

El Tribunal Constitucional y el proceso constituyente: a propósito de sus roles o funciones contemporáneos y el actual momento constituyente chileno

*The Constitutional Court and the constituent process: about its contemporary
roles or functions and the current Chilean constituent moment*

Jhoni Shang CASTILLA COLQUEHUANCA¹

Resumen: Sin lugar a duda, el evento de mayor importancia en los Estados o países viene a ser el momento (o proceso) constituyente, es decir, aquel instante (si se nos permite la expresión) jurídico y político en que se instituye el mandato democrático en una sociedad que pretende asociarse, de modo que, de ahí en más, la misma sea ordenada y organizada de cierta manera, lo cual, por cierto, se efectúa con la dación de una Constitución —por lo general— o su reforma, etc., por virtud del poder político que se confía a ciertos órganos representativos o derivados del ejercicio de este último (como es el caso del Tribunal Constitucional); por tanto, este espacio de estudio pretende, de una parte, reflexionar *grosso modo* sobre dicho momento y si este debe ser entendido como una obra concluida o por concluir o en constante cambio; y, por otro lado, cavilar sobre el órgano encargado de controlar ambos sentidos de comprensión sobre tal momento, a partir de un estudio un tanto distendido de sus roles o funciones modernos. Ello, a propósito del actual momento constituyente en que se encuentra la hermana República de Chile. Siendo así, se revisará la normativa constitucional pertinente a la temática y vigente de Chile (y de alguna otra experiencia comparada que sirva de muestra), así como de la tendencia actual de la doctrina.

Palabras clave: Constitución, Tribunal Constitucional, funciones o roles, proceso constituyente (chileno).

¹ Posdoctorado por la Universidad de Bolonia de Italia. Doctoris Scientiae en Derecho y Magíster Scientiae en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Perú (docente ordinario en dicha casa de estudios en pre y posgrado). Título de especialista en justicia constitucional y derechos humanos por la Universidad de Bolonia de Italia. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario de la Argentina. Correo electrónico: jscastilla@unap.edu.pe

Abstract: Without a doubt, the most important event in States or countries is the constituent moment (or process), that is, that legal and political moment (if we may use the expression) in which the democratic mandate is instituted. In a society that intends to associate, so that, from then on, it is ordered and organized in a certain way, which, by the way, is carried out with the giving of a Constitution —generally— or its reform, etc., by virtue of the political power that is entrusted to certain representative bodies or bodies derived from the exercise of the latter (as is the case of the Constitutional Court); Therefore, this study space aims, on the one hand, to reflect roughly on said moment and whether it should be understood as a completed work or a work to be completed or in constant change; and, on the other hand, reflect on the body in charge of controlling both senses of understanding of that moment, based on a somewhat relaxed study of its modern roles or functions. This, regarding the current constituent moment in which the sister Republic of Chile finds itself. Thus, the constitutional regulations pertinent to the topic and in force in Chile (and some other comparative experience that serves as a sample) will be reviewed, as well as the current trend of the doctrine.

Keywords: Constitution, Constitutional Court, functions or roles, constituent process (chilean).

1. Introducción

Como es bastante conocido, producto del impacto de la teoría contemporánea, el derecho ingresó en una serie de reconfiguraciones en cuanto a sus bases fundamentales, así como, y consecuentemente, en muchas de sus categorías conceptuales, de tal manera que ninguno de los asuntos de los que se ocupa aquel quedan al margen de tal manto teórico.

Es el caso de las revisiones teóricas que han ocurrido con la concepción de la Constitución como norma jurídica (lo que ha generado el cambio de todo en el derecho), o de la concepción de la misma norma jurídica (distinción entre norma y disposición), del ordenamiento jurídico (existen dos tipos de normas, a saber: las normas-principio y las normas-regla), de la interpretación jurídica (que deja de lado el formalismo y escepticismo interpretativo, para dar paso a una interpretación más activa o activismo interpretativo —lo cual se advierte, de manera más acotada, en la así llamada interpretación constitucional, donde incluso, en la versión más activista de la misma, se encuentra a la denominada interpretación evolutiva—), del Estado (pues se ha ido de un Estado de derecho a un Estado constitucional), de las fuentes del derecho (no solo el legislativo crea normas, también los órganos jurisdiccionales, en particular, el Tribunal Constitucional —otrora legislador negativo y hoy legislador positivo—), del razonamiento jurídico (se ha dado el viro de un razonamiento lógico-jurídico formal —de ahí que antes los cursos que se llevaban y los libros que se han escrito han sido consignados

con el *nomen iuris* de “lógica jurídica”— a un razonamiento jurídico material o no formal), de la argumentación jurídica (que antaño era formal y hogaño se presenta como material, dialéctica, retórica, entre otras), del poder (en tanto hoy ya no se muestra como poder preeminente el Congreso o legislativo o parlamento, sino el Tribunal Constitucional), etc., por señalar algunos casos.

Así, en esta ocasión, nos avocamos a hablar del momento constituyente, con ocasión del proceso constituyente en que está inmerso el Estado chileno, para dar cuenta de si el mismo se mantiene como ha sido entendido antes o si se muestra también diferente, siempre en atención a dicha teoría contemporánea del derecho, al tiempo que evidenciamos el papel o rol del Tribunal Constitucional al respecto, a todo lo cual no escapa, en modo alguno, la experiencia jurídica de Chile; baste por de pronto un pronunciamiento actual del Tribunal Constitucional chileno, contenido en la sentencia del Rol N.º 11560-2021, donde, precisamente, se analiza si la Ley N.º 21.330 constituye una “reforma constitucional” a su carta fundamental².

2. Estado de la cuestión

Con este subtítulo queremos dar cuenta que, a nivel de la normativa constitucional vigente, la mayoría de países no entiende el proceso constituyente como un proceso dinámico, ni tampoco otorga facultades positivas de reforma al Tribunal (salas o cortes, según corresponda) Constitucional —aun cuando se observa que en la *praxis* jurídica lo realizan los órganos jurisdiccionales, si bien no explicitando que lo hacen—. Baste de pronto, para dar cuenta de lo afirmado o a modo de ejemplo, la cita de la realidad normativa constitucional de Chile y de alguna otra experiencia normativa.

La Constitución de la República de Chile del 2005 prevé el tema de la reforma Constitucional del artículo 127 al 129, y, en su artículo 93, de forma frondosa y con buena técnica, prevé las atribuciones del Tribunal Constitucional. Por su parte, en el artículo 206 de la Constitución Política del Perú de 1993 se sanciona la reforma constitucional; en el artículo 201 dice muy genéricamente que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente; y en el artículo 202 se habla de las atribuciones de dicho órgano constitucional.

Del estudio de dichas disposiciones constitucionales se aprecia que, en cuanto a la reforma constitucional, las mismas adscriben a lo que denominamos la tesis estática de comprender el proceso de reforma como un producto acabado, de reajuste cada cierto tiempo, y que no se

2 Tribunal Constitucional de Chile: *LIFE Seguro de Vida S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago* (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N.º 11560-2021, de 26 de abril de 2021.

otorga facultad de reforma al Tribunal Constitucional, el cual, en todo caso, solo es controlador pasivo de la reforma constitucional, entre otros, a partir de los sistemas de control de constitucionalidad o proceso de inconstitucionalidad.

Al respecto, puntualiza el profesor Nogueira Alcalá que el control de constitucionalidad preventivo sobre proyectos de reforma constitucional se concreta en tres países: Bolivia (la Constitución de Bolivia lo prevé en su artículo 120, N.º 10, en armonía con los artículos 116 y 117 de la Ley N.º 1.836 de 1998), Colombia (la Constitución de Colombia lo determina en su artículo 241, N.º 1) y Chile (la Constitución chilena precisa el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional en su artículo 82, N.º 2), estando ausente de las competencias de los Tribunales Constitucionales de Ecuador, Perú y Venezuela³.

Nuestra propuesta o tesis concreta es que, conforme a la teoría contemporánea del derecho, además de otros aspectos jurídicos, hoy en día el proceso constituyente o de reforma constitucional debe ser entendido de manera dialógica con la realidad y dinámica en su tratamiento jurídico, donde tiene un lugar o papel importante los Tribunales (cortes o salas) Constitucionales, según el redimensionamiento de sus funciones, lo que sostenemos que debe ser tenido en cuenta en el tratamiento reformativo de las disposiciones constitucionales; y, en este caso, deseamos alcanzar nuestras reflexiones en particular referencia a la experiencia chilena, en tanto que consideramos que, actualmente, la misma todavía se encuentra en un proceso constituyente, pues se ha rechazado la dación de una nueva Constitución chilena hasta en dos ocasiones (que puede generar cierto entrapamiento, con todas las consecuencias que de suyo implique ello), esto es, los años 2022 y 2023, respectivamente, puesto que quizá no siempre se deba apelar a los mecanismos ordinarios y conocidos de reforma de la Constitución, lo que puede implicar precisamente que se cambie toda una carta magna, sino que se pueden emplear o desarrollar formas modernas de dar tratamiento a dicha reforma, lo cual muy bien se puede lograr modificando solo las disposiciones constitucionales referidas a la reforma constitucional y las funciones del Tribunal Constitucional, siempre con el cometido de hacer que la Constitución se adapte a las nuevas exigencias de la realidad, por lo que, modestamente, en los ítems que siguen alcanzamos los fundamentos para sostener nuestra propuesta de modificatoria de las disposiciones que indicamos a fin de tratar de dar alguna alternativa a la situación en que se encuentra el proceso constituyente del Estado chileno con relación al tema indicado.

Con tal cometido, antes bien, es menester revisar algunos temas previos.

3 Nogueira (2005), p. 37.

3. Teoría contemporánea del derecho, concepción normativa de la constitución, Tribunal Constitucional y proceso constituyente

En Chile, como bien se afirmó, conforme ocurre en el ámbito doctrinario, de igual forma pasa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, donde junto con utilizar de manera usual términos tales como eficacia directa, interpretación conforme de la Constitución y otras similares, se usa la expresión fuerza normativa (de la Constitución) en diversos fallos, como sucede por ejemplo en los Roles N.º 346, 558, 591, 740, 815 y 976, además de encontrar el empleo de tal expresión en la Corte Suprema, según se puede apreciar de su fallo en el Rol N.º 5420-08⁴.

Como se ve, entonces, la tesis de la concepción normativa de la Constitución (que tiene incidencia tanto teórica como práctica, también en el derecho comparado, y sea suficiente ejemplo una reconocida jurisprudencia peruana, contenida en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, en cuyo fundamento 3 se hace referencia al carácter normativo de la Constitución⁵) constituye la razón fundamental por la cual la teoría y práctica del derecho actual varió o entró en reingeniería, dando lugar a la teoría contemporánea del derecho, esto es, el así llamado nuevo constitucionalismo que constituye parte de una realidad que ha provocado un cambio en la concepción del derecho, generando una transformación en el plano de las fuentes que se manifiesta en la pérdida de la centralidad de la ley y de las reglas, sustituyéndose (nosotros precisamos que no es tanto que se sustituyan, como cuanto sí que se vean o complementados o subordinados —en este último caso, cuando se trata de normas-principios constitucionales, como son, verbigracia, los derechos fundamentales—) por el papel que adquirieron los principios, los cuales pasaron a funcionar como mandatos vinculantes con operatividad directa⁶.

Tal viro en el concepto de Constitución, esto es, ir de entenderla como una norma-fuente (conceptualización débil o lata como norma jurídica) a comprenderla como una verdadera o genuina norma jurídica (concepción fuerte o estricta como norma jurídica), es decir, como una verdadera realidad normativa, en oposición a una mera realidad normativa-formal-política. Estas concepciones se corresponden a la Constitución como un mero documento político declarativo de derechos, por lo que aquella requiere de leyes intermedias para su aplicación y concebirla como una norma jurídica *sensu stricto*; a este respecto, sobre el concepto de “Constitución”, se expresó que, entre otros, hay una noción jurídica de la misma, donde se la identifica con el ordenamiento estatal o con la norma primaria sobre la que se funda tal ordenamiento⁷. Ambas concepciones se mantienen hoy.

4 Aldunate (2009), pp. 443-484.

5 Tribunal Constitucional del Perú: *Lizana Puelles con Jurado Nacional de Elecciones -JNE-* (proceso de amparo), Rol N.º 5854-2005, de 8 de noviembre de 2005.

6 Amaya (2019), p. 50.

7 De Vergottini (2014), p. 110.

Ahora bien, consciente o inconscientemente, el haber generado la concepción de la Constitución como norma jurídica hizo que todo el derecho empezara a ser remecido, debido a que: i) cuando se reflexionó sobre la concepción de la Constitución y se concluyó que la misma debía ser una norma, de superfluo, se cuestionó qué tipo de norma jurídica debía ser y, claramente, la misma no podía ser considerada sin más ni más como las normas jurídicas ordinarias o normas-regla, es decir, como una regla jurídica, habida cuenta de la especial textura de sus disposiciones y contenidos, por lo que se llegó a la síntesis de que la *prima* norma debía ser entendida como una norma especial por sus particularísimas características, es decir, como norma-principio, conforme a los trabajos o aportes tanto de Dworkin⁸ y Alexy⁹; aún más, que la misma, siendo la norma fundante y por su complejidad, debía ser la norma más importante del ordenamiento jurídico (al respecto sostenemos que hay una triple fundamentalidad de la Constitución), y que vincula tanto en forma como en contenido a todas las normas jurídicas al interior de este último, lo cual de suyo trajo en cadena una serie de repercusiones en todo el derecho, como veremos a *grosso modo*; ii) en efecto, si bien miramos, ello generó que haya un cambio en la teoría de la norma jurídica (en tanto no todas las normas tienen supuestos de hecho cerrados, definidos, precisos o exactos, o sea, no todas las normas son normas-reglas) como en la teoría del ordenamiento jurídico, en el cual ahora ya no solo existen normas-reglas, sino que el mismo está integrado por dos tipos de normas jurídicas, es decir, las normas-regla y las normas-principios (hoy en día muy bien se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico coexisten dos tipos de normas jurídicas: reglas —prescripciones, costumbres y reglas técnicas— y principios —regulativos, directivos y constitutivos¹⁰—); iii) asimismo, cambió la teoría de la interpretación jurídica, ya que los métodos clásicos de interpretación (como son los métodos histórico-sistemático, literal, lógico, teleológico) y la misma teoría de la interpretación jurídica (formalismo interpretativista o escepticismo interpretativista) manejada ya no son suficientes, por cuanto no responden o no articulan con las normas-principios, las cuales requieren una particular teoría de la interpretación jurídica (una interpretación más activa se interpreta para construir la norma, sobre todo en la interpretación constitucional —dentro de esta, la interpretación evolutiva—), así como nuevos métodos o principios de interpretación (interpretación conforme, concordancia práctica, unidad de la Constitución, etc.) para dichos tipos de normas jurídicas, siendo que los principios no solo están en la Constitución sino en muchos otros cuerpos normativos (por ejemplo, en los títulos preliminares), lo cual hace que todo lo indicado se traslade al entero ordenamiento jurídico.

No solo en esos aspectos, puesto que: iv) de igual forma, cambió la teoría del razonamiento jurídico que, en atención al sistema de reglas jurídicas o normas-reglas, era exclusivamente

8 Vid: Dworkin (1989), pp. 72 y ss.

9 Vid: Alexy (1993), pp. 81 y ss.

10 Vid: Barberis (2015), pp. 106 y ss.

el de la lógica jurídica o razonamiento jurídico formal que, por tanto, opera con el esquema de razonamiento llamado silogismo jurídico; dicha teoría del razonamiento jurídico incluye hoy en día también al razonamiento jurídico no formal (material o pragmático); v) lo propio ocurre con la teoría de las fuentes del derecho, puesto que, en la actualidad, no solo el legislador crea derecho, sino también el juez (constitucional, y dentro de este, en especial el Tribunal Constitucional), lo que puede ocurrir de dos maneras: en primer lugar, mediante los precedentes vinculantes constitucionales y, en segundo lugar, a través de la interpretación jurídica, en tanto se considera que las normas jurídicas no son productos acabados sino por acabar, y en este último encontramos el gran tema de la diferencia entre disposición (texto escrito de la ley o fórmula textual) y norma jurídica (texto escrito de la ley interpretado); vi) así también, el hecho de que la Constitución sea considerada como una verdadera norma jurídica, supuso su reclamo como la norma que está por encima y como fundamento de todas las normas, lo que trajo consigo el “principio de constitucionalidad” preeminente al principio de legalidad, por lo cual se gestó el paradigma del Estado constitucional como la mejor forma de organización jurídica y política de las sociedades contemporáneas; etc., entre otros.

Como queda demostrado, tal reconceptualización de la Constitución, si bien pudo nacer en el seno del derecho constitucional o como preocupación de este, en tanto la Constitución es su objeto de estudio, sin embargo, tal fenómeno jurídico terminó desbordando los confines o cánones del derecho constitucional, tanto más si reparamos en que el derecho es ordenamiento jurídico o sistema jurídico, por lo que no es que cuando se cambia algo en el sistema cambia solo ese algo, cambia todo, justamente, porque se trata de un sistema. Esto es pues, en definitiva, el fenómeno de constitucionalización del derecho. No obstante, debemos hacer aquí la advertencia de que lo sostenido, en modo alguno, implica que se disuelvan las reglas o que lo constitucional diluya lo ordinario, en absoluto; sino que, simplemente, hoy el derecho trata de mostrarse dúctil a fin de poder responder de manera más eficiente y eficaz a las exigencias de la realidad que siempre es cambiante y dialógica, lo cual se logra tanto con normas-reglas como con normas-principios (a lo que nosotros hemos llamado la tesis de la exactitud e inexactitud jurídica o del derecho). Así, una correcta lectura de lo apuntado es comprender que el principio de legalidad no ha desaparecido, sino que o el mismo resulta insuficiente, de cara a ciertos casos, o el mismo es intervenido si hay algún asunto de relevancia constitucional, a cuya no verificación el mismo rige plenamente en todo el ordenamiento jurídico.

En este punto es conveniente precisar que si bien la Constitución en tanto norma jurídica (propio del constitucionalismo del Estado constitucional o constitucionalismo fuerte, a decir de Bayón¹¹, a este tipo de constitucionalismo, se corresponda con la denominada teoría del derecho del neoconstitucionalismo, el cual, justamente, se explica que proporciona un concep-

11 Bayón (2008), p. 87.

to de derecho que en algún sentido asume como paradigmático el caso de los ordenamientos jurídicos propios de los Estados constitucionales, en tanto y en cuanto se muestra como una teoría totalizadora que intenta dar respuesta al fenómeno de la constitucionalización del derecho¹²) está en el centro del pensamiento jurídico, no solo es la misma, sino también todo lo que, de suyo, la rodea, como el bloque de constitucionalidad, la teoría jurídica o filosofía —constitucional y, en general—, el bloque de convencionalidad, los precedentes constitucionales, etc., y lo que la rodea o lo constitucional; de donde, nosotros, extraemos el sintagma “lo constitucional” para denotar todo lo indicado y no solo la Constitución. Por tanto, si la teoría contemporánea enfatiza en la Constitución y lo que la rodea (según se puede constatar de la revisión tanto de las tesis o postulados como de las teorías contemporáneas jurídicas), nada más coherente que hablar de una “teoría o filosofía de lo constitucional”.

Así también corresponde apuntar que, como ya es de común conocimiento, la defensa y cumplimiento de la Constitución (y lo que la rodea —por ello, lo constitucional—), cuando no su interpretación y aplicación, ha sido encomendada al Tribunal Constitucional o jueces constitucionales (en general); o, en términos de Turégano Mansilla, el denominado “paradigma constitucionalista” o “neoconstitucionalismo” se presenta como la teoría adecuada para dar cuenta del derecho en el Estado constitucional contemporáneo, cuya singularidad radica en la existencia de Constituciones con un denso contenido sustantivo orientado a limitar y encaminar el ejercicio del poder, donde su garantía queda encomendada a los jueces¹³.

De este modo, se aprecia que la Constitución —y lo circundante a ella (lo constitucional)— constituye el modelo, arquetipo, marco de forma y fondo, el punto central de hoy en día en toda sociedad, pues no solo todo debe estar en concordancia con o debe ser conforme a la Constitución, sino que todo se debe hacer y construir a partir de ella; de aquí que se concluya que aquella constituye el paradigma —del mundo de lo humano en la segunda parte de la contemporaneidad— de la teoría contemporánea del derecho, y que el Tribunal (salas o cortes) Constitucional o juez constitucional es el encargado de proteger o garantizar su cumplimiento, lo cual implica también su dación (momento constituyente) como su reforma.

Al respecto, manifiesta Marinoni que, precisamente, la función de las Cortes Supremas (incluidas las constitucionales) ha variado, en tanto que va de ser una corte que declara el sentido exacto de la ley a una corte que instituye *ratio decidendi*. Explica que, producto de la Revolución francesa, por intermedio del recurso de casación se buscaba que las cortes de vértice preservaran la intangibilidad de la letra de la ley al momento de su interpretación judicial (es más, en algunos lugares de fuerte influencia por el pensamiento de Montesquieu, hasta se

12 García (2010), pp. 69-70.

13 Turégano (2010), pp. 116-117.

llegó a pensar en prohibir al juez que interpretara la ley), que buscaba la uniformización de la misma (lo cual se aprecia en todas las cortes de Iberoamérica, en la medida que ellas desempeñan funciones ligadas a la aplicación de la ley y de la Constitución, buscando la corrección de las decisiones de los tribunales ordinarios y sus decisiones no tienen eficacia obligatoria sobre los jueces y tribunales inferiores), esto es, la tutela de la legalidad y la garantía de la unidad del derecho objetivo, a partir de la declaración del sentido exacto de la ley; sin embargo, tras el impacto del constitucionalismo, de la evolución de la teoría de la interpretación y del desarrollo de la argumentación jurídica, las cortes dejaron de tener dicha función para pasar a tener la misión de atribuir sentido al derecho mediante la presentación de “razones racionalmente convenientes”, por lo que la corte no revela el derecho sino lo declara, lo instituye, de ahí que sus precedentes naturalmente incorporan la naturaleza obligatoria o vinculante (cuya necesidad se justifica en la igualdad, la imparcialidad, la coherencia del derecho y la seguridad jurídica). Así, el Poder Judicial (nosotros agregamos el Tribunal Constitucional, en los países donde existe el mismo) se colocó al lado del Legislativo para que el Estado pudiese hacer fructificar el derecho que la sociedad necesita y que las Cortes Supremas (Tribunales Constitucionales, hacemos la adhesión, nuevamente), en este contexto, tienen la función de atribuir sentido al derecho y desarrollarlo de acuerdo con la evolución social¹⁴.

Tal transformación de la función de las Cortes Supremas (*ergo*, Tribunales Constitucionales también) se ha dado igualmente con la comprensión de los alcances que implica la textura abierta del texto de la ley, su conformidad con las normas jurídicas constitucionales, la distinción entre disposición y norma, donde la tarea jurisdiccional no se limita a establecer el exacto sentido de la ley, sino para definir el adecuado sentido extraíble del texto legal, con base en valores y realizando opciones racionalmente justificadas, obteniendo de ello recién la norma jurídica. Con tal actividad, la corte presenta una solución que, si bien no escapa del orden jurídico en sentido global, constituye una norma que se coloca fuera o al lado del orden legislativo; es decir, define la norma extraíble de la legislación o, en otros términos, incrementa algo al orden jurídico, puesto que la corte ya no se preocupa en tutelar la ley debido a que, más bien, busca definir el sentido atribuible al texto legal, o sea, otorga contenido al orden jurídico, agregándose substancia al texto legislativo. De este modo, pues, el Poder Judicial (el Tribunal Constitucional, a su turno, según corresponda), conforme a la disociación entre disposición (texto) y norma, la elaboración de la norma a partir del caso concreto y de la Constitución, el órgano jurisdiccional supremo tiene el rol de definir el sentido que debe ser extraído del texto legislativo, esto es, que tiene la misión de otorgar sentido o interpretación al derecho (infraconstitucional, y nosotros entendemos también constitucional), propiciando su desarrollo ajustado a las necesidades sociales, conforme, entonces, a las *ratio decidendi* o razones determinantes que se establecen, por lo que se va de la “uniformidad de las decisiones” a la “unidad del derecho”¹⁵.

14 Marinoni (2015), pp. 57-59.

15 Marinoni (2015), pp. 49-55.

De este modo, se aprecia nítidamente que el proceso constituyente (que comprende tanto el momento constituyente como la misma reforma constitucional) no debe seguir entendiéndose como un concepto estático o producto acabado o que cada cierto tiempo requiere de un ajuste, pues la Constitución, según vimos, es una norma jurídica muy especial y por su propia textura (abierta e indeterminada) requiere de mecanismos o explicaciones que respondan de modo idóneo a la misma, como lo es entender al proceso constituyente de manera dialógica con la realidad y dinámico en su construcción y actividad jurídica-política; así, pues, no debe ser dejado solo al Legislativo dicho proceso, sino también al Tribunal Constitucional (encargado de velar por la supremacía de la Constitución, en tanto supremo intérprete de ella, lo que lo ubica en una posición preferente respecto de los otros poderes del Estado, cuyas sentencias resultan vinculantes para todos los órganos del Estado y para toda persona, institución o grupo, como así ha sido reconocido también en la jurisprudencia¹⁶), a quien debe encargarse dentro de sus funciones dicha labor, pues vemos de la lectura de la teoría contemporánea del derecho que hay todo el fundamento para sostener ello.

4. Funciones o roles del Tribunal Constitucional

Con los alcances efectuados, entonces, ahora sí podemos referirnos al desarrollo de las funciones o roles del Tribunal Constitucional que, como veremos, en una primera etapa se lo configuró con ciertas funciones y, en un momento posterior, las mismas se han ampliado; claro está, y se debe precisar, que de ninguna manera se trata de insinuar o afirmar que, o todos los Tribunales Constitucionales realizan tales funciones, o que todos los tribunales deben realizar dichas funciones, sino que se trata de dar cuenta, bajo al sustento teórico expuesto y según la *praxis* jurídica —haciendo abstracción al respecto, en todo caso—, de las funciones que se observan que realizan dichos órganos, sobre todo teniendo en cuenta las funciones modernas que han proliferado.

5. Función o rol clásico o genuino (función de control o de legislador negativo)

Como habíamos indicado, hablar de los roles o funciones del Tribunal (salas o cortes) Constitucional implica hacer un recuento histórico de la misma justicia constitucional o jurisdicción constitucional, debido a que dicha revisión nos permite comprender el porqué y para qué de su generación, es decir, en definitiva, cuál fue el papel que se pensó respecto del mismo.

A este respecto, es necesario puntualizar que la figura de un órgano encargado de efectuar

16 Como muestra, véase Tribunal Constitucional de Chile: *Diversos diputados con Ministerio de Salud* (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N.º 740-2007, de 18 de abril de 2008.

la justicia constitucional (que no es sino hacer justicia desde el prisma o manto de la Constitución) ha sido pensada en las dos grandes familias jurídicas, o sea, tanto el *civil law* como en el *common law*, aunque con ciertos matices.

En cuanto al sistema del *civil law* o sistema romano-germánico, será Hans Kelsen quien estará encargado de plantear la existencia de un cuarto órgano técnico encargado de controlar lo que él llamó el principio de regularidad del derecho, el cual no solo se refería al control de la regularidad normativa, sino también al control de la regularidad de las funciones estatales, a cuyo cometido, precisamente, vienen a cuento las así llamadas garantías de la constitucionalidad, dentro de las cuales la anulación del acto de inconstitucionalidad es la garantía principal y la más eficaz de la Constitución¹⁷; así, Kelsen fundamenta y sustenta la construcción de la jurisdicción constitucional, partiendo de la premisa de que el legislador, órgano encargado de la creación del derecho, como tal no puede ser obligado a anular sus propios actos de ley por un órgano ajeno a él (lo que, dice, sería incluso una ingenuidad política), por lo que no es pues el parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución, sino, y más bien, un órgano diferente a él, independiente de él, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, es decir, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional¹⁸. Su posición respecto de dicho organismo de control es de tal convicción que, incluso, después afirmará enfáticamente que queda fuera de toda discusión en torno al problema de la garantía constitucional, el hecho de que para tal fin debe crearse absolutamente un instituto por medio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado subordinado inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del parlamento o del gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido a los órganos cuyos actos deban ser controlados; siendo así, sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo, esto es, con el de “nadie puede ser juez de su propia causa”¹⁹.

En este punto, es menester señalar que, sobre la existencia de un cuarto órgano o poder encargado del control de los otros poderes del Estado, ya se había pronunciado, con anterioridad al trabajo de Kelsen, un autor europeo: nos referimos a Benjamin Constant, quien, en una obra traducida y publicada en 1820 en España, titulada “Curso de política constitucional”, afirmaba que los poderes constitucionales eran cuatro, a saber: el real, el ejecutivo, el representativo (o legislativo) y el judicial, es decir, diferenciaba el (así llamado por el autor) poder real del ejecutivo o ministerial, una distinción que, hasta ese momento (según expresó), era desconocida y que, sin embargo, constituía la clave de toda organización política. No obstante, aun así, manifiesta este autor que él no había tenido el honor de inventar dicha idea, sino que

17 Kelsen (2001), p. 49.

18 Kelsen (2001), pp. 51-52.

19 Kelsen (1995), pp. 4-5.

la misma le correspondía a los escritos de Mr. de Clermont Tonerre, a quien transcribe de la siguiente manera: “Hay, dice él, en el poder monárquico dos distintos; el ejecutivo, que tiene prerrogativas positivas, y el real, que se halla sostenido por la memoria perenne y tradiciones religiosas”. Es sobre tal idea que Constant reflexiona y llega a convencerse de su justicia, por lo que, luego de hacerla suya, explica enseguida que los tres poderes políticos tal cual se los conoce hasta ese momento, constituían resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general: sin embargo, cuando estos eran sacados fuera de su lugar y, por tanto, se mezclan entre sí, se chocan o embarazan, era menester buscar una fuerza que los ponga en su lugar de nuevo; siendo que dicha fuerza no podía estar o existir en ninguno de los tres resortes (o poderes), porque serviría para destruir a los demás y, por consiguiente, tal fuerza debía estar fuera, además de ser neutra en cierta manera, a fin de que su acción se aplique en todas las partes donde sea necesaria, y para que se preserve y se repare sin ser hostil tal situación. Sostenía que tal poder lo debía ejercer la monarquía constitucional, que tiene esta gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinión que sirve de base al político, pues consideraba que el interés verdadero del rey, de ninguna manera, podía ser que uno de los poderes destruya al otro, sino, y más bien, el que todos se apoyen, se comuniquen entre sí y obren de concierto o en conjunto de modo articulado²⁰.

Asimismo, en la misma Europa, empero esta vez en Alemania, otro autor reconocido, como lo es Carl Schmitt, hablará también de la monarquía constitucional, si bien haciendo las precisiones o diferencias que la misma ha tenido en el viejo continente en los diferentes países de cuño monárquico, comprendiéndola como el desplazamiento del principio monárquico por la distinción de poderes, esto es, que el monarca representa la unidad política como jefe independiente del Ejecutivo, mientras que se le contrapone, como segundo representante, una representación popular (el parlamento), de tal manera que se pone en práctica una distinción y contrapeso que corresponde al principio orgánico del Estado burgués de derecho, donde la monarquía era la forma política auténtica y no solo forma del gobierno y elemento orgánico del Ejecutivo. Explica que la posición del monarca se encuentra, ante todo, por encima de los partidos, y que cuando el Estado se transforma, por la parlamentarización y democratización, en un Estado de partidos, aquella se convierte en una posición especial y muy significativa, debido a que el rey recibe una posición especial en la organización de los distintos “poderes”, frente al Legislativo y al Ejecutivo, en tanto y en cuanto se convierte en un poder neutral, un *pouvoir neutre*, una entidad imperceptible que allana, temple y modera todas las contraposiciones y rozamientos entre las diversas actividades y funciones del Estado, un *invisible modérateur*²¹.

20 Constant (1820), pp. 31-33.

21 Schmitt (1982), pp. 278-280.

En la obra citada de Schmitt plantea su posición sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, ante el precitado trabajo de Kelsen, a partir de lo cual se dio la famosa discusión (a la que ya nos referimos líneas atrás) entre ambos sobre el mencionado tema, que no es del caso ahondar en este espacio por no ser su cometido.

Por su parte, en el caso del sistema jurídico anglosajón o *common law*, la justicia constitucional tiene su origen en la denominada *judicial review* o revisión judicial de los actos de gobierno o actos legislativos, lo que, de suyo, nos señala el órgano encargado de efectuar dicha labor, al tiempo que también advierte la tarea a realizarse o para la cual se gestionó dicha figura.

Para comprender lo anotado en esta familia jurídica, es necesario precisar que hay una visión estadounidense de la división de poderes trabajada por los “padres de la patria” (como así se los conoce allá) de los Estados Unidos, esto es, los federalistas norteamericanos (entre otros) James Madison y Alexander Hamilton, quienes reelaboran la teoría de la división de poderes de Montesquieu, bajo la luz de las ideas de garantes de la libertad individual, que los conducen a un modelo coordinado de control y equilibrio de poderes mediante la distribución de competencias constitucionales, conocido con la denominación de “*checks and balances*”; esta es una idea considerada como una contribución fundamental de Madison, esto es, el establecer un sistema de toma de decisiones que prevé la existencia de vínculos entre ellos, lo que a su juicio evitaba el abuso unilateral del poder, pues es mediante la vinculación y coordinación entre los poderes como la separación de ellos debe funcionar, o sea, bajo la lógica de los pesos y contrapesos; es en este contexto en que se sustenta que el Poder Judicial debe revisar las actividades de los demás poderes²².

Dicha revisión, justamente, se produce en *Marbury vs. Madison*, en el emblemático caso de la Corte Suprema de 1803, donde esta última, mediante la intervención del *justice chief* John Marshall, pasó por alto la letra de la ley que examinaba (el *Judiciary Act* de 1801) para interpretar el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, en tal sentido que se arrogó el derecho a ejercer un control de constitucionalidad de las leyes, ya que dicha prerrogativa no está contenida explícitamente en el referido texto. Se ha afirmado que tal situación podría interpretarse —y lo ha sido en gran medida— como un cambio copernicano en el derecho de esta nación y una muestra de activismo judicial, especialmente en un país de *common law*²³.

Como se pudo notar, en ambas realidades jurídicas, si bien con particularidades y diferencias, la figura del órgano de control de constitucionalidad —o, en términos del *civil law*, el Tribunal Constitucional— tiene como función o rol genuino el de control de los actos de

22 Amaya (2015), p. 43.

23 Martínez (2005), p. 80.

los otros órganos o poderes del Estado (esto es, de los actos de gobiernos o ejecutivos o administrativos, de los actos legislativos y, aún, de los actos jurisdiccionales), lo cual se efectúa, como indicó Kelsen, verificando que dichos actos sean conformes a la Constitución, esto es, custodiando el principio de regularidad del derecho. De aquí se tiene que el rol consiste en revisar dichos actos y declarar su inconstitucionalidad, es decir, tiene la función de un legislador negativo —labor del tribunal que, en otros términos, consiste en que se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones lógico-silogísticas—, lo cual se efectuó a fin de sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, pretendiéndose evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época²⁴, claro está, desde un enfoque iuspositivista. No obstante, como hemos desarrollado anteriormente y según veremos en el siguiente acápite, ello cambió.

6. Funciones o roles modernos o desarrollados

Si, como hemos dejado sentado en subtítulos anteriores, el Tribunal Constitucional se constituye hogaño como el órgano constitucional preeminente (empero, según las precisiones hechas) respecto de otros poderes y organismos constitucionales, conforme a lo precedentemente fundamentado, resulta que el mismo tiene un papel, por demás, de azas importancia en el derecho y en la sociedad, en general, rol que no solamente es jurídico, sino, y aún más, político, por lo que, a nuestro juicio, consideramos que las funciones del mismo se han ampliado, de modo tal que, en la actualidad, diríamos que cumple los siguientes roles que deben ser considerados a modo de una mera lista —salvando las posturas o perspectivas teóricas desde las cuales se las puedan identificar— que, en absoluto, debe ser considerada ni cerrada ni exhaustiva o acabada, cuando sí una relación propositiva (si acaso).

6.1. ROL TEÓRICO-IDEOLÓGICO JURÍDICO Y POLÍTICO

Llegados a este punto, como se ha descrito y dado cuenta, el protagonista del derecho o protagonista jurídico es el juez (constitucional, sobre todo), pues será él quien decide o declara el derecho y, por tanto, las teorías sobre la posibilidad de conocer el derecho se fijan, mayoritariamente, en él; asimismo, de forma mayoritaria, se confía en el desarrollo de métodos y teorías que permitan hallar al juez la solución más correcta o, en su caso, la única respuesta correcta. Claro está, dicha afirmación no se puede hacer alegremente, sin más ni más, sino previendo o reparando en varios aspectos, como la necesidad de articular una adecuada teoría

24 Fernández (2013), pp. 1333-1334.

de las decisiones jurídicas, donde se considere tanto la teoría de la argumentación jurídica y de la democracia o legitimidad²⁵, entre otros aspectos, de los que no nos ocuparemos ahora por no ser objeto de este trabajo.

6.1.1. ROL TEÓRICO-IDEOLÓGICO JURÍDICO

No hay duda de que hoy el derecho está en manos del juez constitucional (categoría conceptual jurídica dentro de la cual ubicamos tanto a los jueces constitucionales ordinarios del Poder Judicial —incluyendo a las salas y cortes constitucionales— y el Tribunal Constitucional; siendo así, precisamos que aquí nos referimos a este último por ser el máximo órgano jurisdiccional nacional), por cuanto es quien dice el derecho de nuestro tiempo, esto es, que este es quien desarrolla nuestro derecho, por lo que orienta el marco teórico-ideológico jurídico o saber teórico jurídico nacional, en tanto que, como máximo órgano constitucional, direcciona a través de sus precedentes constitucionales, de modo directo, y su doctrina jurisprudencial vinculante, de modo indirecto, lo que se haya de entender por cada institución, figura o categoría jurídica.

Hay razones de mucho peso para sostener lo afirmado, que son las que hemos señalado ya, a las cuales hay que agregar una más, esto es, una de orden gnoseológico o epistemológico. Así es, no es este el espacio para hablar del tema a profundidad (del que nos estamos ocupando en otro espacio de estudio), empero lo cierto es que se debe enfatizar en que con tantos años de evolución del derecho, no debe existir duda alguna de que existe algo así como el “saber jurídico” o “conocimiento jurídico”²⁶, es decir, una comprensión o explicación de la realidad válida o legítima respecto de cómo se producen, interpretan, aplican, estudian, etc., las reglas de conducta de la sociedad organizada, a lo que nosotros llamamos saber crítico prescriptivo, el cual no solamente es formal sino también no formal o material; conocimiento jurídico que va desde explicaciones específicas o puntuales del derecho (doctrina o dogmática jurídica), hasta las explicaciones más genéricas o complejas del derecho (teoría, filosofía y metaconcepción del derecho). Ahora bien, sobre los problemas que implica dicha posibilidad del conocimiento crítico prescriptivo se ocupa la denominada epistemología jurídica. El conocimiento jurídico puede ser tanto teórico (doctrina —teorías jurídicas—, dogmática —teorías jurídicas positivizadas—, filosofía y metaconcepción) como práctico (jurisprudencia). Es ese conocimiento jurídico el que se estudia durante la estancia en las facultades o escuelas de Derecho, no las normas jurídicas positivas o texto escrito de la ley que son prescripciones —que son el ins-

25 Barranco (2011), pp. 70 y ss.

26 Al respecto, ya se había planteado la interrogante: ¿hay algo que pueda llamarse conocimiento jurídico, ya sea científico o no científico? Se expresa, pues, que los abogados, los juristas y los jueces, incluso los ciudadanos, saben muchas cosas y suponen que, entre ellas, sería posible identificar algunas como el conocimiento del derecho; siendo que pocos de ellos han intentado adoptar o formarse un criterio claro que permita distinguir el conocimiento jurídico del no jurídico. Guibourg (2013), p. 39.

trumento que el derecho emplea para regular la realidad, cuyo debido manejo, interpretación, aplicación, etc., más bien, se estudia— y producto o resultado de dicho tipo de conocimiento. Permítasenos hacer una analogía al respecto, con el cometido de ilustrar lo que manifestamos. Los médicos utilizan el bisturí para operar, empero es claro que ellos no circunscriben ni estudian durante su estancia en las facultades a dicho instrumento, porque es eso, un instrumento, pues lo mismo ocurre con las normas jurídicas positivas; de ahí que nosotros sostengamos que del sentido normativo del que hablaba Kelsen, digamos que se deba pasar a hablar del sentido prescriptivo del derecho. Baste por de pronto con lo anotado.

Ahora bien, evidentemente, como toda área del conocimiento que se precie de ser autónoma e independiente, se desarrolla en base a criterios técnicos (producto del tipo de conocimiento que generan) y es manejado por la comunidad de profesionales que lo estudian, lo cual, a cualquier actividad de la realidad a la que se le aplique, garantiza un tratamiento debido.

6.1.2. ROL TEÓRICO-IDEOLÓGICO POLÍTICO

Aún más, la determinación de las instituciones, figuras o categorías jurídicas, así como de las sociales, etc., no solo opera respecto del aspecto jurídico, sino también en atención al marco teórico-ideológico político, por cuanto, según vimos, claramente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional tienen, además, alcance político, en tanto sus sentencias se pronuncian sobre el tipo de Estado y la forma de gobierno de nuestro país (con todo lo que ello de suyo implica y a todo nivel); con lo cual no queremos decir que cada uno (nos referimos a lo político y jurídico) vaya por su lado, sino que solo lo desarrollamos de dicho modo por fines académicos, puesto que, más bien, ambos aspectos son de exigencia simultánea en la realidad misma.

Es por ello que se ha señalado, con buen tino, que “[...] el tribunal constitucional se conciba, primero, como una instancia de reflexión del proceso político, y segundo, que sea, de hecho, aceptada como tal. Un tribunal constitucional que con argumentos de derechos humanos y iusfundamentales se pronuncie contra un resultado del proceso político, se concibe como instancia de reflexión del proceso político, siempre y cuando no solo reclame negativamente que dicho resultado no se aviene con los parámetros de derechos humanos y derechos fundamentales, sino que además exija positivamente, que los ciudadanos aprobarían los argumentos del tribunal, si formaran parte de un discurso racional jurídico-constitucional. Un tribunal constitucional es aceptado como instancia de reflexión del proceso político, cuando los argumentos del tribunal encuentran un eco en la opinión pública y en las instituciones políticas, lo que conduce a reflexiones y discusiones, las cuales resultan en convicciones examinadas.

Cuando este proceso de reflexión entre la opinión pública, el legislador y el tribunal constitucional se estabiliza en forma permanente, puede hablarse de una exitosa institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático²⁷.

Con relación a esta función política, Grández Castro sostuvo —a propósito del Tribunal Constitucional peruano— que la misma implicaba un doble rol: de un lado, en la práctica, se le asignó el establecimiento y desarrollo de la democracia constitucional, contextualizando y actualizando “democráticamente” la Constitución; y, de otra parte, se le encomendó que efectúe este “diálogo abierto” a favor de la democracia constitucional, en tanto que tiene como función preponderante la solución de casos constitucionales, asumiendo la defensa de los derechos y ejecutando muchas de las prestaciones del Estado social contenidas en los textos constitucionales. De esta manera, concluye que el Tribunal Constitucional tiene injerencia en la política constitucional respecto del restablecimiento y desarrollo de la democracia constitucional, en la medida que se presenta como poder de transformación de la realidad política y artífice directo del proceso político, labor que, en muchos de los casos, no es solo jurisdiccional, sino un juicio de oportunidad política indiscutible²⁸.

6.2. ROL PRACTICO-OPERATIVO

Este rol tiene que ver, propiamente, con la actuación del tribunal en el plano de la realidad social nacional, mediante sus pronunciamientos, los cuales, evidentemente, están contenidos en sus decisiones o sentencias. Dicho rol, a su vez, se subdivide en tres subroles, a saber:

6.2.1. ROL NORMATIVO-SISTEMÁTICO (FUNCIÓN DE LEGISLADOR NEGATIVO)

Aquí, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo defensor de la Constitución, protege la triple fundamentalidad de la Constitución (tema del que nos ocupamos anteriormente), es decir: la Constitución como norma fundante (del Estado ordenado jurídica y políticamente y, antes bien, de la sociedad misma) o fundamentalidad jurídico-política; la fundamentalidad de la Constitución como norma fundamento o fundamentalidad normativa (principio de supremacía de la Constitución); y la fundamentalidad de la Constitución como norma jurídica o fuerza normativa de la Constitución.

En este punto, es menester expresar que, fundamentalmente, es en este rol en que ubica-

27 Alexy (2000), pp. 21-41.

28 Grández (2010), pp. 75-76.

mos la clásica función del Tribunal Constitucional como legislador negativo, conforme a lo que ya apuntamos en líneas precedentes.

6.2.2. ROL INTERPRETATIVO-OPERATIVO (FUNCIÓN DE LEGISLADOR POSITIVO)

Este rol, dependiendo de la actividad y finalidad que se persigue, puede subclasificarse en: a) un rol de interpretación-concreción (realización) o interpretación-normativa; b) un rol de interpretación-control; y c) un rol de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional.

6.2.2.1. ROL DE INTERPRETACIÓN-CONCRECIÓN (REALIZACIÓN) O INTERPRETACIÓN-NORMATIVA

Dicho rol es ejercido por el Tribunal Constitucional cuando da concreción, vía interpretación, a los mandatos de la Constitución que, por su propia naturaleza, aparecen indeterminados, por lo que se precisan o perfilan los supuestos de hecho de las disposiciones constitucionales, esto es, que a través de la interpretación se generan las normas constitucionales o, en otros ya conocidos términos, que aquel cumple una función de legislador positivo.

A este respecto, ha dicho bien Guastini que, si bien no es extraño o una cuestión controvertida el hecho de que las cortes constitucionales cumplen una función de creación del derecho *negativa*, la que implicaría la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley; sin embargo, en la *praxis* jurídica, producto del análisis de las funciones llevadas a cabo por las cortes constitucionales, se puede advertir que la mayoría de estas en Europa (nosotros agregamos, también en Latinoamérica), no se limitan a la legislación negativa, sino que contribuyen con la legislación en forma positiva. Explica que, por ejemplo, con relación al caso italiano, la Corte Constitucional Italiana usualmente emite dos tipos de decisiones constitucionales que evidencia lo manifestado, las cuales son: decisiones “aditivas de reglas” y “sustitutivas de reglas” (“*decisioni additive*” y “*decisioni sostitutive*”, que son los términos comunes dados por los juristas en Italia). Y es que dicha corte, en casos que son de su conocimiento, no limita a la declaratoria de nulidad de la regla cuya inconstitucionalidad se sindicó, esto es, una mera decisión de inconstitucionalidad, es más, mantiene la validez de dicha regla; sino que tal órgano jurisdiccional agrega a la ley existente (el autor dice apócrifa) para generar la tutela respectiva del derecho en cuestión que se reclama, es decir, se crea una regla por la misma corte. De ello, concluye, que el control judicial de constitucionalidad, al menos en algunos casos, se convierte en una forma de legislación “positiva”, razón por la cual algunos autores sostienen que las decisiones

de las cortes constitucionales son genuinas fuentes de derecho²⁹.

Se explica, un tanto contextualizando tal fenómeno jurídico, que dicho rol se da a propósito de la contraposición de los dos grandes modelos de justicia constitucional, esto es, el americano o difuso (*judicial review of legislation*) y el europeo-kelseniano o concentrado (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Después de la Segunda Guerra Mundial el sistema constitucional americano asumió una posición verdaderamente central en los ordenamientos europeos, lo que, desde luego, no dejará de incidir sobre sus respectivos sistemas de justicia constitucional. Tal situación no fue casual, sino que respondió a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia fuera el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico, lo que explicará que los constituyentes de ambos países opten por una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, como la ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a las constitucionales; ello, fundamentado tanto por su legitimidad de origen popular como por su propio contenido, de tal modo que la supremacía constitucional se hallaba, pues, lejos de obedecer a razones puramente formales³⁰.

6.2.2.2. ROL DE INTERPRETACIÓN-CONTROL

A fin de no dilatar, muy bien, en este punto coincidimos con lo indicado por el profesor Jerzy Wróblewski, quien señala que la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional cumple las siguientes funciones: función de orientación, consistente en que por medio de la interpretación constitucional se ofrece información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales; función de aplicación, la cual aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión; y función de control, que se da cuando la interpretación constitucional tiene como cometido la función de control en caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución, siendo que, en este caso, existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control: el control de constitucionalidad de la legislación en general y la promulgación de leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas legales³¹.

29 Guastini (2023), pp. 117-119.

30 Fernández (2013), pp. 1335.

31 Wróblewski (2018), pp. 87-89.

6.2.3. ROL DE CONTROL DE INTERPRETACIÓN-REFORMATIVO CONSTITUCIONAL O DE CONTROL DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Tal función, según se trate del cometido que busca, puede ser: i) de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional regular o formal (reformador negativo o pasivo); y ii) de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional extrarregular o no formal (reformador positivo o activo).

6.2.3.1. ROL DE CONTROL DE INTERPRETACIÓN-REFORMATIVO CONSTITUCIONAL O DE CONTROL DE REFORMA CONSTITUCIONAL REGULAR O FORMAL (REFORMADOR NEGATIVO O PASIVO)

En este primer caso estamos hablando de los supuestos en que el Tribunal Constitucional controla que la Constitución sea reformada por los mecanismos formales previstos para tal finalidad por ella misma.

Se explica pues que, con relación al tema del poder constituyente (luego llamado en doctrina originario), los poderes constituidos, los límites de la reforma constitucional y el poder de revisión (llamado luego derivado) de la misma; dicho poder constituyente crea la Constitución desde la nada fijando las pautas y los límites a los que deben estar sometidos los demás poderes del Estado (creados o constituidos, justamente, por este), así como el procedimiento y el órgano que debe intervenir en su reforma; de esta manera, una vez dada tal primera normativa fundamental, el poder de revisión debería ajustarse a las pautas procedimentales e, incluso, a los límites materiales (como los intangibles) que haya establecido el poder constituyente originario. Así las cosas, pareciera que *prima face* si el poder originario es el sujeto que establece los límites, después, el mismo no podría estar limitado o estaría sustraído a todo límite jurídico; sin embargo, tal distinción aceptada en la doctrina, en ocasiones, ha sido reformulada para evitar problemas teóricos que se presentan, como, por ejemplo, cuando se ha perseguido salvaguardar la supremacía de la ley constitucional frente al otro gran principio constitucional moderno que es la soberanía popular, los cuales colisionan si el ordenamiento jurídico (y con ello la Constitución) se muestra incapaz de establecer límites y regular a un sujeto, esto es, el poder constituyente u originario, el cual, según vimos, es ilimitado; no obstante, se compatibiliza ambas, o sea, la supremacía del pueblo (que encarnaría en el poder originario) con la supremacía de la ley (que encarnaría en la Constitución), al comprenderse que, una vez dictada la primera Constitución histórica, el poder constituyente originario se diluye y queda absorbido y sujeto a la normativa constitucional o, dicho en otros términos, el poder constituyente se extinguiría, después de ese inicial acto constituyente, y se transformaría en un poder constituyente delegado. Sin perjuicio de lo mencionado, se enseña que al respecto hay otras posiciones que intentan dar salida a dicha problemática, aunque el autor

sostiene que la misma no se logrará si no se es consciente de que se incurre en un error en la premisa de partida, esto es, replantear la idea que se tiene de soberanía popular, cuáles son sus límites y verdaderas características, siendo que los problemas aparecen cuando se parte de la suposición de que el poder es en algunos casos ilimitado, punto en el cual se incurre en error, ya que el poder, sea ejercido por quien sea, siempre será limitado³².

Como fuere, lo cierto es que las Constituciones sí plasman el mandato democrático, sí establecen los mecanismos o procedimientos de reforma, así como quién debe ser el encargado de la revisión de dicha reforma, esto es, el Tribunal Constitucional, al menos así ocurre en varios países de América del Sur, donde diversos países han establecido un control jurisdiccional constitucional de las reformas constitucionales, por lo que expresamente les atribuyen dicha competencia al órgano encargado de la defensa jurídica de la Constitución, es decir, el Tribunal o Corte Constitucional; en otros casos, las jurisdicciones constitucionales cuyas Constituciones no establecen expresamente el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, las han configurado vía interpretativa del control de constitucionalidad de las “leyes”, vocablo que se considera por dichas jurisdicciones que incluye también las “leyes de reforma constitucional”³³.

6.2.3.1. ROL DE CONTROL DE INTERPRETACIÓN-REFORMATIVO CONSTITUCIONAL O DE CONTROL DE REFORMA CONSTITUCIONAL EXTRARREGULAR O NO FORMAL (REFORMADOR POSITIVO O ACTIVO)

En cuanto a este segundo supuesto, nos encontramos frente al caso en que se produce la reforma de la Constitución, empero no por sus medios formales de reforma, sino por intermedio de mecanismos, por así llamarlos, extraordinarios o no formales. Un ejemplo sobre lo último descrito es el de las mutaciones constitucionales o, más propiamente, la interpretación evolutiva. Sobre este punto, muy bien expresó Häberle que resulta, por demás, obvio reparar en que, precisamente, la “mutación constitucional” se configura como el concepto central para una comprensión de la Constitución adecuada para el futuro y para el tiempo; sin embargo, precisa que, actualmente, aquella oculta una comprensión adecuada de la interpretación constitucional (con ella, además, una comprensión acorde con las necesidades y expectativas actuales) e impide el acceso a la comprensión de que los métodos de interpretación mismos y, por ende, las normas jurídicas conllevan en sí el factor tiempo. Por tal razón, explica que la mutación constitucional ha sido (desde la perspectiva de la historia de los dogmas) una etapa de tránsito necesaria para el dominio del factor tiempo en el derecho constitucional, en el tránsito del positivismo a la comprensión abierta de la Constitución. Hoy en día la mutación

32 Colombo (2011), pp. 116-120.

33 Nogueira (2017), p. 338.

constitucional encubre, más bien, la libertad del intérprete; ello debido a que, en realidad, el problema de la mutación constitucional se revela como un problema de interpretación, dado que la interpretación de la Constitución abierta supera el óbice del texto escrito, puesto que su textura es indeterminada y vive de la interpretación, de tal manera que él no puede mutar en realidad, por lo que no existe mutación constitucional³⁴.

Y es que la Constitución misma no puede escapar a la tendencia descrita precedentemente a lo largo de las líneas del presente trabajo, así como tampoco escapan a ello sus mecanismos de reforma, puesto que, incluso, si revisamos la jurisprudencia, notaremos que, en realidad, en la *praxis* jurídica ya se ha utilizado varias veces la interpretación evolutiva, aunque sea de modo tímido o disimulado, para reformar las Constituciones. Por ello es importante que ya se reflexione sobre el tema, para que luego no se incurra en lo que ya se ha llamado el constitucionalismo abusivo por indebida reforma de la Constitución (según ha expresado Landau³⁵), pues muy bien podría afirmarse que el Tribunal Constitucional (salas o cortes, según corresponda) puede ejercer un poder constituyente secundario (como anota Roznai³⁶) para dicho efecto; así como se pensó genuinamente en el Tribunal Constitucional como legislador negativo y luego se erigió como legislador positivo, muy bien puede migrar de ser un reformador negativo (en el sentido de que solo controla la constitucionalidad de las reformas) a un reformador positivo (en el sentido de efectuar directamente reformas). Introducimos la idea para el análisis y debate.

6.3. ROL ORGÁNICO-POLÍTICO

Se ha descrito, muy bien, que el problema político fundamental, en todo tiempo y sociedad, en general, es estar juntos en alguna forma de unidad (y que se lo resuelva a través de actos de inclusión —amistad— o exclusión —enemistad— es el problema de problemas); y en los Estados constitucionales modernos, caracterizados en sentido pluralista, la unidad se realiza en la Constitución y mediante la Constitución, la cual constituye el acto de inclusión máximo, de amistad; esto, justamente, es la esencia del constitucionalismo moderno, donde la función y garantía de la justicia constitucional es aplicar la Constitución a las controversias constitucionales y, por tanto, las cortes constitucionales (Tribunales Constitucionales) son órganos de la unidad, son garantía de la paz política. Así, se describe la siguiente secuencia: de la unidad a la Constitución; de la Constitución a la justicia constitucional; lo cual también opera en

34 Häberle (2017), pp. 52-53.

35 El autor define el “constitucionalismo abusivo” como el uso de mecanismos de cambio constitucional —esto es, métodos formales de cambio, como son las reformas constitucionales, las sustituciones constitucionales— en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad. Landau (2015), pp. 15-26.

36 Roznai (2017), pp. 229 y ss.

sentido contrario, esto es: de la justicia constitucional a la Constitución; de la Constitución a la unidad³⁷.

Este rol, a la vez, se subdivide en: a) un rol orgánico-político ordinario o común y b) en un rol orgánico-político especial o contramayoritario. Veamos enseguida cada uno de ellos.

6.3.1. ROL ORGÁNICO-POLÍTICO ORDINARIO O COMÚN

Debe velar por el cumplimiento del mandato democrático del país (contenido en la Constitución nacional), esto es, lo dispuesto por las mayorías por virtud de nuestro sistema de representación democrático, lo cual se trasunta en el correcto funcionamiento de nuestros diferentes poderes y organismos constitucionales, para lo cual se les ha conferido, precisamente, el poder público. Para ello el Tribunal Constitucional, incluso, por mandato de la Constitución, cuenta con mecanismos para este fin, como, por ejemplo, el caso del proceso constitucional competencial, que protege el cumplimiento de reparto de competencias constitucionales.

Es conveniente, en este punto, evocar la explicación del profesor Cruz, cuando dice que —y a propósito de abordar el tema del papel del Tribunal Constitucional— el constitucionalismo moderado (propuesto por Alexy) pretende situarse como una vía entre el Estado jurisdiccional y el Estado legislativo, que sitúa claramente del lado del primero, empero que procura preservar los principios de la democracia formal. Ello se constata desde que la Constitución ordena y prohíbe ciertas acciones mediante normas iusfundamentales y los principios formales, estableciendo así un orden marco como un orden fundamental; no obstante, deja abiertos márgenes de acción, estructurales y epistémicos, confiando una cierta discrecionalidad al legislador para la concretización de los derechos fundamentales, pero, a la vez, encarga la intervención de un Tribunal Constitucional, cuando constata una violación de los deberes y de la competencia por parte del legislador, lo que, y claro está, no supone un desplazamiento inconstitucional de la competencia del tribunal hacia el ámbito de la legislación, ya que dicha intervención no solo está permitida por la Constitución sino ordenada por ella, en la medida de que esta determina el marco de su acción, de donde (a juicio de Alexy) se tiene que la discusión no se centra en que si el Tribunal tiene o no competencia en el ámbito de la legislación (nuevamente, agregamos, así como en la labor de los otros poderes u organismos constitucionales), sino en determinar los alcances, esto es, la defensa de un orden marco que establece simultáneamente un orden fundamental³⁸.

37 Zagrebelsky y Marcenó (2018), p. 27.

38 Alexy, citado por Cruz (2005), p. 127.

6.3.1. ROL ORGÁNICO-POLÍTICO ESPECIAL O CONTRAMAYORITARIO

En este supuesto, el Tribunal Constitucional se encarga de, justamente, cuidar o proteger los derechos de los individuos frente a las mayorías o mandato de las mayorías, esto es, la protección de los derechos fundamentales. En suma, actúa como un órgano contramayoritario.

Dicho *nomen iuris*, consideramos —con margen a equivocarnos—, se derivaría del término “dificultad contramayoritaria” (acuñada por Alexander Bickel, ya en 1962), para referirse a la preocupación sobre los debates que se centraron sobre la cuestión fundamental de si la *Judicial Review* de la legislación podía ser reconciliada con el autogobierno democrático. De una parte, los defensores de la soberanía parlamentaria argumentaban que la revisión de la legislación por parte de los jueces era incompatible con el gobierno de la mayoría, en tanto que ellos no responden directamente frente al pueblo; por su lado, los defensores de la *Judicial Review* sustentan que, ya que el pueblo se había comprometido a restringir su propio poder para actuar a través de la legislación, la *Judicial Review* era compatible con, e incluso tal vez exigida por, las premisas democráticas. Sin perjuicio de tal debate, las transiciones democráticas en todo el mundo en las décadas de 1980 y 1990 produjeron consenso, compartido en las democracias establecidas, a favor de alguna forma de *Judicial Review* de la legislación (por lo que aquella fue incluida en las Constituciones creadas en el último cuarto del siglo XX); de tal manera, entonces, que hoy existe consenso sobre la propuesta de que el legislativo debe ser limitado por principios fundamentales, ordinariamente principios escritos en algún documento autoritativo. Se dice de alguna forma de *Judicial Review*, puesto que las preocupaciones sobre la dificultad contramayoritaria generó la existencia de una clasificación sobre la misma o la dación de dos modelos: una *Judicial Review* fuerte (cuyo principal y genuino caso es el de la Corte Suprema de los Estados Unidos) y una *Judicial Review* débil (como es el caso de la Corte Suprema de Canadá). En el primer caso, las resoluciones hechas por las cortes constitucionales (sean generales o especializadas, abstracta o concreta) son finales y definitivas, de modo tal que solo pueden ser desestimadas por una posterior enmienda constitucional, esto es, que el legislador no tiene un mecanismo formal dentro de la ley para responder a una sentencia de la Corte Suprema que ha encontrado inconstitucional una norma. Por el contrario, en las formas débiles de *Judicial Review* que, si bien tienen distintas variantes, todas tienen la característica de permitir una respuesta legislativa y ejecutiva, dentro de la ley, frente a una sentencia de la corte constitucional al interpretar la Constitución³⁹.

7. Conclusiones

Conforme a la teoría contemporánea del derecho, el proceso constituyente debe ser com-

39 Tushnet (2013), pp. 87-106.

prendido en una tesis dinámica, por tanto, dialógico con las exigencias de la realidad siempre cambiante, para cuyo tratamiento se presta perfectamente la ductilidad de la Constitución y las modernas funciones o roles del Tribunal Constitucional en tanto reformador positivo, *ergo*, este no solo controla, sino que también participa del proceso de reforma constitucional, lo cual creemos que debe ser considerado en el actual proceso constituyente en que se encuentra Chile.

Así, muy atentamente, proponemos que, sin la necesidad de darse una nueva Constitución la República de Chile, muy bien podría tener en cuenta los siguientes artículos o disposiciones constitucionales de reforma: “Artículo_. - Atribuciones del Tribunal Constitucional: _. – El Tribunal Constitucional actúa en el proceso constituyente de dos maneras: i) interviene y controla la dación de una nueva Constitución y la reforma constitucional; y ii) puede reformar la Constitución, con el voto unánime de sus miembros, mediante precedente vinculante, siempre que no afecte derechos fundamentales, el mandato democrático, la identidad constitucional y las cláusulas pétreas”; y, “Artículo_. – Dación de nueva Constitución y reforma constitucional: _. – El Tribunal Constitucional interviene y controla (en forma y fondo) el proceso de dación de una nueva Constitución, así como tiene facultad de reformar la misma, a través de precedente vinculante, con voto unánime de sus miembros, observando el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, el mandato democrático, la identidad constitucional y las cláusulas pétreas”.

Bibliografía citada

- Aldunate Lizana, Eduardo (2009): “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1° semestre, N. XXXII), pp. 443-484.
- Amaya, Jorge Alejandro (2019): “El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial”, en *Revista de Estudios Jurídicos* (Segunda Época, N.º 19), pp. 49-60.
- Amaya, Alejandro (2015): *Control de constitucionalidad* (Buenos Aires, Astrea).
- Alexy, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- Alexy, Robert (2000): “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático, Derechos y Libertades”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las*

Casas (V (8), ene-jun), pp. 21-41.

Barberis, Mauro (2015): *Introducción al estudio del derecho* (Lima, Palestra Editores).

Barranco Avilés, María del Carmen (2011): *Constitucionalismo y función judicial* (Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley).

Colombo Murúa, Ignacio (2011): *Límites a las reformas constitucionales - Teoría de las cláusulas pétreas* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

Constant, Benjamín (1820): *Curso de política constitucional* (Traducc. libre Marcial Antonio López, Madrid, Imprenta de la Compañía).

Cruz, Luís M. (2005): *La constitución como orden de valores, problemas jurídicos y políticos - Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo* (Granada, Editorial Comares).

De Vergottini, Giuseppe (2014): *Derecho Constitucional Comparado* (Traducc. Herrera, C., Universidad Nacional Autónoma de México).

Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio* (Traducc. Guastavino, M., Barcelona, Editorial Ariel).

Fernández Segado, Francisco (2013): *La evolución de la justicia constitucional* (Madrid, Editorial DIKYNSON).

García Figueroa, Alfonso (2010): *Criaturas de la moralidad - una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos* (Madrid, Editorial Trotta).

Grández Castro, Pedro (2010): *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica* (Lima, Palestra Editores).

Guastini, Riccardo (2023): *Interpretación jurídica y teoría del derecho - Estudios* (Traducc. Natalia Scavuzzo, Lima, Zela Editorial).

Guibourg, Ricardo (2013): *Saber Derecho* (Buenos Aires, AbeledoPerrot).

Häberle, Peter (2017): *Tiempo y Constitución - Ámbito público y jurisdicción constitucional* (Traducc. Jorge Luís León Vásquez, Lima, Palestra Editores).

- Kelsen, Hans (2001): *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (Traducc. Tamayo y Salmorán, J., México, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México).
- Kelsen, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Traducc. Roberto J. Brie, Madrid, Editorial Tecnos).
- Landau, David (2015): *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado* (Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia).
- Marinoni, Luiz Guilherme (2015): *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas* (Traducc. Christian Delgado Suárez, Laura Criado Sánchez y Renzo Cavani, Lima, Raguel Ediciones).
- Martínez, Marie-Laure (2005): “El control de constitucionalidad del juez anglosajón: ¿Por la fuerza, o por la razón?”, en *Revista de Derecho* (Año 12, N.º 1), pp. 79-97.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005): “Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias”, en *Provincia* (Número Especial), pp. 27-93.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2017): “Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (N.º 36, enero-junio), pp. 327-347.
- Roznai, Yaniv (2017): *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma* (Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia).
- Schmitt, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (Traducc. Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial).
- Turégano Mansilla, Isabel (2010): *Justicia global: los límites al constitucionalismo* (Lima, Palestra Editores).
- Tushnet, Mark (2013): *Constitucionalismo y Judicial Review* (Traducc. Manuel Chuquillanqui Gonzales, Lima, Palestra Editores).
- Wróblewski, Jerzy (2018): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Traducc.

Azurza, A., Igartua Salaverria, J. y Esquiaga, J., Buenos Aires, Ediciones Olejnik).

Zagrebelsky, Gustavo y Marcenó, Valeria (2018): *Justicia constitucional - Historia, principios e interpretaciones* (Traducc. César E. Moreno More, Lima, ZELA Grupo Editorial), Vol. 1.

Documentos

Bayón, Juan Carlos (2008): “Derechos, democracia y constitución”. [Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmccg4551>]. [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2023].

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional de Chile: *Diversos diputados con Ministerio de Salud* (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N.º 740-2007, de 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile: *LIFE Seguro de Vida S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago* (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N.º 11560-2021, de 26 de abril de 2021.

Tribunal Constitucional del Perú: *Lizana Puelles con Jurado Nacional de Elecciones -JNE-* (proceso de amparo), Rol N.º 5854-2005, de 8 de noviembre de 2005.

Normas jurídicas citadas

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 17 de septiembre de 2005.

Constitución Política de la República del Perú. Diario Oficial, 29 de diciembre de 1993.