustancial en la forma de resguardar la Constitución, dejando atrás la “democracia protegida” y estableciendo un sistema de resguardo de menor intensidad que el empleado por los países donde impera la denominada “democracia militante”, surgida luego de la 2ª Guerra Mundial en algunos países europeos como reacción al nazismo y al fascismo.

Nuestra Carta Fundamental contempla para asegurar su vigencia efectiva, entre

¹¹ (Zuñiga, 2012, pág. 20)

otras herramientas, la primacía normativa de sus preceptos, la división de poderes, los estados de excepción, el deber de los órganos constitucionales de garantizar el orden institucional junto con la probidad y fidelidad de los funcionarios públicos, la existencia del Tribunal Constitucional con facultades para hacer valer los principios de la Constitución y el ilícito especial contemplado en el artículo 19 N° 15º, analizado en autos. Esta opción del constituyente es coherente con el respeto del pluralismo. La afirmación de Ignacio de Otto Pardo referida a la Constitución española se aplica igualmente a la chilena en el sentido de que aquélla “no contiene un principio constitucional con valor normativo autónomo o, lo que es lo mismo, una decisión subyacente con relevancia jurídica propia en la que el constituyente configure nuestra democracia como una ‘democracia militante’(…) principio constitucional que tendría relevancia en la interpretación de toda la Constitución y, por tanto, del ordenamiento jurídico en su conjunto”, a lo que agrega que “la tesis de la democracia militante sólo puede tener fundamento en una teoría de la democracia vinculada a valores, no en una teoría relativista, valorativamente neutral. Y esto quiere decir que la fijación misma de los elementos del orden constitucional democrático por el que se declara la militancia plantea la extrema dificultad de tener que determinar qué valores han de considerarse protegidos y con qué contenido.”. (DE OTTO PARDO, IGNACIO. Defensa de la Constitución y Partidos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 21 y 39). Interpretación constitucional en un Estado democrático y pluralista.

VIGÉSIMO. *Que, al interpretar el sentido del ilícito constitucional del artículo 19 N° 15º, el Tribunal debe tener en cuenta que la Constitución no contempla un principio general de carácter autónomo en su propia defensa, por lo cual, como señala De Otto refiriéndose al caso español, “las exigencias del Estado de derecho obligan en el caso concreto de los partidos políticos a que la exclusión de los anticonstitucionales se rodee de unas especialísimas garantías precisamente en virtud de la función que se les atribuye en el sistema constitucional.”. (DE OTTO PARDO, IGNACIO. Defensa de la Constitución y Partidos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, op. cit., p.49);*

VIGESIMOPRIMERO. *Que el inciso sexto del artículo 19 N° 15° de la Constitución debe interpretarse en concordancia con el derecho de asociación y el pluralismo político que ese mismo artículo garantiza. Ello ha de entenderse, además, en coherencia con las Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 4° señala que “Chile es una república democrática”, en el entendido que admite como legítimos los diversos intereses, ideas y opiniones, y establece reglas para dirimir pacíficamente los conflictos y las controversias;*

VIGESIMOSEGUNDO. *Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que “la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento”. (STEIN, E., Derecho Político, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 150). En la democracia pluralista siempre habrá una tensión entre consenso y disenso. Ambos elementos deben encontrar un equilibrio adecuado en la “concordia discors”, de tal manera que se permita la inclusión del otro respetando su diversidad.*

Se da forma así al concepto de poliarquía que según Robert Dahl (Democracy and its critics, 1989) apunta a un sistema en que el poder se encuentra distribuido entre varias instituciones y grupos. Es una materialización del pluralismo.

El derecho de asociación permite que el pluralismo se pueda expresar, al garantizar que los individuos puedan unir sus voluntades para perseguir fines comunes, sin permiso previo;

VIGESIMOTERCERO. *Que, consecuente con lo anterior, en una democracia*

todas las ideas deben ser respetadas, aun las que parecen más adversas a la autoridad. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que “la Constitución protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 4). Distintos son los casos en que no se trata simplemente de la difusión de ideas sino de la realización de actividades contrarias a la Constitución y a las leyes, especialmente cuando se hace en forma organizada;

El sistema de partidos está, a su vez, influenciado por el régimen electoral. Por eso existe una tendencia creciente a establecer en la Constitución normas que regulen la formación y el accionar de los partidos y, en ciertos casos extremos, contemplar su disolución como sanción (D. ZOVATTO. Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, y Reforma de los Partidos Políticos, PNUD, Santiago, 2008);

III. Análisis de la facultad contenida en el artículo 93, inciso primero, N° 10° de la constitución.

CUADRAGESIMOSEXTO. *Que la facultad del Tribunal Constitucional, contemplada en los artículos 19 N° 15° y 93, inciso primero, N° 10° de la Constitución, constituye una forma especial de justicia constitucional que algunos autores llaman contencioso-sancionatoria. Ella no tiene por finalidad una evaluación de la coherencia de las normas del ordenamiento jurídico con la Constitución, sea en abstracto o sea en relación a la resolución de un juicio en particular, sino la apreciación de los hechos materia del requerimiento para resolver si ellos constituyen o no un ilícito constitucional referido a las organizaciones políticas (ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. Elementos de Jurisdicción Constitucional, T. II, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, p. 227);*

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. *Que la atribución contemplada en el numeral décimo del artículo 93 de la Constitución exige efectuar un juicio de reproche. La facultad en análisis sólo puede ser ejercida mediando requerimiento de parte, para lo cual existe acción popular; no le está permitido a este Tribunal actuar de oficio. En la especie, debe resolverse la inconstitucionalidad de la organización política o*

movimiento Patria Nueva Sociedad a la luz de los hechos alegados en esta causa, determinando en qué medida éstos son subsumibles en las hipótesis de inconstitucionalidad señaladas por el artículo 19 N° 15° de la Constitución. Para ello, el Tribunal debe analizar en conciencia la prueba rendida tanto por la parte requirente como por la requerida;

CUADRAGESIMOCTAVO. *Que, por otra parte, al ejercer la jurisdicción contencioso-sancionatoria, corresponde a este Tribunal presumir que toda forma de organización política se ajusta a la Constitución, lo cual es expresión del derecho de asociación sin permiso previo. Tal presunción debe ser derribada por la parte requirente mediante la rendición de pruebas suficientes para que el Tribunal adquiera convicción más allá de toda duda razonable. Este estándar es un criterio básico de racionalidad de la decisión en un procedimiento de reproche;*

CUADRAGESIMONOVENO. *Que la declaración de inconstitucionalidad de un partido político, movimiento u otra organización debe efectuarse respetando las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 19 N° 3° de la Constitución. Al respecto, Juan Colombo ha señalado que “[t]odo procedimiento, para que sea debido, debe necesariamente otorgar a los sujetos involucrados el derecho a probar los hechos fundantes de sus pretensiones y contrapretensiones, y al tribunal le corresponde valorarla. (...)El juez constitucional debe partir de una verdad material que puede exigir una mayor o menor prueba, pero que necesariamente debe quedar plenamente demostrada en el proceso, ya que sólo a los hechos probados se les aplicará la Constitución como norma decisoria litis, para la decisión del conflicto. Actualmente, se considera la prueba como una carga procesal, lo que significa que si no se rinde, precluye la oportunidad. (COLOMBO CAMPBELL, JUAN. El debido proceso. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 32 (año 2006), Santiago, 2006, p. 105;*

QUINCUAGÉSIMO. *Que, como ha sostenido este Tribunal Constitucional, “[e]n la apreciación de los hechos en conciencia, como prescribe la Constitución, el juez debe ser particularmente estricto para resolver si en la especie concurren o no los elementos que configuran el ilícito constitucional, a fin de no vulnerar ni los valores*

que inspiran la Constitución, ni el espíritu y razón de ser de su artículo 8°. Y éste es un imperativo que no sólo impone la Constitución misma sino también la prudencia, virtud fundamental de la equidad, conforme a la cual deben resolver sobre los hechos quienes están llamados a apreciarlos en conciencia.” (C. 11°, Sentencia Rol N° 46, voto de minoría);

QUINCUAGESIMOPRIMERO. *Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que toda restricción de la libertad de asociación supone una interpretación estricta según el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual deja a las autoridades nacionales un margen reducido de decisión. La declaración de una organización política como inconstitucional sólo podría tener lugar en los casos más graves, como última ratio, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución;*

IV. Elementos que debe considerar el Tribunal Constitucional en el juicio por inconstitucionalidad de una organización política.

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. *Que, para declarar la inconstitucionalidad de un movimiento, partido u otra forma de organización política, de conformidad al artículo 93 N° 10° de la Constitución, es preciso que la parte requirente en el proceso acredite los hechos imputados y la responsabilidad de la organización política denominada Patria Nueva Sociedad a la luz de los elementos del ilícito constitucional invocado;*

QUINCUAGESIMOTERCERO. *Que, para dilucidar si se cumple tal requisito y antes de entrar a ponderar la prueba rendida en autos, se estima necesario referirse a los elementos del ilícito constitucional del artículo 19 N° 15° inciso sexto, de la Constitución.*

Al hacerlo distinguiremos entre el elemento subjetivo, es decir, quiénes pueden ser sancionados por la norma; el elemento objetivo, relacionado con los hechos que el Tribunal debe evaluar, y el elemento material, constituido por las características que deben revestir los objetivos, actos o conductas de una organización para hacerla merecedora de una sanción de inconstitucionalidad que acarrea su

disolución y eventuales sanciones para sus dirigentes. El Tribunal debe verificar que estos tres elementos concurren copulativamente, empleando un criterio restrictivo como corresponde en un juicio de carácter excepcional;

QUINCUAGESIMOCUARTO. *Que idéntico criterio restrictivo ha sido usado por este Tribunal en otros juicios de imputación de responsabilidad. Así, en el Rol N° 970-2007, sentencia pronunciada con ocasión de la atribución consagrada en el artículo 93, inciso primero, N° 14° de la Constitución, se señaló que “(...) es necesario tener presente lo razonado por este Tribunal en el considerando décimo de la sentencia recaída en el proceso Rol N° 190, dictada con fecha 7 de diciembre de 1994, en orden a que “las prohibiciones parlamentarias son, pues, limitaciones de derecho público que afectan la elección de diputados y senadores y el ejercicio de los cargos parlamentarios, cuyas infracciones aparejan sanciones como la nulidad de la elección, la cesación en el cargo de congresal y la nulidad del nombramiento, según los casos. Por ello, la aplicación de estas normas prohibitivas debe dirigirse solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución, toda vez que se trata de preceptos de derecho estricto, y no puede hacerse extensiva a otros, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de la interpretación restrictiva de los preceptos de excepción” (C. 10);*

SEXAGESIMOTERCERO. *Que cabe señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizando los reclamos en contra de Turquía a que hemos hecho referencia en esta sentencia, a la luz del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha sostenido: que no basta el nombre del partido o movimiento para motivar la sanción de disolución (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 54, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 40); que igual razonamiento vale respecto de la ideología o doctrina de un partido (Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 100); que sí resulta pertinente el análisis de su programa y de sus estatutos, siempre que no se tomen en forma aislada y sean corroborados por otros elementos relativos al accionar de la organización (Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 101); que suele ocurrir que los verdaderos*

propósitos de una organización no se revelen en sus documentos oficiales y que el accionar de un partido o movimiento desmienta lo que ellos señalan; que para precisar los reales objetivos de una organización habría que analizar conjuntamente tanto sus documentos oficiales como sus actuaciones y tomas de posición (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 58). Sólo así se podría concluir, según dicho Tribunal, si un partido, movimiento u organización procura un tipo de sociedad contrario a la democracia (Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 104);

SEXAGESIMOCTAVO. *Que la Constitución Política y la doctrina se han encargado de precisar cuáles son los “principios básicos del régimen democrático y constitucional”. Efectivamente, ellos se encuentran consagrados en el Capítulo I, sobre las Bases de la Institucionalidad, en especial en los artículos 1°, 4° y 5°, así como en el artículo 19, que reconoce los derechos humanos. La piedra angular de la Constitución es la dignidad de la persona, a cuyo servicio debe orientarse la acción del Estado al procurar el bien común, definido como “las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” (Artículo 1°);*

SEXAGESIMONOVENO. *Que, además, debe considerarse que el respeto a los derechos humanos constituye un principio básico de la Constitución, lo que se desprende de su artículo 5°, inciso segundo, al prescribir que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos de Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”;*

SEPTUAGÉSIMO. *Que ilustrativa sobre este punto es la Declaración de Viena, adoptada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en esa ciudad, en 1993, que considera esenciales en una democracia al menos los siguientes elementos: existencia de instituciones que garanticen la observancia de los derechos humanos y el Estado de Derecho; Poder Ejecutivo periódicamente*

electo, en elecciones independientes con rotación en el poder, y respeto por la voluntad popular como base de la legitimidad del gobierno; Poder Legislativo periódicamente electo y pluralista; Poder Judicial independiente. Asimismo, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001, señala en su artículo 3º: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”;

SEPTUAGESIMOPRIMERO. *Que, tal como ha señalado Antonio Cançado, el respeto de los derechos humanos se encuentra en una relación de interdependencia con el desarrollo de la democracia, pues “tal vez como nunca en la actualidad la democracia constitucional sea considerada cada vez más como la mejor garantía institucional del respeto de los derechos humanos” (CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 151). Una democracia que no proteja los derechos de las personas pierde legitimidad. Es decir, los derechos humanos, entre ellos la libertad de pensamiento, de expresión y el derecho de asociación, forman parte esencial de “los principios básicos del régimen democrático y constitucional”. Por eso su restricción o limitación –que no puede afectarlos en su esencia– debe ser excepcional y sólo en los casos previstos por la propia Constitución, la ley o los tratados internacionales;*

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. *Que “procurar el establecimiento de un sistema totalitario” debe entenderse como una explicitación de la hipótesis general antes analizada. Aquí el concepto de totalitarismo no está tomado en un sentido específico como hace Hanna Arendt en su obra “Los orígenes del totalitarismo”, 1951, quien lo analiza como un fenómeno de masas moderno diferente de la dictadura, tiranía o despotismo conocidos con anterioridad, que tuvo su expresión*

en la URSS estalinista y en la Alemania nazi. La Constitución se refiere, en cambio, a un tipo de régimen político o sociedad caracterizados por una dominación política que no deja espacios de libertad a los ciudadanos, que no admite fisuras ni límites y cuyo instrumento es el Estado y el partido único.

El totalitarismo es un concepto que se puso en boga en el siglo pasado, especialmente después de la 2ª Guerra Mundial. Hunde sus raíces en una visión omnicomprendensiva de la historia, del desarrollo humano, del progreso del conocimiento y la vida social. La ideología totalitaria contiene una explicación mistificada pero coherente y completa del curso de la historia, capaz de moldear la conciencia de una nación.

El carácter totalitario de un partido –según Maurice Duverger– se manifiesta en su organización vertical y centralizada, basada en una militancia de cuadros, con selección autocrática de los dirigentes; se asemejan a organizaciones monolíticas, disciplinadas y cerradas de tipo militar o religioso. Su vida interna refleja el proyecto de sociedad al que aspiran.

Los partidos que “procuran el establecimiento de un sistema totalitario”, siguiendo las palabras de la Constitución, pueden ser muy variados, pero todos ellos son asimilables a los partidos que Raymond Aron (“Democratie et totalitarisme”) llama monistas, que buscan unificar la sociedad, negando toda legitimidad a las diferencias de intereses y opiniones y procuran alcanzar una posición que les permita controlar el poder, el saber y la ley, identificándose muchas veces con el Estado.

El ilícito constitucional comprende también a ciertos movimientos o partidos autoritarios que buscan poner término a la democracia y debilitan sus instituciones, favoreciendo una dictadura civil o militar o una forma autoritaria de gobierno, pues sus objetivos entran en contradicción con los principios democráticos y constitucionales;

SE DECLARA:

Que se rechaza el requerimiento de autos, por estimarse que no existen pruebas

suficientes en autos para declarar la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney.”

De la lectura de esta extensa parte considerativa del Tribunal se desprende cuestiones realmente interesantes en lo que toca a el principio democrático y la interpretación que hace de éste el Tribunal Constitucional chileno. De hecho, una primera y significativa diferencia que se puede notar es que a diferencia de la sentencia del año 1985, el tribunal tiene por objeto preciso determinar qué es lo que entiende por democracia. Así se aleja de la idea de “democracia militante” y realiza lectura severa de la cláusula de protección de la democracia constitucional en cuanto ilícito constitucional y sus elementos, y también en lo relativo a los estándares garantistas procesales del enjuiciamiento o contencioso sancionatorio y tercero armonizando la cláusula del artículo 19 N° 15 con el sistema de derechos fundamentales y ajustada sobre el pluralismo político e ideológico.

Como ha señalado Zuñiga, esto es todo un “*giro copernicano en la doctrina de esta judicatura*”. Siguiendo con este autor “*Este giro copernicano recoge la cláusula de protección de la democracia constitucional incorporada a la Constitución vigente por la reforma constitucional de 1989; plasmando en este giro una nueva lectura de la cláusula constitucional y, además, incorpora a la sentencia y su estructura argumentativa una vasta doctrina contemporánea y experiencia comparada, que nos exige hoy fijar un conjunto de estándares garantistas a la hora que se sometan a enjuiciamiento constitucional a las minorías*” (Zuñiga, 2012, pág. 52). Esta posición que toma el Tribunal Constitucional chileno, es deseable en cuanto se hace cargo de la cuestión adecuadamente, justificando su nueva posición relativa al principio democrático y los valores que se encuentran en juego.

Por lo demás ayuda a legitimarse como un órgano contramayoritario, que no ha de abusar de su posición privilegiada, ni de sus facultades en contra de la propia democracia, es decir, se autolimita, en lo que dice relación con su función correctiva e interpretativa de la Constitución.

§ VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. El constitucionalismo dependiendo de la tradición política y cultural ha evolucionado de forma diversa. Así en la tradición Europea se incluyo, exceptuando el caso Británico, un catálogo de Derechos Fundamentales más o menos sistemático. Sin embargo, por mucho tiempo se les consideró solo normas programáticas o declaraciones políticas sin valor jurídico.
2. Después de la espelúznate experiencia del nazismo y el fascismo, cambio esta percepción del imaginario colectivo de que las Constituciones, eran solo declaraciones políticas. Esto fenómeno en el cual la Constitución se vuelve omnipresente se denomina *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, esta constitucionalización hizo, a su vez, que los derechos utilizando la feliz frase de Dworkin, fuesen “tomados en serio”.
3. De modo paralelo, se produce la necesidad, de controlar a los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones y tutelar los derechos de los ciudadanos del aparato estatal. Así, nacen los tribunales constitucionales, idea teórica del jurista Kelsen, sin perjuicio de que existían antecedentes de data mucho anterior como en el caso de EEUU, con la sentencia del juez Marshall en el famosos caso *Madbury vs Madison*.
4. Como fenómeno simultaneo, se encuentra anclada a la concepción de la Constitución como declaración política, una concepción formal o procedimental de la *democracia*. Sin embargo, a medida que va evolucionando el constitucionalismo, ésta concepción teoría de la democracia va evolucionando a una concepción más completa de democracia, que Ferrajoli ha denominado la dimensión sustancial.
5. Esta dimisión sustancial, establece ciertos límites jurídicos y concretos a las mayorías, quienes tienen la obligación de respetar a las minorías.
6. Los órganos encargados de esta función a través del control de constitucionalidad de las leyes, por lo general son órganos de carácter contramayoritarios, los cuales han sido objetos de diferentes tipos de

objeciones, tanto teóricas como prácticas. Todas fundadas en la falta de legitimidad democrática.

7. Sin embargo, esta falta de legitimidad democrática puede ser superada, si se toma en consideración la función necesaria que estos órganos siempre y cuando que exista un buen diseño institucional que garantice las condiciones mínimas para la democracia y el pluralismo político. Estas condiciones mínimas a su vez han sido denominadas de diferentes maneras “coto vedado” o “esfera de lo indecible” pero apuntan al mismo objetivo práctico: garantizar las condiciones mínimas para una democracia constitucional.
8. El Tribunal Constitucional chileno, en cuanto a la protección del principio democrático, vale decir, la propia democracia constitucional, ha pasado por dos etapas:
 - a. la primera signada por la contingencia política de la época (dictadura) en la cual había una Constitución de un carácter autoritario que daba escasa importancia al pluralismo político y tenía sistema de protección que culminaba con el antiguo artículo 8° de la Constitución, así en ese tiempo el Tribunal Constitucional se adecuó a una interpretación originalista del texto normativo. Produciendo consecuencias poco deseables en cuanto al ideal democrático, de la democracia constitucional.
 - b. El segundo periodo se caracteriza por el retorno a la democracia en el cual el tribunal explícitamente se hace cargo del principio democrático y justifica acertadamente sus construcciones teóricas alejándose de la interpretación originalista de la Constitución y fundando su construcción y defensa de la democracia en el pluralismo político y los derechos fundamentales.
9. Esto conlleva un abandono por parte del Tribunal Constitucional de lo que se conoce como “democracia militante”, dando un giro copernicano en

cuanto a la interpretación constitucional y la reconstrucción teórica y práctica del principio democrático.

10. Sin perjuicio de esto me parece particularmente y problemática la práctica del Tribunal Constitucional chileno en cuando a lo que se ha denominado “el sello de constitucionalidad”, pues este control muchas veces ha sido tomado a la ligera, con un alto nivel de desprolijidad. Lo que puede tener consecuencias normativas importantes, pues puede que en el análisis *a priori* de una norma (control preventivo), puede que esta sea perfectamente constitucional, pero en su aplicación práctica no. El problema de este sello es que hace imposible la discusión *a posteriori* de la constitucionalidad de una norma pudiendo tener consecuencias graves en relación a los derechos de un ciudadano.
11. Para concluir me gustaría señalar que es interesante que en diferentes tradiciones constitucionales variando el método de protección, se ha intentado proteger un ideal democrático que resalta la importancia de la autodeterminación del los individuos y la protección de sus derechos en relación con Estado, que sin una adecuada y efectiva limitación de sus poderes siempre corre el riesgo de vulnerar los derechos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B., & Rosenkrantz, C. (1991). Tres concepciones de la democracia constitucional. En C. d. Constitucionales, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (págs. 15-26). Madrid: Grefol S.A.
- Atria, F. (1993). El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 (2-3, tomo I), 347-402.
- Bassa Mercado, J. (2011). Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a proposito de Zagrebelski y Häberle. *Revista de Derechos Fundamentales*, 15-42.
- Beltrán de Felipe, M., & González Garacía, J. (2005). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bordalí, A. (2003). La justicia constitucional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 14, 293-298.
- De Lora, P. (2000). La posibilidad del constitucional thayeriano. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (23), 49-75.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. (M. Carbonell, Ed.) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). Derechos y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), 15-36.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del "coto vedado". *DOXA*, 209-213.
- Gómez Bernaldes, G. (2005). La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. En F. Zuñiga, *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Mexico: Doctrina jurídica contemporánea.
- Habermas, J. (2008). ¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de derecho? En *Entre razón y religión: Dialéctica de la secularización*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Landa, C. (1999). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Universidad Católica del Perú.
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Lombardi, G. (2009). La querrela Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX. En C. Schmitt, & H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (págs. IX-LXXII). Madrid: Tecnos.

- Mac-Clure, L. (2011). Tribunal Constitucional y los derechos: la discusión pendiente. En L. Sierra, & L. Mac-Clure, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (págs. 171-274). Santiago: Centro de Estudios Públicos (CEP).
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Nino, C. (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En C. d. Constitucionales, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (págs. 97-135). Madrid: Grefol S.A.
- Ovejero, F., Martí, J. L., & Gargarella, R. (2004). La alternativa republicana . En F. Ovejero, J. L. Martí, & R. Gargarella, *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad* (págs. 11-73). Barcelona: Paidós.
- Paredes, F. (2011). Justicia constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el contro preventivo obligatorio. *Revista de Derecho* , XXIV, 165-172.
- Peña, M. (2011). *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia*. (T. Constitucional, Ed.) Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- Rosenkrantz, C. (1991). La democracia: una crítica a su justificación epistémica. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (10), 261-277.
- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía, núm. 21* , 51-84.
- Sierra, L. (2011). La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática. En L. Sierra, & L. Mac-Clure, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (págs. 13-166). Santiago: Centro de Estudios Públicos (CEP).
- Squella, A. (1990). La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio. En N. Bobbio, *Fundamento y futuro de la democracia*. Valparaíso: Edeval.
- Squella, A., Villavicencio, L., & Zuñiga, A. (2012). *Curso de Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Velasco, J. C. (2009). Democracia y deliberación pública. *Confluencia XXI. Revista de pensamiento político* (6), 70-79.
- Verdugo, S. (2009). El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (13), 57-81.
- Zuñiga, F. (2012). Principios jurídicos y democracia. De vueltas a la democracia militante. *Estudios Constitucionales* , 17-56.