

Estado de Derecho **Y** Reformas a la Justicia



Universidad de Heidelberg,
Heidelberg Center para América Latina

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

CALIFORNIA WESTERN
SCHOOL OF LAW | SAN DIEGO



Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH



Índice

PRÓLOGO 13

Estado de Derecho en la Actualidad Chilena

LAS NOCIONES DE ESTADO DE DERECHO Y RULE OF LAW.
 ORÍGEN, EVOLUCIÓN Y CONTENIDO.
 María Inés Horvitz L. 19

MÓDULO II:
 ESTADO DE DERECHO Y PODER JUDICIAL. ESTRUCTURA
 JUDICIAL E INDEPENDENCIA INTERNA. EL ROL DEL JUEZ EN EL
 SISTEMA POLÍTICO.
 María Inés Horvitz L. 27

MÓDULO III:
 JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE Y
 PROTECCIÓN DE DERECHOS.
 Enrique Navarro B. 41

- I. Supremacía Constitucional
 - II. Mecanismos de control de la supremacía Constitucional en Chile
 - 2.1 Control de constitucionalidad de las leyes.
 - 2.2 Control de constitucionalidad de los actos de particulares y de autoridad administrativa.
- III. Protección de los Derechos
 - 3.1 Derechos no tutelados
 - 3.1.1 El derecho a la protección de la salud
 - 3.1.2 El derecho a la educación
 - 3.1.3 El derecho a la seguridad social
 - 3.1.4 El derecho de petición
 - 3.2 Protección jurisprudencial
 - 3.2.1 Frente al derecho a la protección de la salud
 - 3.2.2 Frente al derecho a la educación
 - 3.2.3 Frente al derecho a la seguridad social
 - 3.2.4 Frente al derecho de petición
- IV. Conflictos de derechos
- V. Derechos garantizados en tratados internacionales
- VI. Reformas constitucionales propuestas en materia de justicia constitucional.
- VII. Conclusiones.

MÓDULO IV:
 ESTADO DE DERECHO Y POLICÍA.
 María Inés Horvitz L. 65

- I. Las funciones de prevención de la policía
- II. Función de persecución de los delitos
- III. La reforma al Código Procesal Penal de 2002

MÓDULO V:
 LOS PROCEDIMIENTOS DEL DERECHO PENAL MODERNO Y DEL
 DERECHO PENAL CLÁSICO.
 Raúl Núñez 80

- I. Casos

CREDITOS

© 2005 DIPLOMADO INTERNACIONAL
 ESTADO DE DERECHO
 Y REFORMAS A LA JUSTICIA

UNIVERSIDAD DE DESARROLLO
 CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA
 Santa María 076, Providencia
 Telf.: (56-2) 6785603

HEIDELBERG CENTER PARA AMÉRICA LATINA
 Los Leones 1025, Providencia
 Telf.: (56-2) 2343466

CALIFORNIA WESTERN SCHOOL OF LAW
 Cedar Street 225, San Diego, CA
 Telf.: (1-619) 5251485

**PROYECTO REFORMA JUDICIAL,
 OTZ CHILE**
 Monarda 107, Santiago
 Telf.: (56-2) 6743435

EDITORES
 James M. Cooper
 Dr. Rainer Große
 Dra. María Inés Horvitz
 Jörg Siegel

COORDINACIÓN ACADÉMICA
 Eduardo Sotomayor
 Verónica Ulloa

DISEÑO
 Daniel Olivares

IMPRESIÓN
 Más Gráfica Ltda. - jfreque@terra.cl

Impreso en Chile - Printed in Chile

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Bibliografía

BARATTA, Alessandro: «Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs». En: *Festschrift für Bernhard C.H. Aubin zum 65. Geburtstag*, Kehl/Estrasburgo, 1979, pp. 1-14.

BENDA (E.), en: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL/HESSE/HEIDE, *Manual de derecho constitucional* (trad. Antonio López Pina), Marcial Pons, Madrid, 1996.

BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia* (trad. José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989).

BÖCKENFÖRDE (E.W.), «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en *Festschrift für A.Amdt, Frankfurt a.M., 1969*.

FORSTHOFF (E.) (ed.) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968.

HORN (W.): «Rosgos básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental alemana», en: *Thesing* (ed.) *Estado de derecho y democracia*, cit., pp. 49 y ss.

KALPERN, Ulrich: «Condiciones de la eficiencia del estado de derecho (especialmente en los países en desarrollo y en despegue)». EN: THESING (ed.) *Estado de derecho y democracia*, 2ª ed., Ciedia, Buenos Aires, 1999, pp. 207 y ss.

KANT (I.): *La paz perpetua* (versión castellana de Joaquín Abellán), Madrid, Tecnos, 1985.

MAC CORMICK, Neil: «Estado de derecho y rule of law», en: THESING (ed.) *Estado de derecho y democracia*, 2ª ed., Ciedia, Buenos Aires, 1999, pp. 101 y ss.

O'DONNELL, GUILLELMO: *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*, 1997.

RAZ, Joseph: «The rule of law and its virtues». EN: del mismo, *The authority of law*, Oxford, 1979, pp. 210 y ss.

ROBBERS, Gerhard: «El Estado de derecho y sus bases éticas». EN: THESING (ed.) *Estado de derecho y democracia*, 2ª ed., Ciedia, Buenos Aires, 1999, pp. 29 y ss.

WALDRON, Jeremy: *The dignity of legislation*, Cambridge, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil* (Ley, derechos, justicia) (trad. Marina Gascon), Trotta, Madrid, 1995.

**INTRODUCCIÓN AL MÓDULO II:
ESTADO DE DERECHO Y PODER JUDICIAL**

María Inés Horvitz L.

La historia de las luchas por el poder ha mostrado, en los modelos democráticos más desarrollados del mundo, que en el área que solemos denominar judicial o jurisdiccional ha experimentado el reconocimiento de tres funciones acompañadas de una diversificación orgánica para el mejor cumplimiento de las mismas. Ellas son: la función jurisdiccional, esto es, la de dirimir los conflictos; el gobierno judicial y la jurisdicción constitucional. Dentro de esta última es preciso destacar el control de constitucionalidad de las leyes. (...) La función más discutida, aunque hoy en día se halla bastante generalizada en el derecho comparado. Los debates sobre la justicia constitucional reflejan las distintas posiciones y actitudes hacia la dimensión política del poder judicial y hacia el modelo de Estado por el que se opta. Por ello, resulta relevante profundizar en el conocimiento de los aspectos centrales de tal polémica.

Parece necesario efectuar una digresión previa acerca de los modelos que se han elaborado para distinguir las diferentes concepciones sobre democracia constitucional y la forma en que ellas distribuyen el poder político entre sus diferentes instituciones. De acuerdo con el planteamiento de Ackermann y Rosenkrantz, cabría distinguir los siguientes modelos democráticos: a) modelo monista; b) modelo dualista, y c) modelo fundamentalista². El primero se identifica plenamente con el sistema político inglés: la estructura política norteamericana está basada en el modelo dualista; y el sistema alemán constituye una democracia fundamentalista.

Conforme al paradigma dualista, existen dos clases distintas de decisiones políticas, a las que atribuye diferente legitimidad: primero, las decisiones tomadas por el pueblo mismo (momentos constitucionales) y, segundo, las decisiones adoptadas por el gobierno (momentos contentes). En los primeros existe gran movilización y debate públicos, esto es, un gran número de ciudadanos conscientes de la seriedad del asunto de que se trata. El dualismo democrático impide que las decisiones de los representantes sean confundidas o asimiladas a las decisiones en las que el pueblo asume protagonismo. En este esquema, el legislador no podría anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en momentos constitucionales. De este modo se establecen los deberes del Poder Judicial y de la Corte Suprema en el control de constitucionalidad. En otras palabras, la Corte Suprema tiene como deber básico preservar las decisiones políticas

¹ Zaffaroni, R.E.: *Estructuras judiciales*. Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 31 y ss.

² Ackermann, Bruce/Rosenkrantz, Carlos, en AA.VV.: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Cuadernos y debates, N° 29, Centro de Estudios Constitucionales, Buenos Aires, 1991, pp. 15 y ss. En lo que sigue desarrollaremos los modelos teóricos expuestos por estos autores.

tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno³. Hamilton afirmó en esa época que la designación de los jueces por el Presidente no afectaba el principio de soberanía popular, ante la imposibilidad material de que el pueblo, en forma directa, se hiciera cargo de todas las designaciones que la Constitución encomienda al presidente y al senado. Fue la tendencia política contraria a Hamilton y más acorde con el pensamiento liberal de Jefferson, la que consagró años después, en las constituciones de la mayoría de los estados, la elección popular de los jueces, generalizada entre 1812 y 1860, particularmente después de la constitución de Nueva York de 1846. Se trató de un expediente político para sustraer a los jueces de los estados a la tendencia conservadora y autoritaria que primaba en la Corte Suprema federal y que se prolongó hasta 1937.

El monismo constitucional, por su lado, consiste en la idea que la democracia requiere que gobiernen aquellos representantes elegidos por el pueblo y que el pleno poder de dictar leyes les sea conferido a estos representantes, en tanto y en cuanto su elección haya sido libre. Desde esta perspectiva cualquier intento de reformar las atribuciones del legislador es considerado un acto antidemocrático. Esta «dificultad contramayoritaria» puede plantearse del siguiente modo: si la voluntad de la mayoría del Parlamento es la voluntad del pueblo, ¿cómo se justifica que esta voluntad pueda ser vulnerada por quienes no representan la voluntad del pueblo? De allí que el Parlamento británico posea un poder ilimitado y exista una estrecha conexión entre soberanía parlamentaria e idea de democracia. Los monistas sólo justifican la invalidación de decisiones mayoritarias si ellas tienden a excluir a personas o grupos de la toma de decisiones políticas. Por contraste, el dualismo ve a la Corte Suprema y al control constitucional como una institución de preservación de una sociedad democrática bien ordenada que más que amenazar a la democracia, sirve a la democracia protegiendo las decisiones de una ciudadanía movilizada contra las decisiones de los representantes que no han logrado la clase de apoyo requerida para obtener la máxima legitimidad.

El fundamentalismo constitucional entiende que el pueblo no tiene la autoridad necesaria para cambiar la constitución. Esto no significa que para esta corriente no exista lugar para un gobierno democrático y popular, pero sí que un gobierno democrático y popular debe estar restringido por el respeto de ciertos principios y derechos, los fundamentales. Para esta teoría, los derechos fundamentales constituyen vallas a la prosecución de

³ El caso que afirmó rotundamente el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos es «*Marbury vs. Madison*» de 1803, en que el Chief Justice John Marshall señaló: «O bien la Constitución es un principio superior, inmodificable por medios ordinarios, o bien está al nivel de los actos legislativos ordinarios y, como esos actos, es alterable cuando a la legislatura la pligüera hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería derecho; si la última parte fuese la verdadera, la Constitución sería una absurda tentativa del pueblo para limitar un poder ilimitable por su naturaleza.» La tesis del juez Marshall, al declarar inconstitucional una disposición legal, es la consagración judicial del pensamiento de Hamilton (Hamilton, Madison and Jay, *On the Constitution, edited with and introduction*, por Ralph Gabriel, New York, 1954).

⁴ Cfr. Nino, Carlos: «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en: AA.VV., *Fundamentos y alcances*..., cit., pp. 97 y ss.

los objetivos colectivos por parte de instituciones democráticas. Desde esta perspectiva, los jueces pueden invalidar las decisiones democráticas cuando éstas violan los derechos fundamentales. Así, la Constitución alemana ha consagrado explícitamente denominadas («cláusulas pétreas») por los que ciertos derechos fundamentales no pueden ser revisados ni aun por los procedimientos de reforma constitucional.

La problemática respecto de las funciones legítimas del poder judicial provienen del modelo francés⁵. Mientras que el modelo norteamericano tuvo claro, desde el comienzo, que el judicial abarcaba dos grandes funciones, diferentes pero inextricablemente vinculadas, que eran la decisión de los conflictos y el control de constitucionalidad, el modelo francés negó desde su origen y hasta hoy la segunda función. El origen de estos diferentes perspectivas frente a la función judicial y sus relaciones con el poder político se halla en las revoluciones de las postrimerías del s. XVIII. La idea de poder de la mayoría sin control judicial de constitucionalidad es propia de la revolución francesa. Basados en la idea de la separación de los poderes, los revolucionarios franceses afirmaban que el poder judicial no podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes porque sería una infracción del judicial en el legislativo. En consonancia con esto, la Constitución de 3 de Septiembre de 1791 declaró que «no hay en Francia autoridad superior a la de la ley» y «la advertencia va para el rey, pero de cualquier forma también se dirige a los jueces». También prohibió expresamente a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes, creando un tribunal de casación junto a los cuerpos legislativos, esto es, un tribunal legislativo para jueces de dicho tribunal se elegirían por el voto directo del pueblo y las leyes serían tan claras que cualquiera podría comprenderlos.

La justicia de la revolución francesa estableció una única jurisdicción, o sea canceló las extraordinarias —propias del régimen anterior— concibiéndola como emanación de la soberanía de la nación, expresión de un poder soberano delegado en los jueces, quienes pasaron a ser funcionarios públicos estatales: «Confianza absoluta en el legislador, desconianza en los jueces (incluso los elegidos popularmente): tal fue la doble inspiración de los constituyentes cuando edificaron la nueva justicia». En la «deslegitimación democrática» del judicial tuvieron influencia los antiguos («parlamentarios») y de su pretensión de ejercer poder político al final del antiguo régimen. Se crea el Poder Judicial pero degradado, sometido al legislativo y al gobierno, y también jerarquizado.

En el sistema político francés, sólo los poderes ejecutivo y legislativo tienen legitimidad para decidir las relaciones de las personas con el Estado. Los jueces deben limitarse a resolver los conflictos entre particulares ciñéndose estrictamente a las leyes y sin interferir en las prerrogativas del

⁵ Cfr. Bouzat, Gabriel: «El control constitucional. Un estudio comparativo», en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y debates N° 29, Centro de Estudios Constitucionales, Buenos Aires, 1991, pp. 69 y ss.; Zaffaroni, cit. pp. 50 y ss.; Troper, Michel: *Ensayos de teoría constitucional*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política N° 92, Madrid, pp. 149 y ss.

poder político. Desde esta perspectiva, no son decisiones políticas las que los jueces deben aplicar, aunque detrás de cada ley haya una opción política, sino tan sólo normas jurídicas. En este esquema, el Poder Judicial es un poder que no lo es, y a tal particularidad aludía Montesquieu cuando utilizaba el término «nulo» para definirlo:

«de los tres poderes de los que hemos hablado, el de juzgar es en cierta manera nulo. No quedan más que dos»⁶.

Y como aclara Liborio Fierro:

«El poder (del Poder Judicial) no está -como el legislativo y el ejecutivo lo están- atribuido a un colectivo (los integrantes del Poder Judicial, esto es, los jueces y magistrados) sino que reside (está atribuido) a cada juzgado o tribunal, a cada órgano judicial, en el ámbito de su competencia jurisdiccional. Institucionalmente hablando, no hay tal cosa como «el Poder Judicial», sino que hay un sistema de órganos que detentan el poder [judicial]»⁷.

En definitiva, en Francia no sólo se rechazó cualquier control judicial sobre el legislativo sino que se creó un control legislativo sobre el judicial. Esta opción tiene una explicación histórica evidente, pues corresponde a la de una clase que procura asegurar su recién obtenida hegemonía política frente a la amenaza de la clase desplazada, que conservaba cierto poder. El lado opuesto de esta situación la ofrece la revolución norteamericana, que se limitó a desplazar a la potencia colonial sin experimentar convulsiones o peligros en su estratificación; no había, pues, amenazas para la clase dirigente norteamericana que la llevaran a adoptar una defensa fundada en la dictadura de la mayoría. De allí que el establecimiento de un poder judicial con control constitucional fue más bien percibido como un seguro contra el riesgo de la formación de una mayoría que alterase las reglas establecidas⁸.

El tribunal de casación francés (1799) fue concebido como un control parlamentario sobre los jueces, que «quebraba» las sentencias que consideraba se apartaban de las leyes remitiéndolas a un nuevo juez de grado; pero si luego de dos casaciones, los jueces de grado insistían en el mismo criterio, el tribunal debía someter la cuestión al cuerpo legislativo que emitía un decreto aclaratorio, al cual debía someterse el tribunal de casación. Este tribunal podía imponer sanciones a todos los tribunales «inferiores», suspender a los jueces y someterlos a un jurado. La ley napoléonica sobre la organización judicial data de 20 de Abril de 1810 y se conoce como la «gran ley». La selección de los magistrados se centra en el Ejecutivo, no había calificación técnica previa y tampoco una «carrera» sino que todo dependía del «superior» y del «gobierno». De este modo, la pretendida separación de poderes, que se esgrime como

obstáculo para reconocerle al judicial la potestad del control de constitucionalidad de las leyes, generó un poder judicial debilitado, que perdió su nombre y su origen popular, dependiente del ejecutivo, burocrata, jerarquizado y con un fuerte poder disciplinario⁹.

No obstante que fue ideado en su origen como una instancia de control del legislativo sobre el judicial, el tribunal de casación francés cambió su nombre republicano por el monárquico de «corte de casación», comenzó a funcionar como gobierno del judicial y en tribunal de interpretación de la ley de última instancia, así como a imponer verticalmente sus criterios jurisdiccionales a todos los tribunales «inferiores», sancionando y excluyendo a los indóctiles. Se transformó así en la corte unificadora de la jurisprudencia en el marco de un judicial verticalizado y jerarquizado, modelo corporativo que se exportó desde Francia a toda Europa continental. Nacen de este modo los tribunales supremos, divididos en salas especializadas, que tienen la función de unificar la jurisprudencia en las diferentes materias, siendo sus criterios obligatorios para todos los jueces de «menor jerarquía»¹⁰.

En aquellos modelos donde se admite un control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, los poderes ejecutivo y legislativo también definen las relaciones entre el estado y las personas, pero dentro de los límites que les impone una Constitución. Por tanto, además de la función de dirimir los conflictos entre particulares el poder judicial asume la de controlar que los otros poderes respeten las pautas constitucionales, particularmente en cuanto a los límites que impone el respeto a la dignidad de la persona.

La disyuntiva que subyace a la distinción de modelos efectuada es la siguiente: *voluntad irrestricta de la mayoría o supremacía de la constitución*. La opción por la mayoría como único poder legítimo, que sólo reconoce límites constitucionales como un acto de buena voluntad, aunque no se lo explicita y ni siquiera se lo admite responde a una idea orgánica del estado conforme a la cual la minoría debe quedar sometida a la voluntad irrestricta de la mayoría. Impone la legitimación de una dictadura de la mayoría. De allí que, modernamente, el concepto de derechos humanos opere como un límite que el individuo y las minorías hacen valer contra los cálculos consecuencialistas que el poder público podría hacer en pos del mayor beneficio de las mayorías.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes puede ser de carácter concentrado o difuso. El sistema americano del judicial review es difuso porque cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley¹¹, aunque después esta facultad se limitó en diferente medida. Este modelo se contraponen al control de constitucionalidad centralizado

⁶ Cfr. Pérez Royo (1), *Curso de derecho constitucional*, 3ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 887, 888.

⁷ *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Biblioteca de ética y filosofía del derecho y política Nº 69, Madrid, 1993, p. 51.

⁸ Bouzai, cit., pp. 82 y ss. Pedraza, Ernesto: *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Lure, 1990, Madrid, pp. 9 y ss.

⁹ Es curiosa la dinámica francesa que, aunque no admite formalmente el control de constitucionalidad de las leyes, ha montado una suerte de control preventivo en un organismo nombrado por el presidente (el Consejo Constitucional) integrado por 9 miembros (3 «Guarrier/Pedraza», cit., pp. 74 y ss.

¹⁰ El recurso de protección en Chile sólo procede respecto de actos del ejecutivo o, incluso de terceros, pero no contra el legislativo.

en un único tribunal constitucional, también llamado modelo austriaco por haberse establecido por 1ª vez en la Constitución austríaca de 1920, por inspiración de Kelsen, quien integró la primera corte constitucional de ese país. El modelo fue seguido por la Constitución checoslovaca de 1920 y por la Constitución de la República española de 1931. La iniciativa se vinculaba a un procedimiento de impugnación contra la ley presuntamente inconstitucional (Normenkontrolle) o por un recurso especial contra la lesión de derechos (Beschwerde). El modelo centralizado partía de una presunción de constitucionalidad de las leyes a las que deben atenerse todos los jueces, excepto del fondo para constitucionales. Pero en cuanto se facilita a los jueces del fondo para disponer la suspensión de la aplicación de la ley impugnada por inconstitucionalidad hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional con efecto erga omnes, se convierten en los principales promotores de la inconstitucionalidad [pueden plantearla de oficio].

Al modelo de control difuso de constitucionalidad se objeto que puede provocar gran inseguridad jurídica, por la disparidad de criterios jurídicos en cada tribunal: además se ha observado que como la ley no pierde vigencia, los órganos y autoridades administrativas pueden seguir ateniéndose a la ley inconstitucional, lo que obligaría a los ciudadanos a impetrar continuamente decisiones judiciales en cada caso. Estas dificultades están relativamente mitigadas en el sistema norteamericano, porque la obligatoriedad del precedente en función del principio *stare decisis*¹² hace que después del pronunciamiento de la Corte Suprema, los demás tribunales, por regla general y aunque haya habido excepciones, se atengan a ese criterio. Sin embargo, el *stare decisis* sólo es válido en los países del *common law*, pero no en los sistemas de derecho continental europeo, donde el modelo difuso es más puro y sin atenuantes. En Chile, como sobemos, se concentra la declaración de inconstitucionalidad en la Corte Suprema pero sin hacer perder eficacia general a la ley: por otra parte, no es claro que los jueces del fondo carezcan de la potestad de declarar inconstitucional algún precepto legal. Finalmente, cabe señalar que la Corte Suprema chilena, al igual que la de EEUU se pronuncia en casos concretos (vigentes) y por vía incidental.

El modelo centralizado de control de constitucionalidad se restableció en Austria (Constitución de 1925, con reformas hasta 1934); también se introdujo en la Constitución italiana de 1947, en la Carta de Bonn de 1949, en la Constitución de Chile de 1960, la de Turquía de 1961, en la griega de 1975, en la española de 1978, etc. En todos estos casos, la selección de sus miembros tiene siempre origen plural. Es decir, el modelo centralizado concentra la competencia constitucional y dispersa el poder de nominación. En Alemania, el Tribunal Constitucional se compone con jueces federales y otros miembros, propuestos por millores por el *Bundesrat* (representantes de los Länder) y por el *Bundestag* (Cámara de Diputados). En Austria, el presidente, vicepresidente, 6 miembros titulares y 3 suplentes del Tribunal Constitucional deben ser nombrados por el Presidente o propuesta del gobierno federal, debiendo elegirse entre magistrados,

funcionarios administrativos de cierto nivel, profesores de derecho, en tanto que otros tres son elegidos en ternas que eleva el Consejo Nacional (diputados) y otros tres en terna elevada por el Consejo Federal (representantes de las regiones). El Tribunal Constitucional español se compone de 12 miembros nombrados formalmente por el Rey, 4 lo son a propuesta del Congreso y 4 a propuesta del senado (con mayoría de 3/5), 2 a propuesta del gobierno y 2 del Consejo General del Poder Judicial.

Las objeciones a la atribución del control de constitucionalidad de las leyes al judicial se han fundado no sólo en la doctrina de la separación de poderes sino también en la idoneidad de los jueces para tomar decisiones políticas (C. Schmitt)¹³ o en su origen no democrático¹⁴. En el primer caso se sostiene una especie de inimpugnabilidad política de los jueces y en el segundo, la falta de legitimidad democrática de los jueces para ejercer dicho control. Refiriéndose al tribunal constitucional, un destacado autor español ha señalado expresamente que dicho órgano «no debería existir»¹⁵, pero justifica su existencia fáctica en una «anomalía democrática», esto es, en «una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países»¹⁶. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad de las leyes surge históricamente para evitar la dictadura de una mayoría parlamentaria coyuntural que pudiera degradar la Constitución a una mera expresión de deseos.

La creciente incidencia política del poder judicial es valorada positivamente en la medida que refuerza las garantías individuales pero siempre, también, que no perturbe el desarrollo equilibrado del sistema político y respete los pilares básicos de una democracia constitucional: garantizar los derechos del ciudadano y, por tanto, limitar los poderes políticos, y asegurar la soberanía popular. Esta situación plantea el problema de la responsabilidad democrática de la magistratura, pues los jueces –en mayor o menor medida– son inevitablemente parte del sistema político por las funciones que cumplen. La importancia relativa del poder judicial en el sistema político estará determinada por diferencias significativas en el modo en el que se organiza y distribuye el poder entre

¹² La custodia de la Constitución debía librarse a otro órgano que, según Schmitt, era el Presidente de la República, y tal interpretación era posible porque la Constitución de Weimar había dejado sin resolver el problema del control de constitucionalidad. Schmitt consideraba que el poder era lo único que podía frenar la decadencia y el caos del mundo de posguerra, que él atribuía al liberalismo y al judicialismo. De este modo legitimó el cesarismo político y el ascenso al poder absoluto de Hitler.

¹³ Plantamiento que se ha esgrimido para frenar el denominado «activismo judicial». Algunos autores, como Perfecto Andrés Ballester o Zaffaroni han criticado acérrimamente esta posición argumentando que pese a su origen no democrático, el poder judicial es funcional al sistema democrático, y es un contrapeso indispensable en el caso de alianzas coyunturales entre ejecutivo y legislativo (Andrés Ballester (P), «Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy» en *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, 1992, p. 75; Zaffaroni (E.), *Estructuras judiciales*, cit., pp. 40 y ss.). Según Guameri/Pederzoli el fortalecimiento del judicial ha sido una de las exigencias del constitucionalismo liberal en su lucha por limitar el poder, y que allí donde hay una democracia con un poder judicial fuerte hay una democracia más fuerte, porque se trata de un régimen en el que los derechos de los ciudadanos se encuentran mejor tutelados (*La democracia gradualista*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 18).

¹⁴ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, cit., p. 931, quien recurre a la clásica división tripartita del poder planteada por Montesquieu.

¹⁵ Pérez Royo, *ibid.*, p. 932. Añade que «el tribunal constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del estado liberal del siglo XIX al estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España (el destacado es del autor)».

¹² Obligatoriedad de los precedentes judiciales. Principio jurídico conforme al cual los tribunales deben basar sus decisiones en las reglas jurisprudenciales existentes.

las distintas instituciones políticas, y por tanto, en la ubicación institucional del poder judicial y sus relaciones con los otros poderes del estado y los sectores políticos dominantes¹⁷.

De acuerdo con la distinción de Zaffaroni¹⁸, que hace referencia a la evolución histórico-política del poder judicial, es posible identificar tres modelos de magistratura que, por subsistir coetáneamente—aunque no tengan su sentido originario—, sirven también como modelos de análisis político de las magistraturas actuales:

a) El modelo empírico primitivo.

Por definición, la selección de los jueces carece de nivel técnico, o sea, rige la arbitrariedad selectiva. El nivel del servicio es precario debido a la pobreza técnica. Por la forma de reclutamiento, no puede asegurarse su independencia. El control de constitucionalidad, si existe, es precario y circunstancial. La escasa seguridad jurídica para la inversión productiva que ofrece la actividad jurisdiccional constituye un factor de fomento de las inversiones que compensan riesgos con lucros desproporcionados, salvo que operen otros factores neutralizantes. La cultura jurídica es pobre por falta de estímulo y el propio estado de derecho se presenta como dudoso. El contexto general es el de países no democráticos o escasamente desarrollados.

b) El modelo tecno-burocrático.

Se erradica la arbitrariedad selectiva y se garantiza el nivel técnico de los jueces. La función del juez se formaliza y se tiende a la burocratización («carretera»). La independencia, en el mejor de los casos, es solo externa; por tanto, el control de constitucionalidad, si existe, tiene bajo nivel de incidencia. La seguridad para la inversión productiva razonable mejora con este modelo. Aunque la cultura jurídica sea superior, no alcanza vuelo teórico y se limita a los métodos exegéticos y a los argumentos pragmáticos. Se podrá afirmar que favorece un estado de derecho, pero de carácter legal (formal) no constitucional. El marco general corresponde a contextos políticos más estables, aunque no necesariamente democráticos.

c) El modelo democrático contemporáneo.

Conserva la selección técnica del anterior, incluso perfeccionada mediante un mejor control sobre los mecanismos selectivos. La calidad del servicio mejora por efecto de la reducción de la formalización a través del impulso que le proporciona el control de constitucionalidad permanente. El perfil del juez tiende a ser la de un técnico politizado (no partidizado ni burocratizado). La independencia externa e interna se asegura mejor que en los otros modelos. El control de constitucionalidad se privilegia con un tribunal nominado por selección dispersa, lo que eleva su nivel. En lo que dependa de la magistratura, serán mejores las condiciones para la inversión productiva razonable. La cultura jurídica mejora por efecto del vuelo teórico que requiere operar

con una magistratura pluralista y, por tanto, dinámica. El estado de derecho se fortalece tendiendo a la forma constitucional. El marco político general de este modelo es el de una democracia.

Zaffaroni considera que los modelos anglosajones también son susceptibles de análisis bajo esta triple perspectiva. Señala que las estructuras judiciales inglesa y norteamericana se corresponden esencialmente con el modelo empírico, y que su forma actual responde a que también por vía empírica (es decir, impulsados por la pura experiencia política) ensayaron la superación de los defectos del modelo empírico por cauces diferentes a los que siguieron las estructuras judiciales de Europa continental. Advierte que el judicial inglés logró neutralizar varios de los defectos del modelo empírico-primitivo por un camino lento, secular y original, no imitable por otros países, y concluye pronunciándose a favor de algunas soluciones particulares de dicho sistema judicial, como la participación popular directa. Con relación al sistema judicial norteamericano, Zaffaroni es categórico: éste «sigue siendo un modelo primitivo con muy pocos cambios y no todos recomendables»¹⁹.

Aspectos definitorios del tipo de magistratura son, en consecuencia, la formación de los jueces, la forma de su reclutamiento y las garantías que rodean el ejercicio de su función, de modo que a través de ellos se puede determinar el nivel de su independencia, tanto interna como externa. Un poder judicial sin independencia (en el sentido institucional del término) no puede intervenir autónomamente en el sistema político y, si la tiene, se requiere todavía que tenga la voluntad de hacerlo, sobre la base de la asunción de su rol dentro del sistema político²⁰.

Dos tradiciones jurídicas que contienen estilos bien definidos de administración de justicia suelen ser utilizadas para distinguir dos modelos de magistratura: se trata de la contraposición entre los sistemas del *common law* y del *civil law*²¹. La distinción es «idealtípica», pues las situaciones concretas son mucho más complejas o poseen, en distinto grado, rasgos característicos de ambos modelos. De este modo, se habla de una magistratura burocrática²² en el sistema del *civil law*, representada prototípicamente por la judicatura francesa; y de una magistratura profesional en el sistema del *common law*, mejor representada por la inglesa.

¹⁷ Quarneri/Pederzoli, cit., pp. 25 y ss.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 126-7.

¹⁹ Cfr. Friedmann/Rehbinder (comps.): *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1976, p. 33.

²⁰ También se inserta la distinción en 2 modelos de organización del Estado y de sus sistemas de administración de justicia, el denominado «ideal jerárquico» y el «ideal paritario». Cfr. M. Damaska: *Las caras de la justicia*, passim; Quarneri/Pederzoli, *La democracia judicial*, cit., pp. 54 y ss.; G. Di Federico, «La professione giudiziaria ed il suo contesto burocratico», EN: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XXVII, 1978, pp. 1577 y ss.

²¹ Aunque si se acepta el concepto sociológico de «burocracia» acuñado por Max Weber, todos los poderes judiciales son, en mayor o menor medida, «burocracias» (*Ensayos de sociología contemporánea*, I, Barcelona, pp. 167-170). Se trataría más bien de erradicar o superar los desarrollos ilimitados del poder burocrático librado a su propia inercia, y disfuncionales al sistema político democrático (Sobre este tema, cfr. Zaffaroni, cit., pp. 211 y ss.).

Una magistratura burocrática presenta, de modo general, los siguientes características:

- a) la selección del personal se efectúa sobre una base técnica, a través de concursos públicos orientados a jóvenes que acababan de terminar sus estudios universitarios, sin que asuma ninguna relevancia en este proceso la experiencia profesional precedente;
- b) posee una gran importancia para la corporación judicial la socialización profesional del juez;
- c) los miembros de la corporación judicial están ordenados jerárquicamente, en una carrera que prevé mecanismos de ascenso competitivo basados en la antigüedad en el servicio y en el mérito profesional (calificaciones), los que operan con importantes márgenes de discrecionalidad por parte de los superiores jerárquicos;
- d) el trabajo judicial se define en términos generales, lo que requiere la existencia de jueces formados de modo homogéneo en su adiestramiento y cualificación. Así, es posible ejercer multiplicidad de funciones y asumir diversas posiciones dentro de la organización judicial. El juez no es reclutado para realizar una determinada labor o función, sino para un aspecto muy amplio de funciones. Por ello, durante su carrera judicial, tenderá a cambiar muchas veces de cargo o función, lo que vuelve muy débil su independencia en razón de la influencia que los superiores jerárquicos poseen en la decisión de los ascensos y los traslados;
- e) la socialización profesional al interior de la corporación judicial está orientada a asegurar que los jueces den preferencia a los intereses institucionales por sobre los personales. Se produce un cisma entre el cargo y la persona que lo ocupa favoreciéndose el pensamiento institucional, lo que anula la disidencia interna. Existe un fuerte sentido de orden y un deseo de uniformidad. Los funcionarios dedicados a la misma tarea son iguales, pero cuando surge un conflicto entre ellos, los (homólogos) no están autorizados a resolverlos mediante acuerdos. Los temas conflictivos que requieren una resolución deben ser referidos al superior común. Sólo en la cúspide de la pirámide del poder las diferencias de opinión se resuelven por consenso;
- f) la nulificación y burocratización de la actividad judicial aumenta la capacidad de «tipificar» situaciones, sin necesidad de atender a los aspectos concretos del caso. Esto, sin embargo, no se da de modo uniforme en el aparato jerárquico. Los jueces que se ubican en su base están más cerca del caso, del drama humano que representa, y por tanto será más difícil la inmunización a sus aspectos más particulares. En tanto, los altos cargos enfrentan realidades mejor preparadas o editadas por sus subordinados; los desfiles individuales son menos visibles. Debido a esta mediación, los de más arriba tendrán mayor facilidad para soslayar la «equidad» de los casos que deben juzgar. La ventaja de la insensibilidad hacia las circunstancias individuales es que se tiene libertad para corregir las incoherencias de las decisiones de bajo nivel y cultivar modos más

amplios de ordenamiento del proceso de decisión. Como en la jerarquía de los ángeles, la superioridad de los funcionarios aumenta en proporción con la mayor amplitud de sus conocimientos.

Como es posible observar, en el modelo jerárquico burocrático de magistratura, la independencia interna es débil y no se halla asegurada por la estructura judicial; más bien podría afirmarse que se propicia la falta de independencia. Por el contrario, en la que se ha denominado aquí magistratura profesional -perteneciente al ideal «paritario», en la terminología de Damaska-opera un personal que se forma en la práctica, reclutado por regla general después de un largo período de experiencia profesional y que no conoce ni de promociones ni de jerarquía, no al menos en el sentido de la magistratura burocrática. La horizontalización judicial, en este esquema, promueve la idea de que en la jurisdicción hay diferencias de competencia pero no de jerarquía. Los funcionarios del ideal paritario pueden llegar a acuerdos y adoptar directivas comunes o normas en ciertas esferas de sus jurisdicciones. Aunque pueden imponerse reglamentos desde fuera del aparato judicial, promoviéndose una cierta uniformidad en la toma de decisiones, los jueces conservan la «posibilidad de desobedecer» o anular el mandato del reglamento²³.

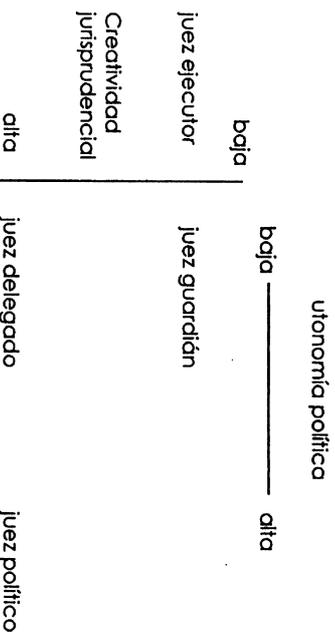
Los posibilidades de minimizar la inercia operativa del modelo técnico-burocrático de magistratura, y que los objetivos del poder burocrático se sustituyan a los propios de las funciones judiciales, se asocian al desarrollo y profundización de la lógica democrática al interior de la organización judicial. Así, Zaffaroni destaca el gobierno plural, el voto igualitario de todos los jueces para participar en el gobierno judicial, la desjerarquización administrativa de los colegiados, formas de participación directa de la ciudadanía, publicidad de las actuaciones, oralidad, supresión de los secretos, pluralización nominativa del tribunal constitucional²⁴; todos ellos objetivos que debieran producir un nuevo perfil de juez, más independiente y más integrado a la sociedad civil, esto es, un juez ciudadano que participa de las inquietudes y necesidades de la comunidad. Por otro lado, la responsabilidad del juez debiera ser estrictamente jurídica, en el sentido que no puede ser removido sino en razón de una causa establecida con anterioridad y plenamente probada en un proceso con las debidas garantías de legalidad, defensa e imparcialidad. En modo alguno, la remoción del juez podría constituirse en un mero acto de oportunidad política o en la manifestación de poderes superiores de carácter disciplinario. De lo contrario, la independencia judicial sería un mito o una simple ficción.

Es decisivo, pues, definir el rol de los jueces en un Estado democrático de Derecho. Este rol se define como el conjunto de expectativas, valores y afirmaciones que se plantean acerca de la forma en que los jueces se comportan y deben comportarse en un sistema dado. Tal definición juega un papel de gran importancia en las orientaciones decisionales del juez. Como aquí interesa particularmente identificar el

²³ Cfr. Damaska, cit., p. 49.

²⁴ *Estructuras judiciales*, cit., pp. 216-217.

tipo de relaciones que pueden darse entre el juez y el sistema político en un régimen democrático, en el análisis de la distintas definiciones hoy que consideramos aspectos relevantes de tales relaciones: a) la creatividad jurisprudencial, esto es, el grado con el que las decisiones judiciales vienen «predeterminadas» por el sistema normativo, y b) su independencia o autonomía de las otras instituciones políticas y, particularmente, del órgano legislativo. En base a estas dos variables, cabría plantear la siguiente tipología de roles judiciales²⁵:



Una primera definición de rol judicial supone que el juez no se pone en oposición a las instituciones político-representativas. El juez es percibido como un *ejecutor* fiel y pasivo de la voluntad del legislador, como la *tribuna* de la ley. Se trata de una ideología que ha tenido notable influencia en los países del *civil law*, sostenida por la doctrina académica y ampliamente difundida en la cultura política. Ella se deriva especialmente de las grandes transformaciones institucionales que se produjeron en Europa continental con la Revolución francesa y la reforma napoleónica. Se consolida con la idea de que la ley emitida por el Parlamento representa la voluntad general de la comunidad y al juez sólo le resta aplicarla. La principal debilidad de esta concepción se basa en su insuficiente realismo: no es posible suponer la existencia de un sistema normativo en grado de prever cada comportamiento humano y, por tanto, de dar una respuesta a cada demanda sin la intervención creativa del juez. Las normas jurídicas no son independientes del proceso de interpretación; por tanto, la concepción de mero ejecutor del juez no puede ser considerada una descripción realista del comportamiento decisorial del juez, aunque en los modelos jerárquicos, altamente burocráticos de organización judicial, en los que ha operado la denominada «esterilización política» de la magistratura, este esquema puede ser bastante cercano a la realidad. A pesar de que la concepción del juez como ejecutor presenta la ventaja que es fácilmente conciliable con el principio democrático y con la independencia judicial interna—el juez aplica la ley, esto es, la voluntad popular, a las situaciones

²⁵ Vid. Guarnieri (C.), *Magistratura e politica en Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 27.

concretas, sin intervenir autónomamente en el proceso político—, ella no se corresponde con la evolución contemporánea entre justicia y política.

Otra concepción del rol judicial reconoce la creatividad jurisprudencial, pero siempre subordinada a las orientaciones de las instituciones representativas. Se trata de una creatividad «intelectual», que se desarrolla en los espacios vacíos o lagunas que dejan dichas instituciones. La creatividad del juez —y la política de su rol— deriva de un proceso de delegación, explícito o implícito, de parte de los representantes de la comunidad; como ocurre, por ejemplo, con las cláusulas generales de la ley, en que el legislador admite que el juez intervenga en espacios no expresamente regulados. La concepción del juez delegado se plantea en los países anglosajones, especialmente en Inglaterra.

Otra concepción, desarrollada en el contexto de democracias constitucionales, percibe al juez como alguien que, en determinados casos, debe oponerse a las orientaciones prevalentes en las instituciones político-representativas, en función de la protección de los derechos de los ciudadanos o de las minorías, a fin de evitar los potenciales abusos de tales instituciones o de las mayorías que las controlan. Es la concepción del *juez guardián*, la que se halla presente en aquellos países caracterizados por el control judicial de constitucionalidad. En el cumplimiento de esta función, el juez debe limitarse a «aplicar» la Constitución, aunque la interpretación de las normas constitucionales constituya un proceso más arduo que en el caso de las simples normas legales. En efecto, en tanto las normas constitucionales tienden a referirse a principios y valores son más difícilmente interpretables de modo unívoco²⁶. Si se reconoce al juez márgenes más amplios de creatividad, la concepción de su rol se torna explícitamente político: de hecho, no sólo es autónomo de las instituciones político-representativas sino también del propio sistema normativo. Es así como en los Estados Unidos se ha planteado con mayor fuerza la definición política del rol judicial, por tratarse de un modelo ampliamente difundido que genera vivos debates, y porque los jueces tradicionalmente han tenido una importante intervención en el proceso político de dicho país.

La creciente incidencia política de la justicia ha planteado la necesidad de reflexionar más intensamente sobre la responsabilidad democrática de los jueces, pues —se argumenta— dicho desarrollo no debe afectar el equilibrio del sistema político ni los pilares fundamentales de una democracia constitucional: garantizar los derechos de los ciudadanos, limitar cada poder político y asegurar la soberanía popular²⁷. En Chile, no obstante, los debates aquí planteados están sólo comenzando.

²⁶ Asf. Zagrebelsky (G.), *Il diritto mite*, Ed. Einaudi, Torino, 1992.

²⁷ Guarnieri/Pederzoli, cit., p. 19.

Bibliografía

- CARCOVA, Carlos María: *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.
- DROMI, Roberto: *¿Es la justicia un tercio del poder?*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992.
- DAMASKA, Miñan: *Los caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- GUARNERI, Carlo y FEDERZOLI, Patricia: *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- HIERRO, Liborio: *Estado de derecho. Problemas actuales*, Barcelona, 1995, pp. 45 y ss.
- ZAFFARONI, Eugenio: *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

**INTRODUCCIÓN AL MÓDULO III:
JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE Y
PROTECCIÓN DE DERECHOS.**

Enrique Navarro Beltrán
Profesor de Derecho Constitucional, Director del
Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.

1. *Supremacía Constitucional*. 2. *Mecanismos de control de la supremacía Constitucional en Chile*: 2.1 *Control de constitucionalidad de los actos de particulares y de autoridad administrativa*. 3. *Protección de los Derechos*: 3.1 *Derechos no tutelados*: 3.1.1 *El derecho a la protección de la salud*; 3.1.2 *El derecho a la educación*; 3.1.3 *El derecho a la seguridad social*; 3.1.4 *El derecho de petición*. 3.2 *Protección jurisprudencial*: 3.2.1 *Frente al derecho a la protección de la salud*; 3.2.2 *Frente al derecho a la educación*; 3.2.3 *Frente al derecho a la seguridad social*; 3.2.4 *Frente al derecho de petición*. 4. *Conflictos de derechos*. 5. *Derechos garantizados en tratados internacionales*. 6. *Reformas constitucionales propuestas en materia de justicia constitucional*. 7. *Conclusiones*.

I. Supremacía Constitucional.

La Constitución Política de la República es la norma fundamental que debe aplicarse con preferencia a las demás disposiciones, tanto legales como reglamentarias, principio conocido bajo la denominación de «supremacía constitucional».¹

Dicha supremacía no sólo es de fondo, si no también de forma, habida consideración que las disposiciones contenidas en la Constitución tienen mayores exigencias en cuanto a los requisitos para su modificación, tal como se desprende de lo señalado en los artículos 117 y siguientes de la actual carta fundamental.²

Sobre esto último cabe precisar que, mientras la Constitución de 1925 era más flexible, la actual supone mayores quórum, a pesar de que, en el hecho, ha sido la más modificada de todas las que nos han regido durante los siglos XIX y XX.³

En nuestro ordenamiento las bases fundamentales del Estado de derecho y, en consecuencia, del principio de supremacía constitucional, se encuentran contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que consagran la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución y las leyes.

¹ Sobre la materia vid. Silva B., Alejandro, «Lo esencial en la supremacía de la Constitución», *Revista de Derecho Público* 47/48 (1990), p. 87; Reyes R., Jorge, *Supremacía constitucional y sistema de control*, *Revista de Derecho Público* 20 N° 2 y 3 (1993), p. 449; Vivanco M., Angela, *Acerca de la supremacía constitucional*, *RDU* 18 (1997), p. 63.

² Una evolución histórica en Navarro B., Enrique, «*Las Constituciones Chilenas en el siglo XX y sus reformas*», en *20 años de la Constitución Chilena (2001)*, p. 19-36.

³ García B., Ana M., «*Procedimientos de reforma constitucional*», *Revista de Derecho Judicial* 87 (1990), p. 1.