



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 12 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2025 | ISSN 2359-5639



## Principio de deferencia al órgano legislativo y derechos humanos

### *Principle of deference to the legislative organ and human rights*

GONZALO AGUILAR CAVALLO <sup>I,\*</sup>

<sup>I</sup> Universidad de Talca (Santiago, Chile)

gaguilarch@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9728-6727>

DANIELA MENDEZ ROYO <sup>II,\*\*</sup>

<sup>II</sup> Universidad Santo Tomas (Santiago, Chile)

danielamendezro@santotomas.cl

<https://orcid.org/0000-0002-8072-5313>

**Recibido/Received:** 16.01.2024 / 16 January 2024

**Aprovado/Approved:** 12.12.2024 / 12 December 2024

#### Resumen

Con la aparición de la justicia constitucional, surge un principio llamado deferencia al órgano legislativo. El principio de deferencia trae consigo la idea de la restricción de la labor de los tribunales en el análisis de la constitucionalidad de las normas. En este trabajo se analizará el concepto origen y fundamentos de este principio, además de plantearse que debe ser atenuado cuando en el análisis, colisiona con los derechos humanos, dándoles primacía incluso por sobre decisiones democráticas.

**Palabras-clave:** principio de deferencia; justicia constitucional; derechos humanos; margen de apreciación nacional; democracia.

#### Abstract

*With the appearance of constitutional justice, a principle called deference to the legislative organ. The principle of deference brings with it the idea of restricting the work of the courts in the analysis of the constitutionality of the norms. In this work, the origin concept and foundations of this principle will be analyzed, in addition to considering that it should be attenuated when, in the analysis, it collides with human rights, giving them primacy even over democratic decisions.*

**Keywords:** *principle of deference; constitutional justice; human rights; national margin of appreciation; democracy.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; MENDEZ ROYO, Daniela. Principio de deferencia al órgano legislativo y derechos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 12, n. 1, e502, jan./abr. 2025. DOI: 10.5380/rinc.v12i1.94090.

\* Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania).

\*\* Profesora Asociada, Directora del Magister en Derecho Público y Coordinadora de Investigación y Postgrado de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás (Santiago, Chile). PhD in Law, University of Nottingham (Reino Unido). LLM in Public International Law, University of Nottingham (Reino Unido).

## SUMARIO

1. Introducción; 2. El principio de deferencia al órgano legislativo y justicia constitucional; 2.1. Concepto y clasificación del principio de deferencia en la jurisdicción constitucional; 2.1.1. Deferencia en la esfera interna; 2.1.2. Deferencia en la esfera internacional; 2.2. Origen, fundamentos y características del principio de deferencia en la jurisdicción constitucional; 2.2.1. Origen; 2.2.2. Fundamentos; 2.2.2.1. Principio democrático y la regla de las mayorías; 2.2.2.2 Principio de separación de poderes; 2.2.3. Características; 3. El rol de la judicial review y el supuesto deber de auto-restricción; 3.1. Fundamentos de la judicial review; 3.2. Argumentos y contraargumentos respecto de la judicial review; 3.2.1. Argumentos en contra de la judicial review; 3.2.2. Argumentos a favor de la judicial review; 4. Conclusiones; 5. Referencias

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las creaciones constitucionales más relevantes es la separación de poderes, donde las competencias de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial tienen marcadas diferencias y gozan de autonomía en cuanto a sus facultades propias<sup>1</sup>. El principio de supremacía constitucional, rasgo esencial del Estado constitucional de Derecho, limitó los espacios de autonomía de la función legislativa, ya que esta debe enmarcarse dentro de la norma constitucional<sup>2</sup>. La vigencia de la supremacía constitucional hace necesario el control jurisdiccional de la ley. De este modo nace, por tanto, la justicia constitucional<sup>3</sup>. Según Holo se entiende por justicia constitucional “toda función jurisdiccional que tenga por finalidad asegurar la supremacía y el respeto de las reglas constitucionales, esencialmente, pero no exclusivamente, por parte de los poderes públicos”<sup>4</sup>.

Es cierto que los poderes legislativo y ejecutivo gozan de una legitimidad democrática directa que el órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad no tiene<sup>5</sup>. Por ello, en principio, el órgano de control de la constitucionalidad debería observar y

<sup>1</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 372. En el mismo sentido Silva, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 143.

<sup>2</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 143.

<sup>3</sup> « La garantie de la Constitution repose principalement sur la possibilité d'annulation des actes qui lui sont contraires, mais en aucun cas « il ne faut confier l'annulation des actes irréguliers à l'organe même qui les a faits » ASSOCIATION HENRI CAPITANT. Le choix du contrôle de constitutionnalité concentré. **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8. 2015.

<sup>4</sup> HOLO, Théodore. Émergence de la justice constitutionnelle. **Pouvoirs**, Paris, n. 129, p. 101-114, 2009.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 175.

asumir una cierta contención –en virtud del principio de autorestricción– al momento de pretender declarar la inconstitucionalidad de la norma legal o administrativa<sup>6</sup>. Sin embargo, ello debe ser moderado y armonizado con el principio de supremacía de los derechos humanos, y con el principal deber que la propia Constitución asigna a todos los órganos del Estado. En efecto, el artículo 1 de la Constitución chilena dispone que es deber del Estado proteger la dignidad del ser humano, en su sentido más extenso.<sup>7</sup> El ser humano se encuentra en el centro de las preocupaciones de toda la institucionalidad estatal<sup>8</sup>.

La pregunta jurídica que se pretende abordar en este trabajo consiste en determinar si los principios de deferencia, discrecionalidad y auto-restricción encuentran alguna limitación en el principio de protección de la dignidad humana y los derechos humanos. La hipótesis del trabajo es que el principio de deferencia que debe el Tribunal Constitucional, la Corte Constitucional o cualquier tribunal que ejerza jurisdicción de control de constitucionalidad de las normas, debe ser matizado, contrastado y enfrentado al principio de que los derechos humanos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, y, por tanto, al ejercicio de las potestades legislativas y ejecutivas.

La metodología que usaremos en este trabajo corresponde al método dogmático jurídico, con base en un análisis documental. El trabajo se encuentra dividido en dos partes. La primera examinará el principio de deferencia al legislador, avocándonos al origen, fundamentos, características de este y la estrecha vinculación con la justicia constitucional. La segunda parte abordará la *judicial review* y el supuesto deber de auto-restricción de los jueces, sus fundamentos, argumento y contraargumentos, en el contexto de un enfoque contemporáneo del Estado constitucional de Derecho coloca al ser humano y su dignidad en el centro de sus preocupaciones.

## 2. EL PRINCIPIO DE DEFERENCIA AL ÓRGANO LEGISLATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En términos generales, antes de la Segunda Guerra Mundial, el principio democrático parecía señalar que el intérprete último del texto constitucional era el órgano

<sup>6</sup> Concepto utilizado por MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 372. Zapata, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227-230.

<sup>7</sup> Para profundizar el desarrollo de la dignidad en la Constitución chilena ver Nogueira, Humberto. La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Coquimbo, año 13, n. 1, p. 67-101. 2006.

<sup>8</sup> “No puede existir un orden constitucional sin que este orden tenga ubicado en su centro los Derechos Humanos o fundamentales. Los derechos humanos constituyen un elemento identificador de todo orden constitucional contemporáneo.” AGUILAR, Gonzalo. Los derechos humanos y las tradiciones constitucionales comunes. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, vol. 24, n. 2, p. 1-25, 2018. p. 6-7.

legislativo<sup>9</sup>. Luego de las atrocidades acaecidas en la Segunda Guerra Mundial, particularmente en la Alemania Nazi, surgió un conjunto de normas constitucionales basadas en la dignidad humana, y dotadas de primacía junto con acciones protectoras encargadas a un órgano jurisdiccional<sup>10</sup>. Desde el punto de vista de la interpretación, hoy en día parece ser que el intérprete último del texto constitucional son los jueces constitucionales o con competencia constitucional<sup>11</sup>. Esta última afirmación no es pacífica y existe argumentos divergentes<sup>12</sup>. Sin embargo, García de Enterría ha señalado que una Constitución sin un juez constitucional, que imponga su interpretación y su efectividad en los casos cuestionados, está herida de muerte, pues liga su suerte a la del partido en el poder, que impone, en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene<sup>13</sup>. Vinculado con el ejercicio de la jurisdicción constitucional aparece el principio de deferencia al legislador.

## 2.1. Concepto y clasificación del principio de deferencia en la jurisdicción constitucional

Luego de las grandes guerras del siglo XX, quedó claro que la protección de los derechos humanos era materia del nuevo paradigma constitucional.<sup>14</sup> De hecho, esta es una de las características de este nuevo paradigma constitucional, centrado en la dignidad humana y en los derechos que de ella emanan<sup>15</sup>. De este modo, el papel del juez constitucional de la segunda mitad del siglo XX, y sobre todo, del siglo XXI, es un rol esencialmente de protección de los derechos humanos<sup>16</sup>. Ello es aún más patente si se asume que los derechos humanos son, en la actualidad, materia típicamente

<sup>9</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 175.

<sup>10</sup> BUSCH, Tania. El rol político de los Tribunales Constitucionales. Análisis del caso chileno. **Cuadernos del Tribunal Constitucional**, Santiago, n. 42, p. 109-195, 2010. p. 115-116; González, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 175.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 175.

<sup>12</sup> Fuertes opositores, por ejemplo: BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 65-87; ATRIA, Fernando. El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 20, n. 2-3, p. 367-378, mayo/dic. 1993.

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal**. Madrid: Civitas, 1983, p. 175-176.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

<sup>15</sup> CEA EGAÑA, José. Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. **Revista de Derecho**, Santiago, n. 16, p. 299-310, jul. 2004.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 176-188.

constitucional<sup>17</sup>. En consecuencia, en nuestros días, el rol del juez constitucional ya no solo sería velar por la constitucionalidad de las leyes sino, además, por la tutela efectiva de los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

En este contexto, existe una tensión entre la democracia, el control de constitucionalidad y la garantía de los derechos humanos<sup>19</sup>. Algunos advierten ante el peligro de que los jueces que efectúan el control de constitucionalidad de las leyes puedan invadir las competencias legislativas y, de esta manera, afectar el principio democrático<sup>20</sup>. Algunos encasillan esta actuación dentro de lo que se denomina el activismo judicial<sup>21</sup>. Como una manera de garantizar al máximo el principio democrático focalizado en el órgano legislativo se plantea la necesidad de un actuar deferente y respetuosos de márgenes discrecionales con los que podría obrar el órgano legislativo<sup>22</sup>. Esto último es lo que podría denominarse el principio de deferencia y el principio de discrecionalidad<sup>23</sup>. La deferencia podría predicarse tanto respecto de órganos internos, tal como del Tribunal Constitucional ante el órgano legislativo, como respecto de órganos internacionales, tal como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante los órganos judiciales o legislativos internos.

El principio de deferencia al órgano legislativo, también llamado de auto-restricción judicial, abarca dos sentidos<sup>24</sup>. Por un lado, indica que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía<sup>25</sup>. Por otro lado, la deferencia demanda de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas

<sup>17</sup> NOGUEIRA, Alcalá. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 11, n. 2, p. 15-64. 2005.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 181.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 172-181; VILLASEÑOR, Isabel. La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. *Foro Internacional*, Ciudad de México, vol. 55, n. 4, p. 1115-1138, 2015.

<sup>20</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 65-87; ATRIA, Fernando. El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 20, n. 2-3, p. 367-378, mayo/dic. 1993. González, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 174.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales*, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 372.

<sup>22</sup> ZAPATA, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227-233.

<sup>23</sup> ZAPATA, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales*, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 372.

<sup>25</sup> ZAPATA, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227.

competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía<sup>26</sup>. Es necesario indicar que estos dos sentidos se complementan<sup>27</sup>.

Asimismo, cabe tener presente que el principio de deferencia encuentra su aplicación en el ámbito interno, como también en la esfera internacional.

### 2.1.1. Deferencia en la esfera interna

El principio de deferencia interna es aplicable a la actuación del órgano jurisdiccional constitucional al momento de controlar la constitucionalidad de lo obrado por el órgano legislativo o ejecutivo. En este contexto, Zapata acuña el concepto de “deferencia razonada” indicando que sería un modelo de actitud que debe tener el Tribunal Constitucional Chileno frente a quienes son objeto de su control, o sea el legislador y también el administrador<sup>28</sup>, pues el jefe de Estado, que en Chile es el Presidente de la República, es órgano colegislador<sup>29</sup>. Sin perjuicio de ello, Zapata indica que los actos de la Administración no merecen el mismo nivel de deferencia que los actos del Parlamento, pues su actuar no alcanza los niveles de debate plural y amplia participación que el legislativo<sup>30</sup>. Por tanto, la deferencia entendida de esta forma consistiría en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezca necesario o convenientes para la mejor consecución del bien común<sup>31</sup>.

En consecuencia, entendida de esta forma la deferencia en el ámbito nacional, el legislador tendría la libertad para elegir la regulación que considere más apropiada y

<sup>26</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227.

<sup>27</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 227.

<sup>28</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228.

<sup>29</sup> Pues goza de autonomía e independencia para actuar en la configuración del bien común subjetivo a través del proceso de formación de la ley, según la Constitución de 1980, el Presidente de la República concurre a la formación de las leyes (art. 32 N° 1), inicia proyectos de ley (art. 65 inc. 1°), gozando incluso de iniciativa exclusiva respecto de ciertas materias (arts. 63 N° 14 y 65 inc. 3° y 4°); presenta indicaciones por medio de sus Ministros, quienes concurren a las sesiones de las Cámaras tomando parte en el debate de los proyectos (art. 37 inc. 1°) y hace presente y califica la urgencia en el despacho de un proyecto (art. 74). Además, en su calidad de Jefe de Estado, el Presidente de la República sanciona o veta la ley y, actuando como Ejecutivo, la promulga y publica. SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014, p. 144.

<sup>30</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228-229.

<sup>31</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228-229.



ello no estaría sujeto a control jurisdiccional<sup>32</sup>. Únicamente, en el caso de que el precepto legal infringiera los márgenes de la Constitución podría el Tribunal Constitucional intervenir reparando el vicio provocado.<sup>33</sup>

### 2.1.2. Deferencia en la esfera internacional

El principio de deferencia internacional se aplicaría a la actuación del órgano jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional internacional de derechos humanos, al momento de controlar la convencionalidad de lo obrado por los órganos estatales, cualesquiera que estos sean, ejecutivo, legislativo o judicial. Este control de convencionalidad procedería ya sea que el acto u omisión emane directamente de un órgano estatal, o bien, sea realizado por un particular con falta al deber de prevención estatal<sup>34</sup>. Por lo tanto, desde este punto de vista, el principio de deferencia tiene su vertiente internacional en el ámbito de la justicia supranacional<sup>35</sup>. A este respecto, se predica acerca de un principio de deferencia del órgano internacional o supranacional a los Estados, cuya manifestación más patente es el margen de apreciación nacional<sup>36</sup>.

El principio de deferencia, en su vertiente internacional, tiene a la base la idea de que las autoridades nacionales tienen una posición privilegiada para asegurar la protección de los derechos humanos dentro del territorio estatal<sup>37</sup>. Por ello, cada Estado, de manera soberana, puede elegir y optar, dentro de múltiples alternativas, por los mecanismos idóneos para la garantía de estos<sup>38</sup>.

Con todo, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el establecimiento mediante algunos tratados internacionales de derechos humanos de órganos internacionales de monitoreo y supervisión de obligaciones internacionales –los denominados órganos de tratados– han puesto de cargo de la jurisdicción o

<sup>32</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 145.

<sup>33</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 145.

<sup>34</sup> MEDINA, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano". **Debate Interamericano**, Bogotá, n. 1, p. 83-122, 2009.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 379-385.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 379-385.

<sup>37</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 238.

<sup>38</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 238.



cuasi-jurisdicción internacional de derechos humanos la determinación final de la pertinencia en el uso de esta facultad discrecional inicial en materia de derechos humanos por parte del Estado<sup>39</sup>.

En cuanto a la deferencia hacia los Estados, se ha indicado que las bases jurídicas de la doctrina se pueden encontrar en la jurisprudencia, del Consejo de Estado francés, el cual ha usado el término “margen de apreciación”. Asimismo, su fundamento se puede encontrar en el sistema de derecho administrativo dentro de cada jurisdicción civil<sup>40</sup>. Sin embargo, el origen del uso actual de este término en la esfera de los derechos humanos se encuentra en la Comisión Europea de Derechos Humanos, quien la empleó por vez primera en el caso *Grecia vs. Reino Unido*, 1958-1959, y, luego, se ha continuado su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).<sup>41</sup>

La doctrina del margen de apreciación impregna la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indicando que cada sociedad tiene derecho a cierta libertad para resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales<sup>42</sup>. Pudiendo los Estados definir, en principio, los límites y restricciones de los derechos contenidos en el tratado, siendo una doctrina que articula la deferencia internacional del TEDH respecto de las decisiones internas de los Estados<sup>43</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con sede en Luxemburgo, también aplica el principio de deferencia internacional.<sup>44</sup>

El margen de apreciación nacional se entiende como criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de los derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar las Convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos<sup>45</sup>. Este margen de apreciación nacional permite la implementación del principio de

<sup>39</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 238.

<sup>40</sup> JUSTUS, Johann. El «Margin of Appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, año 6, n. 11, p. 189-208, 2009. p. 192.

<sup>41</sup> FUENTES, Édgar; CÁRDENAS, Luz. Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, vol. XXI, p. 197-231, 2021. p. 201.

<sup>42</sup> BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. **New York University Journal of International Law and Policy**, Nueva York, vol. 31, p. 843-854, 1999. p. 843.

<sup>43</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 236.

<sup>44</sup> AGUILAR, Gonzalo. Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, vol. 52, n. 155, p. 643-684, 2019. p. 650-651.

<sup>45</sup> BARBOSA, Francisco. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.), **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. España: Tirant lo Blach, 2013, pp. 1110-1111.

deferencia de los tribunales supranacionales frente a los Estados cuando no exista ningún tipo de consenso internacional sobre una materia determinada<sup>46</sup>.

El margen de apreciación nacional sería aquel espacio de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado<sup>47</sup>. De esta forma, se permite un margen discrecional a los Estados a efectos de la interpretación de los derechos humanos y del diseño de sus formas de protección, sujeto, eso sí, al control jurisdiccional internacional<sup>48</sup>.

En el ámbito interamericano es necesario señalar que se trata de una doctrina excepcional, la primera oportunidad en que se empleó esta doctrina fue en la Opinión Consultiva solicitada por Costa Rica en relación con las reformas constitucionales en materia de ciudadanía<sup>49</sup>.

El principio de deferencia a los Estados es una manifestación de auto-restricción de la revisión judicial internacional. Esta auto-contención se fundamenta en el principio de subsidiariedad. En efecto, la intervención de los tribunales internacionales es subsidiaria puesto que los primeros llamados a respetar y promover los derechos son los tribunales nacionales. El órgano supranacional, se sostiene, debería intervenir solo a efectos de determinar si dichas decisiones son compatibles con las obligaciones del tratado en cuestión<sup>50</sup>. Con todo, cabe hacer presente que el principio de deferencia, vin-

<sup>46</sup> BARBOSA, Francisco. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.), **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. España: Tirant lo Blach, 2013, pp. 1110-1111.

<sup>47</sup> BARBOSA, Francisco. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.), **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. España: Tirant lo Blach, 2013, pp. 1090.

<sup>48</sup> "El margen de apreciación es un criterio interpretativo que otorga un amplio espacio de discrecionalidad a los Estados a fin de que puedan definir elementos relevantes para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos" NASH, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, Bogotá, vol. 11, p. 71-100, 2018. p. 98: "los Estados gozan de discrecionalidad en la elección concreta del medio empleado para garantizar el derecho [...] En aquellas materias en las que cabe el margen de apreciación nacional, el poder o margen de apreciación debe ser sujeto al control judicial, ya sea nacional del tribunal constitucional o corte suprema (dependiendo cada Estado), o bien, internacional de la Corte IDH, intérpretes últimos de su Constitución y de la CADH, respectivamente." AGUILAR, Gonzalo. Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, vol. 52, n. 155, p. 643-684, 2019. p. 676-677.

<sup>49</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 240-242; Véase Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A Nº 4**. Publicado el 19 de enero de 1984.

<sup>50</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 238-239.

culado con el de discrecionalidad de los órganos internos, justifica el arribo de la noción de margen de apreciación nacional, que se pretende usar por los Estados ante tribunales internacionales de derechos humanos o tribunales supranacionales, pero esto debe ser necesariamente matizado y armonizado razonablemente con la objeción de que el Estado debe garantizar la universalidad de los derechos humanos y con el principio del estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos<sup>51</sup>.

Se ha criticado que la aplicación irrestricta de la doctrina del margen de apreciación nacional puede provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma protección o extensión en todos los Estados, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desiguales del mismo<sup>52</sup>. El principio de deferencia debe ser interpretado restrictivamente cuando existen derechos humanos involucrados, a efectos de no vulnerar el contenido mínimo de los derechos y de garantizar el principio del estándar mínimo internacional<sup>53</sup>.

## 2.2. Origen, fundamentos y características del principio de deferencia en la jurisdicción constitucional

En esta parte abordaremos el examen tanto del origen como del fundamento del principio de deferencia al legislador.

### 2.2.1. Origen

¿Cuáles son los orígenes y fundamentos de este principio? Desde la época de la Revolución Francesa y de la consagración del principio de la separación de los poderes públicos, el sistema judicial tiene vedado inmiscuirse en las atribuciones legislativas y administrativas<sup>54</sup>.

El modelo tradicional paleopositivista y jacobino del Estado de Derecho consistía esencialmente en la supremacía de la ley<sup>55</sup>. Y la supremacía de la democracia formal se reflejaba en la omnipotencia de la mayoría encarnada en el parlamento<sup>56</sup>. En este contexto, el juez era un órgano sujeto sólo a la ley, el juez debía someterse en términos

<sup>51</sup> Se ha señalado que el control de convencionalidad realizado por las autoridades nacionales con el principio de discrecionalidad como uno de los elementos componentes del margen de apreciación AGUILAR, Gonzalo. Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, vol. 52, n. 155, p. 643-684, 2019. p. 655.

<sup>52</sup> SAGÜES, Néstor. **La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada**. Ciudad de México: Porrúa, 2005, p. 338.

<sup>53</sup> AGUILAR, Gonzalo; NOGUEIRA, Alcalá. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 84, p. 13-43, 2016.

<sup>54</sup> COLOMBO, Juan. La justicia constitucional. **Revista de Derecho**, Santiago, vol. XIV, p. 259-284, jul. 2003. p. 261.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

absolutos a la ley<sup>57</sup>. En esta época no existía el concepto de derechos humanos como lo conocemos hoy y las declaraciones de derechos eran eso, declaraciones más bien con un objetivo primariamente político<sup>58</sup>. Esta situación cambió radicalmente luego de la Segunda Guerra Mundial<sup>59</sup>. Ya en esa época, el paradigma del Estado constitucional implicaba que el Estado de Derecho significa el sometimiento del legislador a la Constitución, transformando el viejo Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho<sup>60</sup>.

## 2.2.2. Fundamentos

Los fundamentos del principio de deferencia radican esencialmente en el argumento del principio democrático y la regla de las mayorías, y en el principio de separación de poderes, que se examinarán brevemente a continuación:

### 2.2.2.1 Principio democrático y la regla de las mayorías

La intromisión excesiva de parte del juez de control de constitucionalidad en la actividad legislativa vulneraría el principio democrático como también el principio de separación de poderes<sup>61</sup>. Además, se ha argumentado que la revisión judicial de las leyes presenta graves problemas de justificación debido a un supuesto déficit democrático, pues se indica que no correspondería a la judicatura constitucional revisar los contenidos de las normas de un legislador democrático<sup>62</sup>. Sobre este punto, Bickel indica que la revisión judicial es una fuerza contra-mayoritaria, puesto que cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley del poder legislativo o el ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes electos por el pueblo, y se ejerce un control no en nombre de la mayoría dominante que sería el pueblo, sino en contra de ella.<sup>63</sup> La objeción democrática en contra del control jurisdiccional de constitucionalidad

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

<sup>58</sup> CABRERA, Juan Pablo; CHACÓN, María; ELIAS, Telmo. Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados. **Magazine De Las Ciencias: Revista De Investigación E Innovación**, Babahoyo, año 5, n. 7, p. 116-124, 2020; GARCÍA, Juan. Los derechos humanos de primera generación: el principio de libertad desde su origen y desarrollo jurisprudencial en la actualidad en México. **Revista Ciencias de la Documentación**, Santiago, vol. 9, n. 1, p. 10-20, ene./jun. 2023.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 209-211.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 366.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 172.

<sup>63</sup> BICKEL, Alexander. La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Ciudad de México: Ed. Ciudad de México - Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 35-37.

descansa en la idea de legitimidad del Estado<sup>64</sup>. Se trataría de una legitimidad de origen en cuanto a que son los ciudadanos los que han elegido a quienes realizarán las leyes, más no a los jueces que realizan la revisión judicial. A este respecto, en respuesta al argumento anterior, cabe traer a colación la idea de Böckenförde sobre la cadena de legitimación democrática<sup>65</sup>. Esto es lo que Marshall denomina legitimación democrática orgánico-personal que consiste “en que en la generación concreta de los titulares de los órganos del Estado debe existir una cadena de legitimación que se retrotraiga hasta el pueblo”, y eso existe en el caso de los nombramientos de todos los jueces, incluso, de los jueces constitucionales<sup>66</sup>.

Como consecuencia de las ideas fundantes del liberalismo filosófico que llevó a la Revolución Francesa, se le atribuyó especial importancia al parlamento por sobre los demás órganos públicos<sup>67</sup>. Buscando combatir el absolutismo monárquico, se entregó la soberanía al pueblo, siendo el parlamento representante directo de la voluntad general, cuya principal tarea era la elaboración de la ley que limitaba la actuación de los demás poderes, gozando democráticamente de legitimidad de origen y de ejercicio, instaurándose el gobierno de las leyes, no de los hombres<sup>68</sup>.

La influencia de las sentencias de los jueces constitucionales en las decisiones de un parlamento que representa la voluntad popular, incluso pudiendo expulsar del ordenamiento alguna norma, es muy criticado<sup>69</sup>. Por lo anterior, dentro de los márgenes de discrecionalidad que reconoce y garantiza la Constitución, el legislador es soberano para escoger cualquiera de las posibles alternativas a su alcance a efectos de diseñar las normas<sup>70</sup>. Esto es lo que Zapata denomina como autonomía del legislador<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 174.

<sup>65</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **La democracia como principio constitucional**. Madrid: Ed. Trotta, 2002, p. 58;

<sup>66</sup> MARSHALL, Pablo. Notas sobre el contenido del Principio de la democracia. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, Temuco, vol. 3, n. 1, p. 9-36, 2011. p. 31.

<sup>67</sup> Silva, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 142-143.

<sup>68</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 142-143.

<sup>69</sup> “No puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez” FERRERES, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 53.

<sup>70</sup> RIBERA, Teodoro. El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho. **Estudios Públicos**, Santiago, n. 34, p. 195-228, otoño 1989. p. 210-211; . ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 233-234.

<sup>71</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228-234.

El Tribunal Constitucional, en aplicación del principio de deferencia razonada, no puede sino reconocer y respetar esta autonomía<sup>72</sup>.

La objeción democrática contra el control de constitucionalidad de la ley emerge esencialmente a partir del principio de soberanía del legislador, donde el principio de deferencia opera como una válvula reguladora<sup>73</sup>. Esta objeción se basa en el principio de que se debe respetar los actos de autoridad pública en la medida que ella misma es el resultado de la voluntad mayoritaria y, por lo tanto, los actos del Estado gozan de legitimidad democrática. Así, surge la objeción democrática al control de constitucionalidad de la ley que puedan hacer un conjunto de jueces quienes – a la sazón– estarían en condiciones de imponer sus propios valores al resto de los ciudadanos.<sup>74</sup>

Esta crítica es fuertemente sostenida por el positivismo ideológico. Si se ha seguido el procedimiento para la creación de la norma legal no procedería que se le quitara mérito a su eficacia en sede jurisdiccional, pues al ser creada por los representantes del pueblo es válida, siendo el legislador el que debe dar contenido normativo a los principios y valores de la Constitución<sup>75</sup>.

## 2.2.2.2. Principio de separación de poderes

Uno de los fundamentos del principio de deferencia aplicado al control que efectúa el juez constitucional es la posibilidad del activismo judicial o que sustituya decisiones políticas por razonamientos contenidos en sus sentencias<sup>76</sup>. Se intenta evitar que el juez constitucional vulnere el principio de separación de poderes y el ideal democrático de la soberanía popular<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 228-234.

<sup>73</sup> Silva, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 145; González, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 174.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 174.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 177..

<sup>76</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 372.

<sup>77</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014.

Se ha indicado que el principio de deferencia nació como consecuencia del principio de separación de poderes<sup>78</sup>. En efecto, el juez constitucional debe tener un actuar deferente hacia el legislador, de lo contrario se incurre en el peligro de que termine determinando el contenido de las leyes o expulse del ordenamiento una norma cuya competencia corresponde a los órganos legisladores no a la judicatura.

Sin embargo, como se verá, se ha sostenido que la *judicial review* no vulnera el principio de división de poderes ya que el control normativo de constitucionalidad es una potestad de la justicia constitucional y por ello una atribución conferida al juez, que a la luz del principio de supremacía constitucional, analiza una norma secundaria y determina si es razonablemente acorde a la Constitución<sup>79</sup>. No se invaden las competencias del legislador puesto que el juez no dispone desde el punto de vista político cuál es la norma más conveniente sino solo si la opción elegida por la autoridad política es acorde con la Constitución, con sus valores y sus principios<sup>80</sup>. Formalmente, la norma suprema le ha atribuido al juez constitucional dicho poder<sup>81</sup>.

### 2.2.3. Características

De lo antes dicho podríamos extraer una serie de características de este principio de deferencia:

*a) Es un principio de interpretación, puesto que implicaría por parte del tribunal respetar la redacción del legislador adoptando la interpretación de las leyes más ajustada a la Constitución de forma de no interferir en las elecciones que realiza el órgano legislativo. Solo en caso de que la interpretación que puedan realizar no se ajuste razonablemente de ninguna forma a la Carta fundamental, el tribunal no estaría obligado a respetar lo obrado por el legislador y, por tanto, tendría la obligación de corregir el vicio.*

*b) Nace en la esfera administrativa, pero se traslada después al ámbito constitucional, puesto que su origen se remonta al derecho administrativo norteamericano en los casos*

<sup>78</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 145.

<sup>79</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 176.

<sup>80</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 176.

<sup>81</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 176.



*antes citados. Con posterioridad fue incluso acuñado por el derecho continental, como lo expresan los casos de España y Chile.*

Respecto a este último, el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado expresamente indicando que *“Los actos legislativos emanados de un órgano expresivo de la soberanía, concebido para dictar normas obligatorias de general aplicación, se encuentran dotados de un principio de legitimidad evidente, de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes. En tal sentido, el intérprete constitucional orienta su tarea en la búsqueda de conciliar alguna interpretación racional de la norma legal que se compadezca con los valores, principios y normas de la Constitución”*<sup>82</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional chileno ha señalado que *“Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí”*<sup>83</sup>.

c) *Nace en la esfera administrativa en una época en que dominaba la visión formalista positivista de la democracia y del Derecho*, pues se sostenía que el derecho positivo, por el mero hecho de ser derecho positivo independiente de su contenido, es moralmente justo y, por tanto, existe el deber de obedecerlo. A partir de esta visión positivista formalista surge una objeción al control de constitucionalidad normativo, ya que si la norma ha visto la luz habiendo seguido el procedimiento previsto y establecido para su producción, un órgano judicial de control no electo debería ser deferente y respetuoso, ya que la norma es manifestación de la voluntad soberana del pueblo y por ello justa<sup>84</sup>.

d) *Deferencia implica respeto por lo obrado y, al mismo tiempo, autocontención*, puesto que los poderes públicos en virtud del principio de separación de poderes en el ámbito de la deferencia deben tener una actitud de cortesía respecto a los actos ejecutados en el ejercicio de las competencias propias. Por lo que la justicia constitucional al interpretar las normas diseñadas por el legislador solo debe actuar expulsando normas del ordenamiento cuando estas no tengan una interpretación conforme a la Constitución. En caso contrario, debe abstenerse.

e) *La deferencia se encuentra vinculada con discrecionalidad*, concepto también proveniente del derecho administrativo clásico. En materia administrativa, discrecionalidad es la facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por regla de derecho<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Sentencia Rol N° 549-06-INA**. 30 de marzo de 2007, cons. 10

<sup>83</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Sentencia Rol N° 1863-10-INA**. 24 de junio de 2012, cons. 32.

<sup>84</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017. p. 177.

<sup>85</sup> PIERRY, Pedro. El control de la Discrecionalidad Administrativa. **Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 8, p. 161-83, 1992. p. 162.

La deferencia entra en juego cuando existe tal actividad discrecional, ya que, que la mayoría de las sentencias que aluden a esta teoría parten de la base de que, por un lado, existe una Ley que establece que una cierta área de conocimiento debe ser conocida por la Administración y, por otro, que el Legislador no ha establecido con la suficiente claridad cuáles son los parámetros de actuación los cuales debe estar sometido el órgano administrador<sup>86</sup>. En los ámbitos discrecionales, donde la decisión es legítima, el juez debe aceptar un margen de acción, sin perjuicio de que aquello no puede ser absoluto y por tanto estar desprovisto de control, pues jamás puede alejarse de lo constitucionalmente conforme.

*f) La fuerza y el valor de los derechos humanos impone una aproximación restrictiva a la deferencia, puesto que en la interpretación que se realice de las normas debe primar la supremacía de los derechos humanos. Asimismo, en este contexto, debe aplicarse una interpretación pro homine, consistente en que el intérprete debe adoptar la decisión que más proteja los derechos o que menos los restrinja. Este principio limita y restringe la aplicación de la deferencia derrotando cualquier obligación formal de respetar lo actuado por un órgano con legitimidad democrática directa. Los órganos estatales con legitimidad democrática directa por cierto que pueden violar derechos humanos.*

Todas estas características, permitirían abordar a la *judicial review* como un mecanismo de respaldo y aseguramiento de la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.

### 3. EL ROL DE LA JUDICIAL REVIEW Y EL SUPUESTO DEBER DE AUTO-RESTRICCIÓN

En Estados Unidos, el término *judicial review* denota la práctica jurídica de darle a las cortes el poder de determinar si una norma se encuentra conforme con la Constitución, es decir, si la norma se enmarca dentro de los poderes que el pueblo le ha otorgado a su gobierno o si viola algún derecho reconocido por la Constitución<sup>87</sup>. En la tradición continental, se suele utilizar el término control de constitucionalidad, referida a la facultad de evaluar la constitucionalidad de la legislación<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> VALDÉS, Javier. **El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración**. Santiago, 2017. Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas, Universidad de Chile. p. 66-67.

<sup>87</sup> TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra, 2013, p. 71.

<sup>88</sup> TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra, 2013, p. 71.

### 3.1. Fundamentos de la *judicial review*

Los fundamentos del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como equilibrio a la función creadora del órgano legislativo, radica en el principio de supremacía constitucional. Posteriormente, los derechos humanos vendrán a reforzar el principio de supremacía, como argumento a favor de la *judicial review*.

Con el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo y del surgimiento del Estado constitucional se establecen limitaciones al ejercicio del poder político<sup>89</sup>. Estas limitaciones, por cierto, también son aplicables a la regla de la mayoría democrática que opera en el contexto del Parlamento<sup>90</sup>. Con el fenómeno del constitucionalismo se le comienza a atribuir un carácter supremo a la Constitución por ser la regla de validez del resto de las normas jurídicas, encontrándose todas ellas subordinadas a la Constitución<sup>91</sup>.

Este principio fue afirmado por el juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso caso *Marbury vs. Madison* en 1803<sup>92</sup>. En esta sentencia se consagró el principio de supremacía constitucional<sup>93</sup>. Este fallo delimita el campo sobre el cual los jueces pueden controlar las decisiones de la Administración, siendo controlables los actos ministeriales y no los actos discrecionales (*political questions*) de la Administración<sup>94</sup>. Esta decisión, entonces, hace efectiva la separación de poderes<sup>95</sup>. En Francia, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, también se hace una delimitación

<sup>89</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 172-179.

<sup>90</sup> GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul./dic. 2017. p. 172.

<sup>91</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 143.

<sup>92</sup> SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 143.

<sup>93</sup> CARBONELL, Miguel. *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad*. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, México, n. 5, p. 289-300, 2006; SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014. p. 143.

<sup>94</sup> VALDÉS, Javier. **El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración**. Santiago, 2017. Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas, Universidad de Chile. p. 33.

<sup>95</sup> “El Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos —John Marshall—, en 1804, en el caso “*Marbury v. Madison*” extrae una facultad de los jueces que configura uno de los pilares de la separación de poderes: el control de constitucionalidad, por el cual el Tribunal anula los efectos de una norma jurídica si la halla contraria a la Ley Fundamental en la causa o pleito sometido a su conocimiento” ANSELMINO, Valeria. La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP**, La Plata, año 13, n. 46, p. 188-203, 2016. p. 188.

entre los actos ministeriales y discrecionales de la Administración, reconociéndose el principio de deferencia hacia estos últimos actos.<sup>96</sup> Por lo que la deferencia tendría su origen en el derecho administrativo norteamericano<sup>97</sup>. En efecto, “la consistencia de la función judicial con alguna deferencia institucional en materia de interpretación legal es una idea muy antigua”<sup>98</sup>.

Entonces, el principio de deferencia sería aplicado a la justicia constitucional por la posibilidad de que el uso indebido de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, lo que fue teorizado por autores de derecho continental como del *common law*<sup>99</sup>.

Se considera que el primer autor que trató teóricamente el principio de la autorrestricción judicial fue el profesor de Harvard James B. Thayer, el que expresaba su preocupación por los alcances negativos de la doctrina de la *judicial review*, esto es, la invalidación de las leyes por oponerse a la Constitución, a cargo de los jueces<sup>100</sup>. El autor estimaba que el poder de revisión judicial no debería comprender la facultad de privar a otro departamento de gobierno de alguno de sus poderes legítimos, o de su rango de discreción, donde el ejercicio del poder jurisdiccional requiere tolerancia o margen de actuación vasto dirigido únicamente al juicio práctico de un cuerpo legislativo, donde dentro de dicho margen los legisladores deberían ser libres y los jueces no deberían intervenir<sup>101</sup>.

Esta teoría se difundió rápidamente en la ciencia jurídica norteamericana y encontró partidarios incluso en la Corte Suprema, pero ella no pudo imponerse sino hasta los años 30 del siglo XX<sup>102</sup>. Importante es el voto disidente del juez Holmes en el caso *Lochner v. Nueva York* por sus alegatos contra el intervencionismo judicial desmedido<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> VALDÉS, Javier. **El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración**. Santiago, 2017. Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas, Universidad de Chile. p. 33. Realizando un análisis de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 1998, p. 171.

<sup>97</sup> Incluyendo precedentes que incluso podrían llegar hasta el caso *Marbury v. Madison*, 1803. MOLOT, Jonathan T. The Rise and Fall of Textualism. **Columbia Law Review**, Nueva York, vol. 106, n. 1, p. 1-69, 2006; BAMZAI, Aditya. **The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation**. Yale Law Journal, New Haven, vol. 126, p.908-1001. 2017. Especialmente, p. 912.

<sup>98</sup> SHANE, Peter M. Chevron Deference, the Rule of Law, and Presidential Influence in the Administrative State. **Fordham Law Review**, Nueva York, volume 83, p. 679-702, 2014. Especialmente, p. 687.

<sup>99</sup> POYANCO, Rodrigo. Los jueces constitucionales, la Política y la deferencia judicial. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 2, p. 67-101, 2013. p. 80.

<sup>100</sup> POYANCO, Rodrigo. Los jueces constitucionales, la Política y la deferencia judicial. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 2, p. 67-101, 2013. p. 81-82.

<sup>101</sup> POYANCO, Rodrigo. Los jueces constitucionales, la Política y la deferencia judicial. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 2, p. 67-101, 2013. p. 81-82.

<sup>102</sup> POYANCO, Rodrigo. Los jueces constitucionales, la Política y la deferencia judicial. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 2, p. 67-101, 2013. p. 84.

<sup>103</sup> *Lochner v. Nueva York*, 1905; ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 267-270.

Las ideas del juez Holmes terminan imponiendo el principio de deferencia como doctrina mayoritaria en la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>104</sup>.

García de Enterría señala que es clave en el desarrollo de la teoría de la deferencia la sentencia *Chevron v. Natural Resources Council*, de 1984, pues a partir de ese momento, se limitó el control judicial a la administración, específicamente en el control de la apreciación de los hechos<sup>105</sup>. En esta sentencia, se indicaba que si el sentido de la ley no es claro, el órgano judicial no puede, simplemente, ignorar el control que constitucionalmente le corresponde, pero tampoco puede imponer su propia interpretación sobre el vacío legislativo. Según la Corte, el órgano judicial sí podría hacer una valoración, si la agencia no hubiese realizado ninguna. Si la hubiese realizado, la Corte puede entrar a verificar si la interpretación de la agencia es o no razonable. Y, si la regulación es razonable, a la luz de la ley, ésta deberá considerarse como válida por el órgano judicial, se le debe de dar deferencia, debido a su experiencia y conocimientos técnicos sobre el tema<sup>106</sup>.

Además de Estados Unidos, la teoría de la deferencia ha sido acogida posteriormente también en otros países como en Alemania, donde el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no le corresponde imponer su visión a la conveniencia o sabiduría de una determinada política pública adoptada por el Parlamento<sup>107</sup>. En España se le reconoce en la jurisprudencia como una “libertad conformadora del legislador”<sup>108</sup>.

En Francia aluden al margen de apreciación como criterio utilizado por el *Conseil d'Etat* para el control de discrecionalidad administrativa en casos como el *arrêt Gomel* en 1914<sup>109</sup>. Luego, a partir de 1986 en la decisión 86-218 DC, surge como criterio de control de constitucionalidad por el *Conseil Constitutionnel*<sup>110</sup>. En el Reino

<sup>104</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 267-270.

<sup>105</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 1998, p. 182-184.

<sup>106</sup> VENTURA, Manuel. **La Deferencia a favor de las Administraci**

<sup>107</sup> **NES Públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo**. In: V Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo, Puebla, 2011.

<sup>108</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 247.

<sup>109</sup> ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 262.

<sup>109</sup> Comentando el sentido y el alcance de la Décision, el Consejo de Estado indica : « Dès lors, seule l'opportunité continue aujourd'hui d'échapper au contrôle de juge de l'excès de pouvoir : lorsque les textes applicables laissent à l'administration une marge d'appréciation, ce dernier se borne à contrôler la justesse du raisonnement juridique suivi, la validité de la qualification juridique des faits opérée par l'administration et l'exactitude matérielle des faits sur lesquels elle s'est fondée mais il ne contrôle pas les raisons d'opportunité qui l'ont conduite à prendre sa décision ». Conseil d'État, 4 avril 1914, Gomel.

<sup>110</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 378-379: « Considérant que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible ; qu'il ne lui incombe pas davantage de faire des propositions en ce sens,

Unido, donde uno de los principios estructurales del derecho constitucional era la soberanía del parlamento, no había espacio para la *judicial review* de la ley<sup>111</sup>. En la última década del siglo XX ha supuesto una mayor intervención judicial sobre todo con la promulgación de la *Human Rights Act* en 1998 pues esta permitiría la revisión judicial de todas las actuaciones que afecten derechos humanos<sup>112</sup>.

## 3.2. Argumentos y contraargumentos respecto de la *judicial review*

En esta parte analizaremos brevemente los principales argumentos a favor y los principales argumentos en contra de la *judicial review*.

### 3.2.1. Argumentos en contra de la *judicial review*

Como ya indicamos existe una fuerte crítica de carácter democrático al rol de juez constitucional. Robert Dahl, señala que en la revisión judicial los jueces traen sus propias ideologías, prejuicios y preferencias, creando legislación de forma judicial. Otra perspectiva de la crítica democrática se relaciona a que, en las decisiones judiciales, el intérprete puede ir más allá del texto, incluso, de los principios plasmados en la Constitución, de esta forma se entrometen en competencias legislativas siendo esto vulnerable del principio de separación de poderes.

A raíz de las críticas a la *judicial review*, podemos indicar que existe un enfoque clásico de este, con bases en la autorestricción. Esta noción es dialogante con el principio de deferencia al legislador. Así, el legislador tendría un mayor grado de legitimidad en el sentido que son los ciudadanos quienes han elegido sus integrantes por tanto representan la voluntad popular, y, de ese modo, estaría en mejor posición para elaborar las normas. De esta forma, el juez al revisar la constitucionalidad de estas, debe evitar interferir cambiando radicalmente el sentido o expulsarlas del ordenamiento jurídico, salvo que no exista otra alternativa.

En efecto, una de las dificultades que conlleva la actividad judicial de control de constitucionalidad de las normas, especialmente, de las leyes, es el riesgo de que los jueces invadan las competencias constitucionales del órgano democrático, ya sea en forma negativa –invalidando la norma legal– o positiva –proporcionando una interpretación de la ley distinta a la prevista por el parlamento–. Así, se sostiene que el juez de control de constitucionalidad debe observar una autocontención en el ejercicio de

---

comme peut être amené à le faire le Conseil d'État dans l'exercice de ses fonctions administratives ». CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 86-218 DC, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés**. 18 novembre de 1986, cons. 10.

<sup>111</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 373-374.

<sup>112</sup> MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014. p. 373-374.

sus competencias intentando respetar o ser deferente al máximo con las atribuciones legislativas del parlamento, debido a la potente legitimidad democrática que se ve representada en un órgano electo democráticamente por votación popular.

El ejercicio de la deferencia razonada parte de la desconfianza de los jueces, puesto que históricamente el parlamento no tenía un control del contenido de sus creaciones, donde imperaba la soberanía del órgano legislativo, por tanto, este principio “constituye un resguardo eficaz contra el activismo jurisdiccional desbordado”.

Zapata plantea dos elementos constitutivos de la deferencia razonada, la autonomía del legislador y la presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y la administración. Sobre el primer elemento, se señala que el tribunal constitucional no sería una instancia jurídica para resolver contiendas políticas entre las autoridades del Estado, puesto que su función no es sustituir al legislador, por lo que debe respetar su autonomía para reglar la sociedad dentro de los límites de la Constitución. Por lo que el legislador sería libre de elegir la regulación que considera más optima, decisión política no sujeta al control jurisdiccional. En cuanto a la presunción de constitucionalidad se postula que existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un acto, el tribunal debe en principio, presumir la constitucionalidad y abstenerse de anular las decisiones. Esta presunción de constitucionalidad del acto solo caería cuando el acto es sospechoso y la Constitución concluyente.

Ferres plantea una triada democrática de no objeción para justificar el control de constitucionalidad normativo y dar armonía con la democracia, donde encontramos, en primer lugar, la deferencia al legislador, luego, la presunción de constitucionalidad y, finalmente, la interpretación conforme con la Constitución, donde esta última a través de una intelección armonizadora permitirá salvar la creación normativa. En efecto, en caso que exista duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posible del texto constitucional es la correcta, el juez debe optar por la más compatible con él.

En este sentido, la revisión judicial esta constreñida a casos extremadamente groseros y patentes, pues que se debe destruir la presunción de constitucionalidad de normas emanadas de los órganos democráticamente electos, donde incluso una interpretación conforme no es un medio que salve la situación, pues por el principio de ultima ratio, el juez constitucional declarará la inconstitucional sólo como últimos recursos pues tiene el deber de deferencia o sea ser respetuoso de las decisiones de los órganos democráticamente electos.



### 3.2.2. Argumentos a favor de la judicial review

Sin embargo, podemos identificar también un enfoque contemporáneo de la judicial review, donde no se mira con tal desconfianza la labor del órgano jurisdiccional de control, sino que se fomenta y valora.

Se ha planteado que la idea de restringir la labor judicial en un sistema democrático representativo defectuoso como sería el chileno, carente de canales político-institucionales para asegurar el derecho de todos a ser oídos, nos conduce a una sociedad sin mínimas consideraciones por el otro, constitutiva de un sistema sordo a los reclamos y necesidades sociales ciudadanas.

Esta nueva visión de la judicial review o revisión judicial está íntimamente ligada con la promoción de los derechos fundamentales y el constitucionalismo contemporáneo.

El constitucionalismo contemporáneo requiere al menos de dos elementos bien definidos. Por un lado, un grado adecuado de generación popular –entiéndase democrática- en la producción de la legislación, que se traduciría en la elección de representantes en el Parlamento, quienes promulgarán las políticas que, el supuesto es, tienen apoyo popular. Por otro lado, la existencia de limitaciones no sólo formales sino esencialmente materiales respecto de los contenidos de las normas que entrarán en vigor. Por tanto, se necesitan algunos mecanismos que aseguren que el pueblo y sus representantes no excedan los poderes otorgados invadiendo los derechos protegidos por la Constitución. ¿Cómo? Algunos de estos mecanismos se refieren a medios internos relacionados con el proceso político, como la competencia electoral, y a mecanismos externos al proceso político como es la judicial review.

Bogdandy ha señalado que entre las características del nuevo derecho público se encuentra que las cortes deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión y argumentan en base a los principios. Ello también significa un cambio trascendente porque va contra el normativismo tradicional, focalizado principalmente en reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que da un mayor espacio a los principios, es decir, normas amplias de alto contenido ético. Como rasgo característico, un enfoque contemporáneo de la judicial review es que el juez argumenta en base a los derechos humanos.

Es decir, los derechos humanos emergen como valores, principios y reglas de carácter superior, como un higher law, al cual, el pueblo mismo y sus representantes deben someterse. Al juez le cabe controlar que los representantes del pueblo se sujeten y respeten los derechos humanos. En lugar de contenerse y autorestringirse, cuando se enfrentan a una vulneración de derechos humanos, los jueces constitucionales deben ser proactivos, lo que es parte del deber del Estado –por tanto, de los jueces- de debida diligencia y de prevención de las violaciones a los derechos humanos.

Cabe tener presente que en una sociedad democrática el juez, no tiene como rol legislar, para tranquilidad de los detractores del control de constitucionalidad, sino que, debe proteger los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como también en instrumentos internacionales. De esta forma queda atenuada la deferencia y restricción de su labor, lo que no implica interferir en competencias de otros poderes, sino que resguardar la debida vigencia y promoción de los derechos de las personas. El resguardo de la dignidad humana y los derechos fundamentales limitan la soberanía y por tanto la autonomía del legislador. Esto se señala expresamente en el artículo 5° de la Constitución chilena.

El juez cumple una tarea esencial en el funcionamiento de la democracia constitucional, esto es, desempeña el rol de garante de los derechos fundamentales. Más allá de resguardar la voluntad del órgano legislativo, el tribunal tiene que controlar que esa voluntad no vulnere los derechos humanos reconocidos, optando por una interpretación que menos restrinja los mismos. El juez constitucional o con competencia constitucional debe analizar la voluntad del legislador a la luz del principio de supremacía de los derechos humanos, la cual se superpone a una visión formal de la representación y de la regla de las mayorías.

#### 4. CONCLUSIONES

El principio de deferencia al legislador, como principio de interpretación constitucional, se ampara en el principio democrático, en el principio de separación de poderes y el principio de auto-restricción o auto-contención del juez constitucional como autoridad estatal que no goza de legitimidad democrática directa.

El principio de separación de poderes reconoce una esfera de autonomía en el ejercicio de sus funciones a los distintos poderes del Estado. El Estado constitucional de Derecho y los principios de fuerza normativa de la Constitución y de supremacía constitucional, sujetaron el uso y ejercicio de la autonomía del legislador al control de constitucionalidad de la ley o judicial review. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial el nuevo paradigma constitucional centró su preocupación en el individuo y su dignidad humana, la que es fuente y fundamento de los derechos fundamentales. Estos derechos están amparados por una acción especial, breve, rápida y eficaz, donde el juez constitucional juega un rol esencial.

El principio de deferencia pretende que el juez constitucional se abstenga de declarar inaplicable un determinado precepto legal o de expulsarlo del ordenamiento jurídico, respetando y siendo condescendiente con lo obrado por el órgano legislativo. El riesgo del activismo judicial normalmente es un argumento que se entrega a favor del principio de deferencia.

El principio de deferencia opera tanto a nivel interno como a nivel internacional. Este principio limita y restringe la función jurisdiccional para reconocer que el diseño de las leyes es principalmente responsabilidad del legislador. Aunque los poderes legislativos y ejecutivos tienen legitimidad democrática directa, esto debe equilibrarse con el principio de supremacía de los derechos humanos y el deber de todos los órganos del Estado de protegerlos.

La deferencia debe moderarse y armonizarse con el principio de supremacía de los derechos humanos, priorizando la protección de estos derechos en caso de conflictos, incluso sobre las decisiones democráticas. El principio de deferencia se atenúa en situaciones que afectan los derechos fundamentales, permitiendo al juez constitucional garantizar su protección. Esto significa que ni siquiera el legislador, dotado de legitimidad democrática directa, está autorizado a invadir los derechos fundamentales o humanos.

## 5. REFERENCIAS

AGUILAR, Gonzalo. Los derechos humanos y las tradiciones constitucionales comunes. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, vol. 24, n. 2, p. 1-25, 2018.

AGUILAR, Gonzalo. Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, vol. 52, n. 155, p. 643-684, 2019.

AGUILAR, Gonzalo; GAJARDO, Benjamín; LEÓN, María Pía. Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 13, n. 1, p. 373-396, 2015.

AGUILAR, Gonzalo; NOGUEIRA, Alcalá. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 84, p. 13-43, 2016.

ANSELMINO, Valeria. La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP**, La Plata, año 13, n. 46, p. 188-203, 2016.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT. Le choix du contrôle de constitutionnalité concentré. **Revue de Droit Henri Capitant**, Paris, n. 8. 2015.

ATRIA, Fernando. El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 20, n. 2-3, p. 367-378, mayo/dic. 1993.

BAMZAI, Aditya. The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 126, p.908-1001, 2017.

BARBOSA, Francisco. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.), **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. España: Tirant lo Blach, 2013, p. 1110-1111.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. **New York University Journal of International Law and Policy**, Nueva York, vol. 31, p. 843-854, 1999.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

Bickel, Alexander. **La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política**. Ciudad de México: Ed. Ciudad de México - Fondo de Cultura Económica, 2020.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **La democracia como principio constitucional**. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

BOGDANDY, Von Armin. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea. En: GONZÁLEZ PÉREZ, L. R.; VALADÉS, D. (Coord.). **El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo**. Ciudad de México: UNAM, 2013, p. 56-57.

BUSCH, Tania. El rol político de los Tribunales Constitucionales. Análisis del caso chileno. **Cuadernos del Tribunal Constitucional**, Santiago, n. 42, p. 109-195, 2010.

CABRERA, Juan Pablo; CHACÓN, María; ELIAS, Telmo. Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados. **Magazine De Las Ciencias: Revista De Investigación E Innovación**, Babahoyo, año 5, n. 7, p. 116-124, 2020.

CARBONELL, Miguel. Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad". **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, México, n. 5, p. 289-300, 2006.

CEA EGAÑA, José. Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. **Revista de Derecho**, Santiago, n. 16, p. 299-310, jul. 2004.

COLOMBO, Juan. La justicia constitucional. **Revista de Derecho**, Santiago, vol. XIV, p. 259-284, jul. 2003.

CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 20, n. 2, p. 235-274, 2014.

DAHL, Robert. How Democratic is the American Constitution?. New York: Yale University Press, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRERES, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FERRES, Víctor. **Una defensa al modelo europeo de control constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

FUENTES, Édgar; CÁRDENAS, Luz. Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, vol. XXI, p. 197-231, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal**. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA, Juan. Los derechos humanos de primera generación: el principio de libertad desde su origen y desarrollo jurisprudencial en la actualidad en México. **Revista Ciencias de la Documentación**, Santiago, vol. 9, n. 1, p. 10-20, ene./jun. 2023.

GONZÁLEZ, Christian. Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 37, p. 171-202, jul/dic. 2017.

HOLO, Théodore. Émergence de la justice constitutionnelle. **Pouvoirs**, Paris, n. 129, p. 101-114, 2009.

JUSTUS, Johann. El «Margin of Appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, año 6, n. 11, p. 189-208, 2009.

MARSHALL, Pablo. Notas sobre el contenido del Principio de la democracia. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, Temuco, vol. 3, n. 1, p. 9-36, 2011.

MARTÍNEZ, José. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, p. 365-396, 2014.

MEDINA, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano". **Debate Interamericano**, Bogotá, n. 1, p. 83-122, 2009.

MOLOT, Jonathan T. The Rise and Fall of Textualism. **Columbia Law Review**, Nueva York, vol. 106, n. 1, p. 1-69, 2006.

NASH, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, Bogotá, vol. 11, p. 71-100, 2018.

NOGUEIRA, Alcalá. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. **Revista Ius et Praxis**, Talca, año 11, n. 2, p. 15-64, 2005.

NOGUEIRA, Humberto. La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Coquimbo, año 13, n. 1, p. 67-101, 2006.

PIERRY, Pedro. El control de la Discrecionalidad Administrativa. **Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 8, p. 161-83, 1992.

POYANCO, Rodrigo. Los jueces constitucionales, la Política y la deferencia judicial. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 2, p. 67-101, 2013.

RIBERA, Teodoro. El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho. **Estudios Públicos**, Santiago, n. 34, p. 195-228, otoño 1989.

SAGÜES, Néstor. **La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada**. Ciudad de México: Porrúa, 2005.

SHANE, Peter M. Chevron Deference, the Rule of Law, and Presidential Influence in the Administrative State. **Fordham Law Review**, Nueva York, volume 83, p. 679-702, 2014.

SILVA, María Pía. El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 81, p. 141-153, jul./dic. 2014.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Lima: Palestra, 2013.

VALDÉS, Javier. **El concepto de deferencia en el derecho público chileno: perspectiva desde el control judicial de la administración**. Santiago, 2017. Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas, Universidad de Chile.

VENTURA, Manuel. **La Deferencia a favor de las Administraciones Públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo**. In: V Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo, Puebla, 2011.

VERDUGO, Sergio. La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 40, n. 1, p. 181-223, 2013.

VILLASEÑOR, Isabel. La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. **Foro Internacional**, Ciudad de Mexico, vol. 55, n. 4, p. 1115-1138, 2015.

ZAPATA, Patricio. **Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

**INFORMAÇÕES ADICIONAIS**  
**ADDITIONAL INFORMATION**

<b>Editores Responsáveis</b> <i>Handling Editors</i>	
<b>Editor-chefe</b>	Daniel Wunder Hachem
<b>Editor-adjunto</b>	Luzardo Faria

<b>Declaração de autoria e especificação de contribuição ao artigo</b> <i>Statement of Authorship and Individual Contributions</i>	
<b>Gonzalo Aguilar Cavallo</b>	<b>Contribuciones:</b> 1. Conceptualización; 5. Investigación; 6. Metodología; 7. Administración del proyecto; 8. Recursos; 10. Supervisión; 11. Validación; 13. Redacción – borrador original.
<b>Daniela Méndez Royo</b>	<b>Contribuciones:</b> 11. Validación; 13. Redacción – borrador original; 14. Redacción – revisión y edición.