

José Ignacio Vásquez Márquez* (Chile)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y los nuevos principios, sujetos y derechos

The case law of the Chilean Constitutional Tribunal and the new principles, subjects and rights

Die Rechtsprechung des chilenischen Verfassungsgerichts und die neuen Prinzipien, Subjekte und Rechte

Antes de ilustrar la experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el tema por abordar, y a fin de contextualizarla, quisiera destacar el hecho de que estamos viviendo un proceso de profundos cambios y transformaciones en diversas dimensiones del quehacer humano, a lo que no son ajenos en absoluto la política, el derecho ni la justicia, dimensiones en las cuales nos corresponde desenvolvernos como magistrados constitucionales. Advirtiendo, en todo caso, que no todos aquellos cambios o transformaciones, desde mi perspectiva de análisis, implican un avance o perfeccionamiento en el ámbito de la justicia en general o de la justicia constitucional en particular o, incluso, en el modelo del Estado de derecho.

La creencia de que el progreso es indefinido y constituye una línea de perfección es un grave error, derivado de visiones ideológicas o simplemente ingenuas. Ni los cambios o progresos científicos o tecnológicos, ni los cambios sociales o económicos ni las transformaciones culturales o del derecho constituyen de por sí un bien, menos aquellos que se realizan con falta de reflexión, o de forma radical, con rupturas en las formas del pensamiento o sin fundamentos ni racionalidad, por el riesgo posible de generar problemas mayores que los que se tienen en vistas para solucionar. Como lo ha señalado el filósofo del derecho español Pérez Luño, “la ciencia y la cultura no se desarrollan a partir de cambios epistemológicos radicales

* Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile; magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile; profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

que supongan hacer tabula rasa con el pasado; los hombres de ciencia y de cultura comparan, actualizan, revisan y mejoran teorías diversas y se apoyan en teorías anteriores para superarlas¹. Ese proceso se realiza a través de reconstrucciones racionales y reflexivas constantes mediante la investigación y verificación.

El proceso de cambios que experimentamos se ha venido haciendo patente en el constitucionalismo contemporáneo. Desde mediados del siglo XX, con la posguerra mundial, Occidente ha avanzado primero en el desarrollo del Estado de derecho, en lo que algunos denominan el cambio de paradigma desde el Estado de derecho legal al Estado constitucional de derecho o Estado constitucional, paradigma que ha probado sus virtudes, especialmente en una mayor y más efectiva garantía de los derechos fundamentales.

Desde aquellos primeros tiempos del Estado constitucional, los derechos fundamentales de diversas generaciones y sus garantías son un elemento esencial y una condición *sine qua non* para comprender y definir un auténtico Estado de derecho. Asimismo, no puede negarse que el catálogo de derechos humanos está abierto a la incorporación de nuevos derechos a través del derecho, del reconocimiento jurídico nacional respecto de expectativas que en determinados momentos se requiera concretar ante las exigencias de dignidad, libertad, igualdad o solidaridad humanas, pero ello no puede ocurrir ni por simple capricho temporal ni por presiones de intereses particulares que pretendan imponerlo como valor de cambio del momento.

El riesgo o peligro de esto último es lo que se ha calificado con precisión como la “tiranía de los valores”, la imposición de un valor contra otro por parte de un sector social, que termina derivando en una *jurisprudencia de los valores*, en expresión crítica de E. W. Böckenförde. Esa incorporación tampoco puede llevar al catálogo de derechos por decisión jurisprudencial, pues esta, como sabemos, tiene un efecto relativo en el caso particular, y los jueces constitucionales no son legisladores positivos.

La conceptualización de “nuevos principios, derechos o sujetos” no pasa por una creación jurisprudencial innovadora o creacionista, frívola e irresponsable, menos por la perspectiva de modas intelectuales o academicistas, de ideologismos o de artificiales epistemologías posmodernas, sean decoloniales o deconstruccionistas, a contracorriente de la realidad existente y de los principios jurídicos largamente asentados y desarrollados que les dan certeza y seguridad jurídica a las personas y las sociedades, o bien, por el *diktat* de agendas globales emanadas de organismos internacionales demoleadoras de la identidad de comunidades históricas concretas. De aquí que resulte contraproducente la teoría del pluralismo jurídico, pues, so pretexto de garantizar derechos especiales, de dar reconocimiento a supuestos nuevos sujetos, se arrasa con el más democrático de todos los derechos, la igualdad ante la ley, y se retorna a los tiempos pretéritos estamentales o de privilegios de minorías, grupos, castas o nacionalidades de última hora, hasta el punto de anteponerlas a los

¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución* (Madrid: Tecnos, 2005), 600.

valores comunes propios de todos los ciudadanos, como si el bien general pudiera subordinarse al bien particular de una minoría.

Considerar lo anterior resulta relevante a la hora de ejercer nuestra función jurisdiccional, esto es, conocer, decidir, juzgar y persuadir. Estas dimensiones o etapas, especialmente a la hora de resolver sobre derechos fundamentales, deben ejercerse sobre la base de una seria y honesta argumentación racional que no pierda de vista el sentido de justicia, alejada de cualquier emotivismo, emocionalidad o de fundamentos utilitaristas que convierten intereses particulares, grupales o corporativos, de minorías, en derechos humanos o fundamentales, con lo cual, estos “quedan degradados de fines a medios; es decir, a meros instrumentos oportunistas y coyunturales para la defensa de intereses contingentes”²; tal como afirma Pérez Luño.

A continuación, se analizará la jurisprudencia constitucional alusiva al reconocimiento de nuevos sujetos, principios y derechos dentro de la jurisdicción constitucional chilena, describiendo tres sentencias recaídas en conflictos constitucionales originados en controversias medioambientales, de aplicación diferenciada de la ley penal para los naturales de Rapa Nui y de regulación de la inmigración para ciudadanos haitianos. Se debe advertir que las pocas causas sobre el tema que se analiza revelan que la importancia que se le ha dado al mismo, al menos en Chile y probablemente también más allá, obedece a la relevancia y la publicidad que le dan los grupos interesados en forzar su desarrollo y consideración, más que en ser una realidad social y jurídica.

1. STC Rol 9418-20 (Conflicto medioambiental)

En este caso se planteó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acción constitucional que pueden interponer jueces y personas en una gestión judicial a fin de que no se aplique un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución) respecto del artículo 8° inciso primero de la Ley 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, precepto legal que contempla la exigencia de someter a evaluación de impacto ambiental ciertos proyectos o actividades con efectos medioambientales, siendo cuestionada en tal sentido la autorización que la Superintendencia del Medio Ambiente entregó a la municipalidad de Ancud para la operación de un relleno sanitario que no contaba con dicha autorización.

Al respecto, la sentencia en comento hizo una acabada revisión del fundamento constitucional del derecho a la protección medioambiental y su vinculación con los derechos fundamentales de las personas.

En dicho contexto, se hace presente que el reconocimiento constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a que se refiere el artículo 19 numeral 8, constituye el núcleo que sustenta el mandato que recae

² Pérez Luño, *Derechos humanos...*, 603.

en el Estado para dar cumplimiento a esta garantía. En tal sentido, la Ley 19.300, cuerpo legal en que se encuentra inserta la disposición cuestionada, constituye fiel expresión de esta protección y, como tal, no puede ser desconocida, ni aun a pretexto de una circunstancia fáctica como el retardo en las autorizaciones necesarias para la operación del relleno sanitario.

Al respecto, esta magistratura razonó indicando que “la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sólo constituye un derecho fundamental de naturaleza individual y social a la vez, sino, además, un deber de protección, en vistas a la necesidad de hacerlo efectivo, no quedando como un mero enunciado *flatus vocis*” (considerando octavo).

Continuando con el análisis del fundamento constitucional del bien jurídico medioambiental, se resaltó que el mismo es manifestación del deber del Estado de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano y, como tal, presenta un origen común con las restantes garantías que la carta fundamental asegura a todas las personas. Por ello se precisó:

... lo anterior no viene a ser más que una manifestación del mandato constitucional del artículo 5º, el cual dispone el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El razonamiento de este tribunal añade que “este mandato es imperativo y viene a configurar una dimensión avanzada del propio Estado de derecho, bajo la expresión que se ha venido acuñando en la doctrina comparada, de *Estado medioambiental de derecho* (en expresión de Montoro Chiner)” (considerando décimo).

Y, a propósito de este deber estatal, se expresó que el mismo encuentra sustento en “el bien común, como causa final u objetivo esencial del Estado”, en los términos del inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, agregando que

... el territorio nacional, que es uno de los elementos esenciales del Estado, junto al pueblo, la soberanía y el derecho, no sólo debe ser protegido o cautelado en cuanto a su integridad física ante amenazas externas, sino, también, respecto a los peligros o riesgos de daños, debiendo accionar en pro de la preservación, cautela y conservación de sus componentes y recursos naturales, que constituyen un patrimonio de la comunidad nacional o un auténtico bien común general. (Considerando décimo segundo)

A partir de los razonamientos reseñados es posible apreciar cómo el mandato de protección medioambiental se concreta en el cuerpo legal objetado y, específicamente, en el precepto legal reprochado, de modo que omitir en el caso concreto la exigencia de sometimiento al sistema de evaluación de impacto ambiental supone

transgredir el mandato constitucional y afectar los derechos de la comunidad en que se emplaza el relleno sanitario, decisión que no es tolerable, pues supondría desamparar un derecho fundamental que se expresa en su manifestación de protección al medio ambiente y que merece la misma protección que las restantes garantías constitucionales. Por ello, como fue señalado por el Tribunal en esta decisión, se entiende que existe “un auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general” (concepto en la línea de autores como Planiol, Ripper o Capitant).

A partir de lo descrito cabe preguntarse si efectivamente las temáticas medioambientales que en los últimos años se han manifestado con fuerza y han obligado a la institucionalidad de los países a recogerla y explicitarla en los distintos instrumentos del ordenamiento jurídico constituyen efectivamente nuevos derechos o más bien son manifestaciones de aquellas garantías esenciales de raigambre constitucional que son parte de la naturaleza humana y que las circunstancias y la evolución las han puesto de relieve. Pareciera que la respuesta se inclina más bien por la segunda opción y, en dicho contexto, la actividad jurisdiccional de este órgano aparece como determinante para –a través de su jurisprudencia– ir explicitando y resaltando estos derechos fundamentales.

2. STC Rol 4757-18 (Exigencia de visto consular a ciudadanos de Haití)

Este requerimiento fue presentado por un grupo de diputados respecto del Decreto Supremo 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establecía la exigencia de un visto consular de turismo a nacionales de Haití, planteándose un cuestionamiento a las regulaciones migratorias y a la ponderación de factores como la nacionalidad para fundar una decisión legislativa.

En este caso, la decisión de mayoría de esta magistratura fue rechazar el requerimiento, reconociendo que la regulación legislativa en materia de inmigración es legítima en la medida que se funde en argumentos que no importen un tratamiento discriminatorio o carente de razonabilidad. En tal sentido, el reconocimiento de los derechos fundamentales alcanza a todo individuo, nacional o extranjero y, en la búsqueda del necesario balance, corresponde al Estado efectuar las regulaciones que permitan que los procesos de inmigración se realicen de manera ordenada y respetuosa de las garantías de todos quienes habiten el territorio chileno, sin distinción.

Así, se hizo presente que nuestro Código Civil reconoce que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”, y luego el mismo precepto legal señala: “Divídanse en chilenos y extranjeros” (art. 55), lo que evidencia que la distinción existe, está vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, habilita al Estado a efectuar las regulaciones que

estime necesarias, valiéndose de estas categorías, pero en caso alguno vulnerando el reconocimiento principal y que trasciende a dicha distinción, y que está contenido en el encabezado de la misma disposición como es la calidad de persona, titular de derechos fundamentales.

Por ello, el razonamiento de la sentencia en comento precisó:

Es natural que tal diferencia se manifieste –entre otras materias– en la necesidad de un estatuto legal que module el ingreso de los extranjeros al país, cuyo es el caso del DL N° 1.094. Contemplando a este efecto las categorías de turistas, residentes e inmigrantes, nítidamente diferenciadas entre sí por factores objetivos e impersonales, que *nada tienen que ver con el odio, la xenofobia ni con ningún otro sentimiento espurio o ánimo de hostilidad*. (Considerando decimoquinto)

De este modo, el razonamiento de la decisión de mayoría considera tolerable la regulación cuestionada, en la medida que responda a fundamentos ajenos a toda forma de discriminación o arbitrariedad, pues ello importaría vulnerar derechos que son inherentes a la persona, lo que no es aceptable desde la lógica constitucional. Así, se evidencia que más que establecer un nuevo derecho, lo que hace este Tribunal es reconocer, una vez más, las garantías fundamentales inherentes a todo ser humano, trascendiendo a cualquier diferenciación, a fin de llevarlas a la concreción de una situación fáctica en la cual se pretende conciliar una regulación migratoria con el respeto y la observancia de las garantías constitucionales.

En atención a ello es que la decisión de la mayoría en el pronunciamiento en análisis expresa que “lo dicho, no puede interpretarse en el sentido de que el Estado chileno –al dictar sus leyes o decretos– pueda comportarse ‘arbitrariamente’ con los extranjeros”. El que se le conceda un espacio de discrecionalidad para regular el ingreso, la estadía y permanencia de los extranjeros en el país, en ejercicio de la soberanía, tal como apuntan acá los diputados requirentes, no significa que las autoridades de caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad, antes explicados.

Nada más consecuente con el derecho público chileno que entender la proscripción de la arbitrariedad –formulada además en la prohibición de que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”– como parte integrante de las bases de la institucionalidad (considerando decimosexto)

En la misma línea argumental, el razonamiento descarta la consideración de una determinada nacionalidad de manera discrecional como elemento que sustente una discriminación legislativa, desde que

... la queja del requerimiento (fs. 9), de que no existiría simetría entre los haitianos con relación a las personas peruanas o colombianas que forman las

comunidades más grandes en Chile, carece de pertinencia, puesto que se está en presencia aquí de un decreto presidencial que, por su propia naturaleza y por mandato legal, debe efectuar diferencias en razón justamente de la nacionalidad de sus destinatarios. Si el problema que el Decreto objetado trata de remediar se ha producido en relación con los turistas haitianos, es obvio que el mismo tratamiento no se puede hacer extensivo a cualquier posibilidad de trato discriminatorio o carente de razonabilidad y reforzando a los turistas provenientes de otro país, *sin riesgo de incurrir en una indebida equiparación entre desiguales*. (Considerando decimoséptimo)

Y de este modo, la decisión de esta judicatura vuelve a razonar sobre la base del respeto a los derechos fundamentales como eje rector de su decisión, proscribiendo el principio de supremacía constitucional como parámetro de ponderación de las decisiones legislativas sometidas a su conocimiento.

3. STC Rol 8792-20 (Inconstitucionalidad de ley penal diferenciada para naturales de Rapa Nui)

Este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue presentado por el juez del juzgado mixto de Rapa Nui respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua. El primer artículo establecía que frente a uno de los delitos que la norma consigna, cometido por una persona natural de la isla se le aplicaría una pena inferior en un grado a aquella que correspondería a cualquier persona por la comisión del mismo ilícito. Por su parte, el artículo 14 otorgaba a estas mismas personas, por el solo hecho de ser “naturales” de la isla, el derecho a cumplir hasta dos tercios de la penalidad fuera de establecimientos carcelarios.

Planteado el cuestionamiento respecto a la valoración y el reconocimiento de las costumbres, tradiciones y cultura de los pueblos originarios como elemento fundante de un tratamiento penal diferenciado, el tribunal se manifestó por acoger el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad de ambas disposiciones, planteando que establecían un verdadero “privilegio” en favor de las personas naturales de Rapa Nui, que no resultaba concordante con el orden constitucional; al respecto, esta magistratura señaló que “el privilegio del artículo 13 en materia sexual supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas” (considerando decimocuarto).

De este modo, se hizo hincapié en la preeminencia de las garantías constitucionales enfrentadas a las costumbres de pueblos originarios, indicándose al efecto que “en el plano de los principios en Chile, las costumbres indígenas no rigen si son contrarias a la ley y a la Constitución”, añadiéndose que este estándar ha sido recogido por instrumentos internacionales que han dispuesto expresamente que

... tratándose de costumbres indígenas penales, estas no pueden ser incompatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo por cierto el principio de legalidad penal (artículo 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT). Además, se exige la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). (Considerando vigesimosegundo)

Junto a lo anterior se efectuó un reconocimiento de la realidad de las mujeres que eran víctimas de ataques sexuales al verificarse la precariedad de la protección con que cuentan y lo contraproducente de regulaciones legales que, lejos de resolver dicha problemática, favorecen este trato vejatorio. Por ello, la decisión de mayoría del Tribunal planteó que “la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece”. En este sentido, las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias por delitos de violación y por violencia intrafamiliar en Isla de Pascua alertan sobre una situación deficitaria en materia de protección de la mujer y, particularmente, de la mujer indígena frente a la violencia de género.

“Esta dimensión se agudiza tratándose de espacios geográficos tan limitados y concentrados como una isla, los que en aplicación del artículo 14 de la Ley 16.441, en un cumplimiento penal prácticamente en medio libre, supone una inmanencia del agresor sobre su víctima” (considerando cuadragésimo cuarto).

La posición de reproche constitucional efectuada en este requerimiento encuentra otro argumento en la prevención particular que también se manifestó por acoger el requerimiento, al indicar que “el legislador de los años sesenta, al dictar la Ley N° 16.441 que ‘Crea el Departamento de Isla de Pascua’ instauró un *privilegio* en materia penal respecto de los chilenos, naturales de Isla de Pascua que cometan delitos contra la propiedad o de índole sexual” (considerando 2° prevención por acoger de los ministros Aróstica, Letelier y Vásquez).

En definitiva, la decisión de este Tribunal recoge un aspecto inherente a la evolución del tiempo, al tener que resolver respecto de una regulación cuyo origen databa de muchas décadas y que en los tiempos presentes resultaba inconciliable con las garantías constitucionales.

En este sentido, el problema reseñado no nos muestra un nuevo “sujeto de derecho”, ni un nuevo ámbito de protección, sino que recoge la necesidad de concretar garantías que forman parte del orden constitucional en igualdad de condiciones para todas las personas, y que por la evolución inherente de las sociedades muchas veces han quedado relegadas o invisibilizadas, en este caso, con énfasis en la situación de las mujeres que eran víctimas de delitos sexuales y que junto con el vejamen que de ello derivaba, se veían enfrentadas, además, a una respuesta legislativa que establecía un tratamiento diferenciado para el agresor, fundado en una “costumbre” o modo

de relacionarse con el entorno propio de su origen. Así las cosas, esta magistratura señala que no puede existir una justificación para tolerar abusos o infracciones a las garantías esenciales del ser humano, ni aun bajo el pretexto del origen del infractor, pues frente a tales consideraciones existe una barrera que es infranqueable y está representada por la Constitución.

Como corolario de esta problemática, huelga indicar que, con posterioridad a la decisión de este requerimiento, esta magistratura inició de oficio un proceso de inconstitucionalidad tendiente a excluir definitivamente estas normas del orden jurídico nacional, decisión que se concretó en la STC 12415-21, que señaló expresamente que la existencia y aplicación de estas normas “configuran un privilegio injustificado para el hechor y un menoscabo inmerecido para las víctimas, sino que, además, desvirtúan la función jurisdiccional, consistente en adjudicar la sanción proporcionada a la ilicitud cometida” (considerando decimonoveno).

Conclusiones

1. La jurisprudencia reseñada da cuenta de cómo esta magistratura, a partir del conjunto de derechos y garantías que forman parte del catálogo de la Constitución, da respuesta a problemáticas que se manifiestan a partir de los cambios que ha experimentado el mundo y nuestra sociedad en particular.

Fenómenos como la migración, la protección medioambiental o el amparo de personas cuyos derechos han sido invisibilizados, no constituyen en esencia problemas que requieran crear nuevos derechos constitucionales o fundamentales, sino que son expresiones de conflictos de constitucionalidad que, como se ha ilustrado con los casos expuestos, a partir de los derechos y las garantías reconocidas en la carta fundamental, han podido ser objeto de una adecuada respuesta jurisdiccional de parte de este Tribunal Constitucional.

2. Hablar de nuevos principios, nuevos derechos o sujetos de derecho, en caso alguno puede entenderse como una realidad desprendida de aquella construcción de principios y normas que conforman la Constitución. Y bajo esa premisa, la labor de esta magistratura se orienta a la concreción del principio de supremacía constitucional, a velar por el respeto y la observancia plena de los derechos fundamentales, y a preservar la debida armonía que debe existir entre la aplicación de la ley y la carta fundamental. Esto no debe ser entendido como expresión de un rol exclusivo y excluyente del juez constitucional. Por el contrario, si bien la labor jurisdiccional juega un rol preponderante en acoger las demandas de las personas que estiman transgredidas sus garantías y derechos, y buscan una solución acorde al texto constitucional, sin duda que el respeto de los lineamientos constitucionales y, a través de este, el fortalecimiento de la Constitución, es una labor que involucra a todas las instituciones públicas en su conjunto.

3. Siguiendo las palabras de Otto Bachof, “naturalmente, la defensa y protección de la Constitución y de su sistema de valores constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales y sobre todo, del legislador. Pero en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho, la última palabra”³
4. Por tanto, corresponde que el ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan los magistrados constitucionales sea desarrollado con la mayor rigurosidad argumentativa y sin perder de vista el lineamiento que delimita su accionar: la observancia del texto constitucional, pues, al ceñirse a su preceptiva no existe posibilidad alguna de desconocer un principio perteneciente al orden constitucional, tampoco, tolerar la vulneración de un derecho inherente a la naturaleza humana ni menos aun dejar sin amparo ni protección a un sujeto de derecho.
5. En definitiva, conviene tener presente que la conceptualización de “nuevos principios, derechos o sujetos” se circunscribe al reconocimiento de nuevas expresiones de unos derechos preexistentes, de larga data y tradición, a través de la labor hermenéutica que realizan los órganos garantes de la Constitución, y que se expresa en sus sentencias, fuente prístina del verdadero propósito de aquella norma fundamental.
6. En fin, no es rol de una corte o tribunal constitucional el creacionismo o voluntarismo jurídico o de derechos fundamentales, tampoco su recepción incondicional, es decir, la promoción de una jurisprudencia creadora de principios, derechos o sujetos, porque tal activismo judicial constituye una desnaturalización no solo de aquel rol, sino, también, de la actividad legislativa y de la ley, como norma destinada a desarrollar los mandatos constitucionales, sobre la base de la discusión pública racional y razonable, sin exceder, por cierto, los límites y contenidos que tales mandatos establecen.
7. La función jurisdiccional se legitima, como lo ha señalado Pierre Rosanvallon, por su carácter imparcial y de terceros reflexivos: “hacen justicia al pueblo-principio”, similar a la expresión de Ronald Dworkin al calificarla como “foro de principios”, esto es, porque tienen como función esencial recordar que el soberano no se reduce a su expresión electoral mayoritaria y obliga a estas a tomar en cuenta a aquel en la confrontación permanente entre las urnas y los principios. Lejos de conformarse con juzgar, participan en el enriquecimiento del corazón de la deliberación democrática: la determinación y el fortalecimiento del ser-juntos. Por ello, el mismo autor se permite hacer una diferencia que conviene poner de relieve aquí a propósito de lo que se ha expresado en relación con el reconocimiento de derechos, principios y sujetos, no porque no se sepa, sino porque suele no recordarse que “el derecho constitucional surge de una larga temporalidad de la democracia, mientras que las decisiones del Poder Ejecutivo o las formulaciones del Legislativo se inscriben en

³ Otto Bachof, *Jueces y constitución* (Madrid: Civitas, 1985), p. 47.

ciclos más cortos”⁴ La misma observación corresponde hacer respecto de la justicia constitucional, como foro reflexivo y racional, indispensable para los efectos de generar una jurisprudencia seria y de largo alcance y no al gusto de modas académicas o de ideologías.

Termina Rosanvallón con una sentencia sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional:

Esas cortes, al dedicarse muy en particular a los derechos y a los principios fundamentales, cumplen un papel de activación de la memoria colectiva. Incluso se puede considerar que su vigilancia tiene en esta medida, una función de orden representativo. Es una representación de memoria, que consiste en mantener y darle vida a los valores fundamentales de la democracia.⁵

Bibliografía

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

⁴ Bachof, *Jueces y constitución*, 208.

⁵ Pierre Rosanvallón, *La legitimidad democrática* (Buenos Aires: Manantial, 2009), p. 207.