Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

José Luis Cea Egaña (Chile) *

Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo

1. Una invención feliz

Rectamente entendido, en el Estado constitucional de nuestra época un principio organizativo y legitimante fundamental es el de *separación* o *división de poderes*.[1] Tal premisa resulta ya pacífica, porque en ese tipo de asociación política el principio aludido deriva del imperativo de vigilar el ejercicio de la dominación humana para asegurar, de la mejor manera posible, el respeto y la promoción de la dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de ella,[2] cualesquiera sean las circunstancias que se vivan.[3]

Trátase de una premisa antropológico-cultural cuya consecuencia organizativa es la democracia, entendida como estilo de vida y no sólo en cuanto procedimiento destinado a resolver, pacíficamente, los conflictos políticos.[4] Obsérvese, además, que la legitimidad formal y material del ordenamiento jurídico depende, en medida decisi-

---

* Profesor titular de la Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile. Presidente del Tribunal Constitucional. ‹joseluisceaegana@tribunalconstitucional.cl›.

[1] Ésta es la denominación común, aunque inexacta, porque el poder o soberanía es uno e indivisible, de modo que sólo es su ejercicio, en órganos diferentes, el que motiva la distribución de potestades o competencias y el control entre ellos.

[2] Peter Häberle: *El Estado constitucional,* Lima: PUCP, 2003, pp. 193 y 203.

[3] Antonio María Hernández (ed.): *Las emergencias y el orden constitucional,* México: UNAM, 2003, pp. 3 ss. Cf. Carl Schmitt: *Political Theology,* Cambridge (Massachusetts): MIT, 1988, pp. 5 ss.

[4] Häberle: o. cit.

va, de la vigencia real del mismo principio. Lamentablemente, la formalización positivista de aquél llevó a su identificación con el mecanicismo racionalista, apartándose de cuanto Montesquieu, observador agudo de los hechos,[5] había concebido con base en y para la consecución de objetivos sustantivos y más complejos:[6] el equilibrio entre las tres clases o estamentos de la sociedad inglesa de la época, cada cual representada en el mando político, de modo que ninguna llegara al extremo de abusar de los otros.[7]

El principio implica, consiguientemente, mucho más que el funcionamiento automático de un artificio, pues asume el ejercicio seguro de la libertad, la igualdad y la justicia en democracia, valores configurativos, en definitiva, de un régimen pluralista, con distinción nítida entre el Estado y la sociedad civil, sin perjuicio de las interrelaciones entre uno y otra. Ahora que el debate para la reforma de las Naciones Unidas ha permitido visualizar la constitucionalización del derecho internacional, la arquitectura institucional que irá emergiendo tendrá en la "separación de poderes" un criterio matriz tan indiscutido como ineludible.[8]

Entendido así el principio, puede reafirmarse hoy, tal como en 1789,[9] que es un derecho humano fundamental el de vivir en un régimen político con "separación de poderes". Como tal, trátase de una de las más felices invenciones de la historia del espíritu y la cultura.[10] Imperativo es reconocer, sin embargo, que ese hallazgo está sujeto a toda clase de circunstancias, entre las cuales se hallan riesgos que ponen de manifiesto otro paradigma de Montesquieu: el precio de la libertad es la vigilancia eterna del ejercicio del poder de unos hombres sobre sus semejantes.[11]

2. Complementación y enriquecimiento

El principio de "separación de los poderes" ha experimentado cambios significativos, sin alterar su médula. Entre ellos cabe realzar la subdivisión de los órganos

---

[5] I *El espíritu de las leyes* (1748), Madrid: Sarpe, 1984, pp. 166 ss.

[6] Franz Neumann: *The Democratic and Authoritarian State,* Nueva York: Free Press, 1966, pp. 96 ss. Existe edición en español de Paidós, Buenos Aires, 1973.

[7] Revísese la semblanza de Charles-Louis de Sécondat, barón de la Brède y de Montesquieu (1689-1755), escrita por Juan B. Vallet de Goytisolo, incluida en Rafael Domingo (ed.): II *Juristas universales,* Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 559 ss.

[8] Revísese, en general, Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (coords.): *Estado constitucional y globalización,* México: Porrúa, 2001.

[9] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, cuyo artículo 16 señala: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución". Sigue siendo sugerente el estudio que acerca de esa Declaración hizo Georg Jellineh en 1895, publicada después con un análisis preliminar de Adolfo Posada y, más tarde, con introducción de Miguel Carbonell, por UNAM, México, 2003.

[10] Häberle: o. cit., p. 208.

[11] Norberto Bobbio: *Teoría general de la política,* Madrid: Trotta, 2003, pp. 299 ss; y Hans Welzel: *Introducción a la Filosofía del Derecho,* Madrid: Aguilar, 1974, pp. 264 ss.

estatales, que abarcan entes constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Ministerio Público, la Contraloría General y el Defensor del Pueblo.[12] Ya no son, por lo tanto, sólo tres los "poderes", como sostuvo la doctrina clásica, siguiendo primero al libertario Locke[13] y después a Montesquieu.[14] Hoy esos son poderes en sentido pleno, no *extra* ni *minipoderes*, como suele llamárselos, con lo cual se rebaja su rol en el sistema gubernativo.[15]

Otra modificación sustancial, casi coetánea de la formulación original del principio, estriba en que los "tres poderes" nunca estuvieron separados ni era concebible que hubieran sido independientes entre sí, porque entonces tampoco habrían podido coordinarse ni cumplir la finalidad reconocida a la teoría.[16] Efectivamente, la mentalidad práctica de los políticos y constitucionalistas norteamericanos,[17] ya en 1788-1789, afirmó que la división de órganos y funciones estatales era ineficaz para defender la libertad sin la dispersión territorial de la dominación y la práctica de frenos y contrapesos efectivos. Esa afirmación implicaba, por supuesto, reafirmar que los "poderes" se hallaban sólo parcialmente separados, porque en lo demás estaban unos a otros dispuestos para controlarse recíprocamente.[18] El control y la responsabilidad subsecuente eran el objetivo que se perseguía concretar en la tesis federalista. Además, el enfoque de los frenos y contrapesos propugnaba el equilibrio en las atribuciones de los "tres poderes", sin que el servicio de ninguna competencia relevante quedara eximido de control. Enfocado desde el ángulo del tipo presidencial de gobierno, se acentuaba, entonces, la distancia entre los órganos constitucionales, pero sin perjudicar el balance perseguido.

El principio, complementado en los términos expuestos, mantiene plena vigencia y continúa suscitando estudios sobre su aplicación en el Estado posmoderno o contemporáneo.[19] En esa vertiente novedosa lo hallamos inserto en el contexto del sistema de control que rige en dicho Estado. Es decir, ya no se trata sólo de frenos y contrapesos, en el sentido estricto de los "tres poderes" clásicos, sino, además y con respecto a la sociedad civil, de una matriz más compleja, de la cual forman parte los

---

[12] Consúltese del autor su *Teoría de gobierno,* Santiago: Universidad Católica de Chile, 2000, pp. 70 ss.

[13] John Locke: *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690), Madrid: Aguilar, 1965, pp. 102 ss. Una imagen de la vida y obra inconmensurable de Locke (1632-1704), escrita por Joaquín Abellán, se halla en II *Juristas universales,* o. cit., pp. 430 ss.

[14] *El espíritu de las leyes,* o. cit., pp. 173-174.

[15] Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 92.

[16] Karl Joachim Friedrich: I *Gobierno constitucional y democracia,* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 347 ss.

[17] *El Federalista,* México: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 219 ss.

[18] Ibídem.

[19] V. gr., Héctor Fix-Zamudio: *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano,* México: Porrúa, 2005, pp. 13 ss.; y Antonio Carlos Pereira Menaut: *Teoría constitucional,* Santiago: Lexis Nexis, 2006, pp. 101 ss.

nuevos entes constitucionales autónomos ya nombrados. Además, hoy la sociedad civil misma interviene, incesantemente movilizada por la subsidiariedad y la solidaridad, hacia la conquista de decisiones en procesos de interés colectivo. Es la fórmula semidirecta de la democracia la que así se propugna, con la reducción correlativa del mandato libre, ideado por Edmund Burke,[20] que ha derivado, más de una vez, en el ejercicio de la representación sin fiscalización constante y efectiva.

En la misma línea de pensamiento cabe destacar los procesos de descentralización territorial de las políticas y resoluciones públicas.[21] Este fenómeno subyace al federalismo real y no meramente proclamado en los textos constitucionales. Ponderando sus virtudes, aunque asumiendo la imposibilidad de trasplantarlo al Estado unitario, los analistas fueron descubriendo, sucesivamente, las fórmulas de la desconcentración y descentralización administrativa, para, después de un siglo de evolución, llegar a la regionalización, esto es, un tipo de organización territorial de la soberanía-autonomía que abarca a todos los "poderes" susceptibles de desempeñarla en sus aspectos orgánicos y funcionales. En el fondo, esta nueva estructura estatal satisface mejor dos finalidades relevantes y que se mencionan aquí por sus ligámenes con el tema en examen: una, las demandas de mayor participación de la democracia de masas en que vivimos, con el fortalecimiento del control de la ciudadanía sobre sus representantes a través del acercamiento de las decisiones a la población de las comunidades territoriales que serán afectadas por ellas; y otra, la reducción de la hegemonía de los partidos políticos, para subordinarlos a las decisiones de las colectividades locales en asuntos que son de interés para la población del área territorial respectiva.[22] En nexo con tales fuerzas políticas, a mayor abundamiento, no puede ser silenciada una deducción reconocida y elemental: donde manda un solo partido o coalición férrea de tales colectividades políticas no puede, por definición, alcanzar eficacia el principio en estudio. Aunque se utilicen argucias para disfrazar esa realidad, se torna nítido que el paso del tiempo las deja de manifiesto, con el descrédito consiguiente.

En suma, en el Estado de nuestra época se halla configurada una matriz del control, integrada hoy por los frenos y contrapesos que, según el origen, la dirección y el destinatario del mando pueden ser verticales y en sentido estricto, en los términos que formuló la teoría en su versión clásica, o bien adicionados y enriquecidos con los

---

[20] *Escritos políticos,* México: Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 206 ss. Del humanista Burke (1729-1797) puede leerse una síntesis de su obra política y jurídica escrita por Antonio Torres del Moral, incluida en II *Juristas universales,* o. cit., pp. 667 ss.

[21] Robert E. Sovdin y Hans-Dieter Klingemann: *A New Handbook of Political Science,* Oxford University Press, 1998, pp. 551 ss.

[22] Francia, el Estado centralizado por excelencia, emprendió el proceso de rectificación descrito en el año 2003. Consúltense, al respecto, las obras siguientes: Renaud Denoix de Saint Marc: *L'État,* París: PUF, 2004; Pierre Pactet: *Les institutions françaises,* París: PUF, 2003; Didier Truchet: *Le droit public,* París: PUF, 2003; y Pierre Pactet y Ferdinand Melin-Soucramanien: *Droit constitutionnel,* París: Sirey, 2006, pp. 42 ss.

controles horizontales y de significado amplio, típicos de la descentralización regionalizada del ejercicio de las potestades públicas, concomitante con la participación creciente de la comunidad política en regímenes pluralistas en ideas, centros de poder y recursos de toda índole. La democracia y el Estado constitucional son los beneficiarios de tan valioso progreso, pero una y otro sin más rango que el de instrumentos, puesto que se conciben y encuentran legitimidad en la medida en que sirven a la persona, individualmente o asociada.

3. El caso chileno

En el contexto de ideas expuestas cabe analizar el tema en su proyección concreta al régimen constitucional chileno. Para ello se torna conveniente examinar, por separado, la función de la justicia constitucional y la posición de ésta en el marco de la "separación de poderes". Con antelación, sin embargo, bosquejaré la evolución institucional de nuestro país en el tema, pues así quedará demostrado el nexo de aquel principio con la trayectoria republicana de Chile.

3.1. Trayectoria histórica

En casi doscientos años de independencia, sólo dos de los diez textos constitucionales chilenos se han referido, por su nombre, al principio de "separación de poderes".[23] Con lenguaje idénticamente enfático, sin embargo, procede agregar que, desde 1812, la falta de expresiones explícitas no ha disminuido la presencia, vigencia y exigibilidad de ese principio.[24] Contrapunto notable fue el decreto ley n.º 1,[25] en virtud del cual el nuevo régimen *de facto* asumió "el Mando Supremo de la Nación", declarando que iba a garantizar la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y a respetar la Constitución y las leyes, "en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados" que se había propuesto cumplir la Junta Militar de Gobierno.

En análogo orden de ideas cabe agregar que, a partir de 1833, Chile fue arraigando el presidencialismo, al punto que hoy es una tradición difícilmente comparable con la de otro régimen en América Latina. La Constitución de 1980, reformada diecisiete veces, no ha modificado en su esencia ese presidencialismo, consecuencia de lo cual es la existencia de un Congreso Nacional, un Poder Judicial y una Contraloría General de la República débiles en su estructura orgánica, potestades, recursos hu-

---

[23] Artículo 12 de la Constitución de 1822 y artículo 22 de la Constitución de 1828.

[24] Véase, en general, Luis Valencia Avaria: I *Anales de la República,* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1987.

[25] Acta de Constitución de la Junta de Gobierno de la República de Chile, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de septiembre de 1973.

manos, autonomía presupuestaria y procesos de modernización. El desequilibrio en la radicación de facultades, rechazado por la teoría, halla en nuestro país, por consiguiente, una clara y objetable acogida. Secuela de tal premisa es que los nuevos órganos constitucionales autónomos enfrentan dificultades con la Presidencia de la República, desde la designación de sus miembros, en algunos casos, hasta la formulación y ejecución de sus presupuestos, el desempeño de las competencias que la Carta Política les ha conferido y la independencia funcional que, por principio, tiene que serles siempre reconocida.

En ese contexto debe ser situado el Tribunal Constitucional, creado en 1970, en funciones a partir de 1971, disuelto en 1973 y restaurado en 1981. Al cabo de veinticinco años de labor, dicho Tribunal goza de prestigio, ganado durante los años cruciales de recuperación de nuestra tradición democrática y conservado hasta hoy. La independencia de los ministros, asociada a su coraje, erudición y jurisprudencia innovadora, es clave para explicar tal fenómeno. Comprensiblemente, por lo tanto, las sentencias del Tribunal son ampliamente respetadas, aunque no se hallan exentas de alguna crítica.[26]

Evidencia de ese prestigio es la última reforma a la Carta Fundamental, hecha en agosto de 2005, que elevó a diez el número de ministros, aumentó a dieciséis las competencias exclusivas del Tribunal y reservó a la ley orgánica de la institución la regulación de los procedimientos respectivos. En suma, sin llegar a un control concentrado, es claro que el régimen chileno se ha distanciado del control difuso de supremacía que existía con anterioridad a esa enmienda.[27]

Fuerza es advertir, no obstante, que el Tribunal es titular de otras y decisivas competencias, todas susceptibles de ser ligadas con el imperio del principio de "separación de poderes" y los frenos y contrapesos respectivos. Por ejemplo, dicha magistratura resuelve las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas, de un lado, y los tribunales inferiores de justicia, de otro; declara la inconstitucionalidad de los partidos, organizaciones y movimientos que incurren en los ilícitos descritos en el Código Político; emite opinión fundada acerca de la inhabilidad del presidente de la República o del presidente electo; en fin, se pronuncia en punto a las inhabilidades y renuncia de los parlamentarios, así como con respecto a los impedimentos que afecten a los ministros de Estado para ser nombrados o seguir en el cargo.[28]

---

[26] Consúltese la serie de monografías sobre el tema publicadas en IV *Ius et Praxis* n.º 1, 2006.

[27] Derivado del artículo 6 de la Constitución.

[28] Artículo 93, inciso 1.º, n.ºs 10.º, 11.º, 12.º, 14.º y 15.º.

3.2. Función y posición en el sistema

La Justicia Constitucional en Chile ha ido, lenta pero sostenidamente, conquistando el espacio institucional que le corresponde en el Estado de derecho. Cualquier analista riguroso comprende lo difícil que es vencer obstáculos en ese camino. Ello ha sido consecuencia del reconocimiento creciente del principio de supremacía, sustantiva y procesalmente concebido, defendido con rasgos impecables por el Tribunal. Correlativamente, la ley y los actos administrativos han quedado en situación de ser revisados, especialmente por los jueces, para compararlos con la Carta Fundamental y decidir si están o no de acuerdo con ella.

La función esencial de la Justicia Constitucional es la defensa del espíritu, la historia y la letra de la Carta Política, en todo momento y circunstancia, quienquiera sea el que la amenace o quebrante. Pero ¿con qué objetivos o propósitos lo hace? Para tutelar la dignidad humana y los atributos que fluyen de ella, en especial de las minorías y marginados, y después, con el ánimo de resolver los conflictos interórganos constitucionales, mediante la aplicación del Código Político. A esos dos objetivos matrices suelen añadirse otras competencias, verbigracia, las previstas en el artículo 93, n.os 10, 11, 13, 14 y 15, de la Carta Fundamental vigente. Sólo así la Constitución cobra primacía efectiva. Procede observar que, en el término genérico *justicia constitucional,* sobresale el Tribunal, la corte o sala respectiva, por su jerarquía suprema en el servicio de los tres roles descritos. Con base en esa premisa se despliegan las atribuciones de las cuales el Tribunal, la corte o sala son titulares para obrar dentro y con sujeción a la Constitución, nunca por sobre ella.[29] La posición del Tribunal en el sistema institucional fluye de lo ya escrito: trátase de un órgano de jerarquía máxima, tipificado por la autonomía plena en el servicio de sus atribuciones exclusivas, aunque carente de imperio para hacerlas cumplir.[30]

En conexión con lo recién expuesto, útil es destacar, a propósito del proceso de control de supremacía en el ámbito de los textos constitucionales, que él fue iniciado con la incorporación del recurso de inaplicabilidad de preceptos legales en la Constitución de 1925. Antes, el legislador disponía a su arbitrio, probablemente porque el nivel de conciencia constitucional, en especial a propósito de cuanto implicaba la supremacía ante la ley, dictada por el soberano, era mínimo.[31] Quedó así la Corte Suprema

---

[29] Gustavo Zagrebelsky: *Principi e voti: La Corte Costituzionale e la politica,* Turín: Giulio Einaudi, 2005, pp. 38-39.

[30] Revísese Miguel Ángel Fernández González: "La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes de derecho", en IV *Ius et Praxis* n.º 1, pp. 125 ss.

[31] Consúltese Eugenio Valenzuela Somarriva: "Labor jurisdiccional de la Corte Suprema", en Eugenio Valenzuela Somarriva (coord.): *Proposiciones para la reforma judicial,* Santiago: Centro de Estudios Públicos, 1991, pp. 157 ss. Revísese, además, Hernán Larraín Fernández: "Recurso de inaplicabilidad, amparo y protección. Un análisis de la labor judicial", en XVII *Revista Chilena de Derecho* n.º 1, 1990, pp. 87 ss.

habilitada por controlar la supremacía en el sentido descrito. La experiencia resultó, sin embargo, pobre en punto a la defensa del Código Político; por ejemplo, a raíz de haber establecido la jurisprudencia de esa corte que el principio de "separación de poderes" le impedía entrar a examinar los aspectos nomogenéticos de las disposiciones legales, por lo que admitía como válidas e imperativas normas de esa jerarquía que eran contrarias a la Constitución. Algo semejante ocurrió con el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de la República y, en general, a propósito de los actos administrativos discrecionales. Una tesis tan formalista culminó, obviamente, aumentando las potestades del Poder Ejecutivo y eximiéndolas de control de supremacía. Se decía que Chile era una sociedad ingobernable y que "el resorte maestro de la máquina", es decir, el presidencialismo exacerbado, era el único que permitía dominarla.[32] Hacia 1970, sin embargo, la evidencia de los acontecimientos históricos demostraba que tanta fe en el presidencialismo iba a terminar sofocando la democracia. Desgraciadamente, así ocurrió y con rasgos inusitadamente cruentos.

El Código Político de 1980 contempló ciertos mecanismos destinados a rectificar tan deplorable situación. Por ejemplo, fue ampliada la gama de posibilidades para declarar la inaplicabilidad de las leyes, por vicios de forma o de fondo, en cualquier asunto o gestión en que hubieren sido invocadas para decidirlos.[33] Análogamente útil es recordar la introducción del recurso de protección (*amparo*, denominado en México y otros países) para tutelar el respeto en el ejercicio legítimo de la mayoría de los derechos fundamentales.[34] En la misma línea de reflexión se halla el trámite preventivo denominado *toma de razón,* efectuado en la Contraloría General de la República con respecto al mérito constitucional y legal de los decretos supremos y resoluciones de la Presidencia de la República.[35] Por último, los presidentes de cada una de las dos cámaras del Congreso Nacional quedaron facultados para pronunciar la admisibilidad o no tramitación de los proyectos de ley una vez cotejados con el Código Político.[36]

El balance de tal enriquecimiento del sistema de control de la supremacía, evidencia de la "separación de poderes" con los frenos y contrapesos respectivos, podía, al cabo de un cuarto de siglo, ser calificado de alentador, pero sin llegar a ser promisorio. Hubo, en efecto, numerosas manifestaciones de quebrantamiento de la supremacía que no tuvieron el correctivo de rigor. Preponderantemente, ellas eran causadas

---

[32] Expresión usada por el ministro Diego Portales en 1832 para caracterizar al primer mandatario en el Gobierno, fuerte y centralizador, que él visualizó para Chile y cuya institucionalización alcanzó a iniciar. Revísese, con relación al tema, Simon Collier: *Ideas y políticas de la independencia de Chile 1808-1833,* Santiago: Andrés Bello, 1977, pp. 302 ss. Consúltese también Ernesto de la Cruz y Guillermo Feliú Cruz: II *Epistolario de don Diego Portales,* Santiago, 1937, p. 203.

[33] Artículo 80, hoy artículo 93, inciso 1.º, n.º 6, e inciso 11.º.

[34] Artículo 20.

[35] Artículo 99.

[36] Artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ley n.º 18 918 de 1990 y sus reformas.

por demasías de la Administración, en tiempos de crisis o de normalidad institucional. Sería inexcusable, en tal sentido, callar que, al cabo de ochenta y un años de haber sido creados por la Constitución de 1925, Chile todavía carece de tribunales dedicados al contencioso administrativo. Se cierra este párrafo con una nota sobre la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado acerca de dicho principio.[37] En síntesis, no son frecuentes tales sentencias, pero sí suficientes y uniformes como para sostener que existe reiteración y coherencia. Un ejemplo, que es el más reciente, se inserta a continuación:[38]

> La norma transcrita [alude al artículo 62 de la Constitución] consagra el llamado fuero, garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes —valores esenciales del Estado de Derecho—, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular.

3.3. Perspectivas

La reforma de 2005 avanzó en la dirección adecuada, incrementando el modelo concentrado de dicho control, radicándolo en el Tribunal Constitucional, pero sin llegar, como fue advertido, a la concentración plena o total de él en esa magistratura. En concreto, hoy el Tribunal Constitucional ejerce el control *ex ante* de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de las normas de los tratados internacionales que sean de esa naturaleza. Lo mismo hace con los auto acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones.[39] De él es también la potestad de vigilar, *ex post,* la legitimidad de los preceptos legales, pronunciando su inaplicabilidad y la subsecuente inconstitucionalidad cuando vulneran el Código Político. En fin, el Tribunal puede servir también el control *ex post,* pero sólo por breve tiempo, de la potestad reglamentaria del presidente de la República.[40]

Ya ha quedado de manifiesto, sin embargo, la existencia de disposiciones, emanadas de órganos diversos, todas las cuales se hallan sustraídas del control de supremacía. El postulado de la teoría queda, por lo tanto, incumplido. En la nómina aludida es posible incluir los reglamentos parlamentarios, los actos administrativos que la ley exime del trámite de toma de razón, las instrucciones generales del Ministerio Público y los acuerdos del Banco Central que afecten los derechos fundamentales. A tal

---

[37] Desde 1981, la mención del principio de separación de poderes se halla en las sentencias siguientes: rol n.º 23, rol n.º 205, rol n.º 242, rol n.º 253, rol n.º 309 y rol n.º 325.

[38] Rol n.º 478 de 2006.

[39] Artículo 93, inciso 1.º, n.º 2.

[40] Artículo 93, inciso 1.º, n.º 16.

elenco se añade la falta de un sistema regulatorio del contencioso administrativo,[41] reparo que adquiere mayor gravedad de cara a resoluciones y otros actos de esa índole que se hallan liberados de la toma de razón con sujeción a lo dispuesto por la Contraloría General de la República.

La normativa concerniente a la emergencia constitucional, finalmente, fue objeto de positivas enmiendas,[42] de las cuales, por su pertenencia en el tema de este artículo, fuerza es destacar la ampliación de las posibilidades que la Constitución confiere ahora a los tribunales superiores para cautelar el respeto de los derechos humanos mediante los recursos de hábeas corpus y de protección.[43]

3.4. Sumisión de la ley a la Constitución

Culmino esta parte del ensayo deteniéndome, con alguna extensión, en las enmiendas hechas a la Constitución en agosto de 2005 para fortalecer el control de supremacía de los preceptos legales. Sin duda, es la innovación de mayor envergadura, razón que justifica comentarla.

El análisis debe ser situado en ligamen con la nueva situación que la ley, como categoría de norma jurídica positiva, tiene en el Estado de derecho contemporáneo. En efecto, a raíz de la relativización del concepto de soberanía por el respeto que debe a la dignidad de la persona y a los derechos esenciales inherentes a esa cualidad del ser humano, resulta que la ley dejó el sitial privilegiado que tuvo por siglos, descendiendo para quedar subordinada tanto a la Carta Fundamental como a los tratados internacionales relativos a los derechos aludidos. La experiencia, trágica en punto a los sufrimientos de toda índole padecidos en los más diversos países en el siglo XX, desembocó, afortunadamente, en un consenso amplio y profundo, consistente en limitar al legislador por Constituciones garantistas, expresivas de un derecho mejor.[44] Herbert Krüger lo resumió con una frase que ha llegado a ser famosa:[45] "Antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley; hoy, las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales".

Secuela de esa alteración del *ethos* en el orden jerárquico de los preceptos jurídicos fue la introducción de los controles requeridos para infundirle eficacia, que contemplan los órganos, las acciones y los procedimientos de rigor. Quedó, de tal manera, articulada la justicia constitucional en los códigos políticos, con característica difusa al principio y crecientemente concentrada después. El resultado en la actualidad es el

---

[41] Véase, en general, Juan Carlos Ferrada Bórquez (ed.): *Constitución y derecho administrativo,* Santiago: Jurídica de Chile, 2005.

[42] Artículos 39 ss.

[43] Artículos 20 y 21 de la Constitución, en relación con el artículo 45 de ella.

[44] Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más fuerte,* Madrid: Trotta, 1999, pp. 15 ss.

[45] Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución,* Madrid: Civitas, 1987, p. 41.

predominio de regímenes mixtos, esto es, integrados por instituciones diferentes que participan, cada cual dentro de su competencia, en vigilar al legislador para que acate la supremacía. El principio de "separación de poderes", con los frenos y contrapesos respectivos, se ha reafirmado y abarca los aspectos preventivos y *ex post,* procesales y sustantivos del control de los textos legislativos.

En Chile, el proceso alcanzó rasgos notables con la reforma del 2005, porque el Tribunal retuvo su competencia exclusiva para velar, preventivamente, por el respeto de la supremacía de los proyectos de leyes pertinentes,[46] pero incrementado con el control *ex post,* tanto *inter partes* o de inaplicabilidad del precepto legal en el asunto o gestión concreta que motiva el requerimiento, como *erga omnes* o de inconstitucionalidad, abstracto y equivalente a la derogación de la ley con alcance general.

Puede hablarse de un sistema, entonces, cuyo principio se halla en la ampliación de los sujetos activos legitimados para requerir el pronunciamiento de nuestra magistratura, es decir, las partes y los jueces que conocen de los asuntos respectivos; continúa con el pronunciamiento, por cada sala, de la admisibilidad de tal requerimiento; prosigue con la eventual declaración de suspensión del procedimiento, esto es, la paralización de la gestión en curso por la orden de no innovar que dicta la sala encargada del asunto; y queda así, por último, en situación de ser conocida y decidida la cuestión en el Tribunal pleno, habiendo puntualizado el Código Político que se requiere el quórum de la mayoría de los ministros en ejercicio para pronunciar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado.[47]

Eventualmente y después, como ya se dijo, el control de supremacía puede culminar con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de aquel precepto. La norma legal, por ende, termina siendo eliminada del ordenamiento jurídico. El quórum para acordarlo se eleva, en tal hipótesis, a cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal.

3.5. Incidencia en el nuevo constitucionalismo

Vivimos la época en que surgió y se va consolidando un concepto o idea nueva de Constitución, con todas las implicaciones pertinentes.

Ese concepto o idea nueva puede ser caracterizado, sumariamente, destacando los rasgos siguientes: supremacía formal y sustantiva, con énfasis a propósito de la ley; reconocimiento de que la Constitución es la fuente primaria del sistema normativo, cuya imperatividad goza de los caracteres de inmediata y directa, y sanciona las ominosis en que incurre el legislador, pero sin que tal crítica perturbe la aplicación, sin más trámite, de sus disposiciones; articulación de valores, principios y normas con un *ethos* o espíritu humanista, es decir, que asume la dignidad de la persona en cuanto

---

[46] Artículo 93, inciso 1.º, n.ºs 1 y 3, en armonía con los incisos 2.º y 4.º del mismo artículo.

[47] Artículo 93, inciso 1.º, n.º 6, en relación con el inciso 11.º del mismo artículo.

criterio matriz, del cual fluyen los derechos y deberes inherentes a esa cualidad única del sujeto aludido; imperativo de tutelar y promover aquel humanismo por todos los órganos estatales, para lo que debe el ordenamiento contemplar las garantías, sobre todo judiciales, que permitan el acceso fácil a ella a fin de infundirle eficacia sociológica; entronización de la justicia constitucional como magistratura dedicada a la defensa del Código Político en todo momento y circunstancia, cualquiera sea el que intente transgredirla o la haya quebrantado; radicación en el Tribunal, la corte o sala constitucional de la responsabilidad suprema de custodiar el respeto y desenvolvimiento de aquel Código, aplicando una hermenéutica axiológica y finalista, resolviendo antinomias, ambigüedades, colisiones y conflictos político-constitucionales con sujeción a la Ley Suprema, para protegerla y con subordinación a ella; apertura de la Carta Fundamental a la vida de la comunidad en que se halla inserta, acogiendo las demandas de la población y devolviéndolas con sentencias a favor del orden y la seguridad, de la justicia y la paz, del progreso y el bienestar; en fin, irradiación de la doctrina que emana de esa jurisprudencia a toda la comunidad, con preponderancia de la integrada por los operadores jurídicos, con la obligación para sus destinatarios, sin excepción, de estudiarla, difundirla, respetarla y hacerla cumplir de buena fe y omitiendo reticencias.

Atrás va quedando el formalismo de la Constitución escrita, tanto como su aislamiento de la realidad de los procesos presentes y de la evolución histórica. Al fin, se ha comprendido que la pureza del derecho desembocó en la sumisión completa de él, y los legisladores, funcionarios y jueces a las contingencias del poder ideológicamente ejercido. Marginada está quedando, por consiguiente, esa visión científica pura, típica de las disciplinas exactas, imposible de extrapolar al derecho, henchido de libertad en el orden, de igualdad sin discriminación, de certeza legítima, de diversidad en el marco de consensos básicos, de circunstancias infinitamente variables que impiden encapsular, sin más, en los preceptos, formales y *a priori* y, la dinámica riquísima de la vida en la sociedad democrática.

El bosquejo que se ha hecho del neoconstitucionalismo incluye roles inéditos para el Código Político. Cito, porque condensa con brillo ese postulado, lo escrito por Peter Häberle:[48]

> Constitución es "invitación y barrera" (R. Smend), norma y tarea (U. Scheuner), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables y, por fin, cultura. No es mero "estatuto de organización" o "instrumento de gobierno", sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho constitucional. Tampoco olvidemos que existe tanto Estado como la Constitución establece. […] La Constitución deja de ser un instrumento jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *viva* es, esencialmente, expresión y transmisión de cultura, marco de

[48] *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar,* Lima: Palestra, 2004, p. 177.

reproducción y reproducción cultural, recepción y memoria de "informadores" culturales, de tradiciones, experiencias, vivencias y sabidurías.

No es difícil, para terminar, deducir las implicaciones que el constitucionalismo contemporáneo tiene para la "separación de poderes", hasta el punto de que obliga a replantearse muchos de sus presupuestos tradicionales. Por ejemplo, entre esas implicaciones sitúo las siguientes: la supremacía se predica como atributo del bloque constitucional[49] y no sólo del documento llamado Constitución Política; aquel bloque abarca los tratados internacionales sobre derechos humanos, como asimismo el *ius cogens* que los acompaña y permite darles la interpretación y la aplicación requeridas;[50] no se controvierte la sumisión del ordenamiento jurídico completo al *telos* constitucional, rasgo que no puede ser homologado con el panconstitucionalismo, pero que tampoco admite la sustracción o exención de una o más disciplinas de los valores, principios y normas del Código Político; y, a raíz de lo recién expuesto, inserto una última deducción ilustrativa: la irradiación al derecho privado de los postulados jurisprudenciales de la justicia constitucional, de modo que la autonomía de la voluntad no puede ser más invocada para eludir cuanto es inherente al nuevo constitucionalismo, verbigracia, en punto a la renuncia anticipada del ejercicio de los derechos esenciales, o su entrabamiento ilícito.[51] De tan relevante enunciado colijo otra conclusión que obliga a proyectar, en el sentido de dirigir, extendiéndolo, el principio a la sociedad civil: la creciente autonomía de esa sociedad con respecto al Estado, clave en la democracia participativa y solidaria que anhelamos, torna ineludible fortalecer la subsidiariedad y la solidaridad respetando los límites que separan a una del otro.[52]

4. Proyecciones horizontales

Dije que la "separación de poderes" debe ser entendida hoy con la cualidad de un principio ontológico y deontológico constitutivo de la persona humana en su proyección al prójimo, sea quienes integran la sociedad civil o el orden internacional, además del Estado. La explicación de tal premisa se halla en que la dominación de unos sujetos sobre otros tiende a ser objeto de abuso, cualquiera sea la relación que exista entre ellos, esto es, política, social, económica o cultural en sentido amplio. Consecuentemente, en todas esas facetas de nuestra convivencia se vuelve indispen-

---

[49] Louis Favoreu y Francisco Llorente: *El bloque de constitucionalidad,* Madrid: Civitas, 1989, pp. 25 ss.

[50] Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1981.

[51] Revísese María Venegas Grau: *Derechos fundamentales y derecho privado,* Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 205 ss.; y Pedro de Vega: "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): III *Derecho procesal constitucional,* México: Porrúa, 2006, pp. 2315 s.

[52] Raymond Chappuis: *La solidarité,* París: PUF, 1999, pp. 3 ss.

sable el control para precaver o rectificar los excesos y sancionar a los responsables. De allí que, en la actualidad, el principio en comentario sea percibido como un criterio matriz para la organización y regulación de los vínculos que suceden dentro de la sociedad civil y, en germen también, en la reestructuración del orden internacional. La defensa de la libertad y la mayor eficiencia por la especialización en el servicio de las funciones públicas continúan siendo las razones y los móviles justificativos de aquel paradigma.

Puede desprenderse de lo escrito una conclusión relevante. Me refiero a la expansión de la "separación de poderes" más allá del Estado para posibilitar, por ejemplo, en la sociedad civil la operación fluida y transparente de los mercados, removiendo los obstáculos que levantan las entidades monopólicas; o la distribución equitativa de la renta nacional, impidiendo que siga elevándose su concentración en los quintiles o deciles más altos en perjuicio de la mayoría; o la alianza de partidos con organizaciones sindicales o con entes empresariales para aumentar su hegemonía socioeconómica; o, por último, en la comunidad política la extrapolación de la estructura constitucional del Estado a los organismos internacionales, que deriva en el proceso de constitucionalización del derecho internacional.

Evoco nuevamente a Peter Häberle[53] para sintetizar las ideas: antes del derecho positivo y más allá de él, todos quienes nos relacionamos con la existencia, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico adherimos a una cierta antropología. Ésta determina las actitudes frente al derecho, la política, la sociedad, la economía y, más en general, la cultura. Hoy, felizmente, en esa perspectiva predomina la corriente del humanismo basado en valores. Ojalá que él perdure hasta institucionalizarse, quiero decir, arraigarse en la conciencia colectiva y transmitirse generación tras generación.

Epílogo

Han transcurrido sólo ocho meses desde que la reforma del 2005 a la Constitución de Chile entró en vigencia. Es demasiado breve el tiempo corrido, en consecuencia, para formular evaluaciones certeras y vaticinios objetivos. Sin perjuicio de ello, resulta imperativo reconocer que la experiencia recogida es valiosa. Las cifras lo demuestran: ciento diez requerimientos de inaplicabilidad han sido formalizados, ante el Tribunal Constitucional, desde el 27 de febrero de 2006 a la fecha. De ellos, el 40% se ha declarado inadmisible. En treinta casos el Tribunal ha dictado sentencia, y en quince de ellos ha acogido la tacha de inaplicabilidad esgrimida. El tiempo transcurrido desde el ingreso de la causa hasta la fecha en que se notifica la sentencia definitiva que la decide se ha reducido de dos años a tres meses, en promedio.

---

[53] *Nueve ensayos,* o. cit., pp. 177 y 203-204.

Una secuela importante de esos fallos es que el legislador y la Administración han manifestado ya su opinión en el sentido de efectuar los cambios normativos que permitan precaver la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos por el Tribunal. Más inesperado ha sido saber que ellos propugnan el pronunciamiento de tal inconstitucionalidad. Va así, por una y otra vía, depurándose de vicios nuestro régimen jurídico, a la vez que va infundiendo vida a la Constitución. Por lo mismo, ya se torna más difícil reintroducir el síndrome, bastante típico de Latinoamérica, del reformismo constitucional. Nuestra magistratura se aleja, en suma, de la imagen del legislador negativo y coopera con el remozamiento y la legitimidad del ordenamiento vigente.

Siempre un Tribunal Constitucional sabe, o ha de saber, que algunos aplauden sus fallos mientras otros los critican. Lo decisivo, sin embargo, es obrar sin temor, con independencia e imparcialidad y con rigor en la defensa suprema que le incumbe del Código Político. Así ha sucedido en Chile y, evaluando el clima de la opinión pública dominante hoy, pensamos que el Tribunal ha experimentado un fortalecimiento vigoroso de su imagen de guardián máximo del *telos* y de las formas de la Carta Fundamental. En definitiva, el Tribunal es ahora "el resorte maestro de la máquina" para infundir realidad a los valores, principios y normas que contemplan la "separación de poderes", con frenos y contrapesos, a fin de servir a la persona en democracia y mediante el derecho.

Sin duda, es largo el camino que resta todavía para llegar a un régimen, completo y eficiente, de control de supremacía. ¡Pero hemos avanzado ostensiblemente y ojalá que sea sin retrocesos!