

## JUSTICIA Y POLÍTICA EN CHILE

CLAUDIO NASH ROJAS\*

### 1. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la relación entre justicia y política es una de las cuestiones que concitan mayor discusión y apasionamiento en el Derecho. Sin duda, resolver adecuadamente los límites del poder, delimitar los alcances de actuación de cada órgano del Estado, es un ejercicio de poder. La Constitución, en esa lógica, es el espacio normativo donde se resuelve el diseño institucional y, por tanto, la estructura de poder; se crean y delimitan las instituciones y se configuran procedimientos para resolver eventuales conflictos. Mas, esa es solo una parte de la historia. La forma en que esas instituciones actúan en la práctica, los distintos momentos históricos y sus desafíos son los que determinan la forma en que dicho diseño institucional se concretiza.

No hay duda de que la relación entre justicia y política es una cuestión normativa, pero también es práctica; y dicha práctica, es la que configura una idea o concepción del Estado de derecho en un momento histórico determinado.

En estas páginas pretendo plantear un cuestionamiento a una cierta mitología sobre la forma en que se ha resuelto la relación entre justicia y política en Chile en el último medio siglo. Parece ser un supuesto aceptado acríticamente que, a diferencia de otros países de la región, Chile ha logrado resolver una separación de la justicia de la política en términos clásicos montesquianos de división estricta de poderes, donde cada esfera de poder constitucional actúa dentro del margen de sus competencias y atribuciones, lejos del peligro que siempre acecha estos parajes constitucionales de posibles “politizaciones de la justicia” o “judicialización de la política”.

Mi hipótesis es que Chile tiene consagrado constitucionalmente un modelo de separación de poderes que encapsula la actividad judicial al ámbito de la solución de controversias de alcance jurídico, distanciándola de la política como espacio de discusión de poder. Mas, en la práctica ha existido y existe una compleja relación entre justicia y política, con una mutua influencia que ha excedido —legítima e ilegítimamente— con mucho el modelo tradicional de separación de poderes.

\* Ph.D. Académico de la Universidad de Chile.

A objeto de demostrar esta hipótesis, plantearé una reseña del diseño institucional constitucional chileno; revisaré algunos hitos en la historia del último medio siglo que dan cuenta de una fluida influencia de la justicia en la política chilena; se hará lo mismo respecto de algunos de los debates que actualmente están presentes en la sociedad chilena; para, finalmente, replantear la relación justicia y política en Chile a la luz del debate teórico predominante.

## 2. DISEÑO CONSTITUCIONAL

La Constitución (CPR) de 1980<sup>1</sup>, heredada de la dictadura militar, consagra un modelo de división de poderes donde la función de la judicatura es especialmente limitada. En las bases de la institucionalidad se establece que todos los “órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República” y que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Para mayor claridad aún de este principio constitucional, el artículo 7 señala: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en las formas que prescriba la ley”. De esta forma, la Constitución establece una delimitación estricta en el actuar de las autoridades dentro del ámbito de las competencias y atribuciones dadas en el texto constitucional y establece sanciones para quienes se aparten de este actuar.

En cuanto a la actuación del poder judicial, capítulo VI, sus competencias y atribuciones se encuentran claramente delimitadas en el texto constitucional. El artículo 76 establece en su párrafo 1° lo siguiente: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Claramente, esta norma entrega una función principal al poder judicial: conocer y resolver las “causas civiles y criminales”, esto es, le asigna una función delimitada para el ejercicio de la función jurisdiccional propia de un Estado de derecho. Esta función tiene una garantía en el mismo inciso y es la prohibición absoluta de que otros poderes del Estado puedan conocer de estas causas, pero tampoco revisar ni los fundamentos ni el contenido de las resoluciones y menos aún, revivir procesos “fenecidos”. El mismo artículo 76, en su último párrafo, establece la relación del poder judicial con la fuerza pública y le autoriza a dictar órdenes para cumplir con lo resuelto por esta

<sup>1</sup> Constitución Política de la República de Chile 1980. Texto actual disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

instancia, así como ejercer los medios de acción para cumplir lo ordenado. Las autoridades requeridas para dicho cumplimiento deberán “cumplir sin más trámite el mandato judicial”.

En cuanto al sistema de nombramientos, en este sí hay intervención de otros poderes. Para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, interviene la propia Corte, el Presidente/a y el Senado; para el caso de los ministros de Cortes de Apelaciones, la Suprema y el Presidente/a (artículo 78). En materia de responsabilidad, el juicio político está regulado constitucionalmente (artículos 52 y 53) y en el caso de los jueces, este procede por “notable abandono de deberes”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC) es un órgano de carácter constitucional (regulado en el capítulo VIII de la CPR), encargado del control preventivo y represivo de la normativa interna conforme lo dispone el artículo 93 de la CPR. Por tanto, su función dice directa relación como control del poder legislativo y en un modelo presidencialista como el chileno, donde los principales proyectos de ley son de iniciativa presidencial (artículo 65 inciso 3<sup>2</sup>), pasa a tener el Tribunal Constitucional una relación directa con el ejecutivo. La composición del Tribunal Constitucional es un claro modelo complejo donde participan, de distinta forma, el Congreso, la Presidencia y la Corte Suprema. La Constitución establece que sus miembros permanecerán en el cargo por nueve años y será inamovibles (artículo 92).

En cuanto a las funciones que le son asignadas a los órganos de justicia en materia constitucional, el actual texto constitucional —modificado en 2005<sup>3</sup>— establece que el Tribunal Constitucional conocerá de la constitucionalidad de las leyes, de la inaplicabilidad en el caso concreto y de la inconstitucionalidad de las normas (artículo 93, CPR). Por su parte, los tribunales ordinarios superiores, cortes de apelaciones y Corte Suprema, resuelven sobre los recursos de protección (tutela) y *habeas corpus* (artículos 20 y 21 de la CPR).

En definitiva, el diseño institucional limita y delimita estrictamente los ámbitos de competencia de los órganos de justicia, pero a la vez les confiere funciones que los ponen en relación con otros poderes y, en algunas materias, derechamente, los pone como control de las actividades del legislativo y del ejecutivo. En este sentido, las posibilidades de politización de sus actuaciones y de judicialización de la política no son descartables a la luz del diseño constitucional. En efecto, desde el momento que el modelo constitucional establece

<sup>2</sup> Artículo 65, inciso 3º: “Corresponderá al Presidente de la República la *iniciativa exclusiva* de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63” (cursivas nuestras).

<sup>3</sup> Ley 20.050, de 26 de agosto de 2005.

un catálogo de derechos fundamentales (artículo 19), y se abre a la protección internacional de los derechos humanos (artículo 5° inciso 2<sup>o</sup>) y confiere a los órganos jurisdiccionales competencia para la protección de estos derechos, no hay duda de que el límite entre justicia y política se hace más tenue y poroso.

### 3. HITOS DE LA ACTUACIÓN POLÍTICA DE LA JUSTICIA EN LA HISTORIA RECIENTE

Antes de entrar de lleno a las consecuencias del modelo constitucional chileno en la praxis de sus principales actores (los poderes del Estado y sus agentes) bajo el actual modelo constitucional, es interesante revisar algunos hitos en la historia reciente del país que dan cuenta de las formas en que se ha politizado la justicia y se ha judicializado la política. Para ello hay tres momentos relevantes, uno es la actuación del poder judicial en el Gobierno de Salvador Allende y específicamente en el preámbulo del golpe de Estado; otro, el papel de la judicatura bajo la dictadura militar; tercero, su papel en el período inicial de la transición a la democracia.

#### A) *Gobierno Salvador Allende y golpe de Estado*

Bajo el Gobierno de la Unidad Popular, presidido por Salvador Allende, la polarización fue una constante y la justicia no escapó a este fenómeno. La crisis institucional alcanzó su máxima expresión en 1973 con las declaraciones de la Cámara de Diputados sobre la supuesta ilegitimidad en la que habría caído el Gobierno presidido por Allende. La Cámara, en declaración de 22 de agosto de 1973, señaló que en cumplimiento de la función de fiscalización que le entregaba el artículo 39 de la Constitución de 1925<sup>5</sup> y teniendo en consideración que el Gobierno había incurrido en “un sistema permanente” de violaciones a la Constitución y la ley, llama a los ministros de Estado y a los miembros de las fuerzas armadas a poner fin a la situación<sup>6</sup>. Esta declaración era una clara incitación al golpe de Estado, que un par de semanas más tarde se concretaría.

<sup>4</sup> Artículo 5°, inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>5</sup> Función de fiscalización de los actos de Gobierno. Constitución de 1925, vigente al momento del Golpe de Estado. Disponible en: [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c\\_1925.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1925.pdf).

<sup>6</sup> Acuerdo de la Cámara de Diputados sobre el grave quebrantamiento del orden legal y constitucional de la República, del 22 de agosto de 1973, disponible en: [http://www.bicentenariochile.cl/attachments/017\\_Acuerdo%20C3%A1%20m%20de%20Diputados%2022%20agosto%201973.pdf](http://www.bicentenariochile.cl/attachments/017_Acuerdo%20C3%A1%20m%20de%20Diputados%2022%20agosto%201973.pdf).

El poder judicial y, particularmente, la Corte Suprema, no estuvieron al margen de dicho conflicto. El Pleno de la Corte, en junio de 1973, envió un oficio al Presidente Allende, en el que planteaba una serie de problemas que tenía el poder judicial con el ejecutivo. Planteaba problemas sobre la persecución que sufrían los jueces, el intento que veía la Corte de que el Presidente quisiera inmiscuirse en las atribuciones privativas de los tribunales de justicia (establecidas en la Constitución de 1925 en términos similares a los que ya reprodujimos del artículo 76 de la Constitución de 1980), el permanente incumplimiento de las resoluciones judiciales, la discusión planteada por el ejecutivo sobre el mal uso que se estaba dando al derecho penal por los tribunales, y concluía con una larga enumeración de casos concretos que tensionaban la relación entre ambos poderes.

Leído el oficio en el contexto histórico, claramente era un argumento más sobre la supuesta ilegitimidad del Gobierno socialista que luego sería base del discurso de justificación del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

### B) *El silencio de la justicia bajo la Dictadura Militar*

Durante la dictadura militar chilena (septiembre 1973 - marzo 1990), el poder judicial fue un aliado permanente del dictador. Desde el comienzo cumplió relevante papel; no deja de ser simbólico que fuera el presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia, quien en 1974 entregó la banda presidencial a Pinochet. En una dictadura violenta, como la chilena, las violaciones de derechos humanos son parte de una política de Estado que requiere la total sumisión de los poderes del Estado a la figura del dictador<sup>7</sup>. Así lo hizo el régimen militar al concentrar el poder ejecutivo y legislativo en manos de las fuerzas armadas y de algunos civiles cómplices; por su parte, el poder judicial no tuvo problemas en sumarse, vía inhibición de su papel de protección, a la política represora<sup>8</sup>.

En efecto, no es posible explicarse la brutalidad de las violaciones de derechos humanos en Chile sin la participación del poder judicial, que renunció a proteger los derechos humanos de las personas perseguidas por la dictadura. Esto no fue solo una reacción inicial de posible y comprensible temor, sino que fue una política permanente durante toda la dictadura. Basta un ejemplo: entre 1973 y 1983 solo fueron aceptados a tramitación 10 de 5.400 recursos de *habeas corpus* presentados por la Vicaría de la Solidaridad.

<sup>7</sup> Ver Informe Comisión de Verdad y Reconciliación, 1991, Cap. IV, disponible en: <http://www.ddhh.gov.cl/wp-content/uploads/2015/12/tomo1.pdf>

<sup>8</sup> Informe Comisión Prisión Política y Tortura, 2004, Cap. III, disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/paises/America/derechos-humanos-Chile/informes-comisiones/Informe-Comision-Valech.pdf>

Con ocasión de los cuarenta años del golpe de Estado, la Corte Suprema hizo un histórico *mea culpa* de su actuar en dictadura y señaló: “No cabe sino reconocer que si esos atropellos efectivamente ocurrieron, en parte se debió a la omisión de jueces de la época que no hicieron lo suficiente para determinar la efectividad de dichas acciones delictuosas, las que por cierto ofenden a cualquier sociedad civilizada”<sup>9</sup>. Y agregó, respecto del papel de la Corte Suprema de la época, que esta no ejerció el liderazgo esperado frente a hechos que conocía, “toda vez que les fueron denunciadas a través de numerosos requerimientos jurisdiccionales que se promovían dentro de la esfera de su competencia, negando de esta manera la efectiva tutela judicial de que gozaban los afectados”<sup>10</sup>. Lo que omitió esa declaración en 2013 fue la petición de perdón que se espera frente a dicha grave omisión de su función de defensa de los derechos de las personas.

De esta forma, el poder judicial cumplió un papel clave en la dictadura como parte de una política de represión masiva y sistemática: no cumplió su deber de proteger a las personas, politizando su actuar de manera evidente y condenable. Sin duda, si hablamos de politizar la función judicial, esta es la peor experiencia.

Respecto del Tribunal Constitucional hay poco que decir. Si bien volvió a funcionar en el período de la dictadura, no hubo ninguna actividad relevante a su respecto. Tal vez lo único rescatable fue su sentencia sobre registros electorales, que obligó a la dictadura a contar con estos para el plebiscito de 1988, lo que constituyó un marco mínimo de legitimidad que contribuyó al resultado final desfavorable a la continuidad del régimen militar en el poder<sup>11</sup>.

### C) *La justicia y su función política en la transición a la democracia*

Podría pensarse que el retorno a la democracia y a la normalidad institucional, implicarían que la justicia asumiría un papel activo para legitimarse democráticamente. Ayudaba a este escenario el hecho de que en 1989 se hiciera una reforma constitucional, que mejoraba la protección constitucional de los derechos humanos, estableciendo en las bases de la institucionalidad que la soberanía estaba limitada por los derechos contenidos en los tratados internacionales vigentes en Chile y que era deber de todos los órganos del Estado, promoverlos y respetarlos<sup>12</sup>. Asimismo, entraba en pleno vigor el sistema de

<sup>9</sup> Fuente: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html>.

<sup>10</sup> Fuente: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html>.

<sup>11</sup> E. VALENZUELA, *Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2003.

<sup>12</sup> Historia de la ley 18.825 que modificó la Constitución Política, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/596/1/HL18825.pdf>

protección constitucional de derechos (al levantarse los estados de excepción) mediante la acción de protección (tutela) que permite a las autoridades judiciales tomar “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” respecto de algunos de los derechos constitucionales<sup>13</sup>. Abriendo, de esta forma, las puertas para un papel activo de la justicia para la protección —al fin— de los derechos humanos como parte esencial de su misión en un Estado de derecho.

Lamentablemente, durante un largo tiempo de la transición chilena eso no fue así<sup>14</sup>. Desde el retorno a la democracia surgió con mucha fuerza el tema del juzgamiento de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Mas, la dictadura había dejado un obstáculo normativo, el Decreto Ley (DL) 2.191 de 1978, que establecía amnistía por los crímenes ocurridos hasta ese momento (salvo algunas pocas excepciones)<sup>15</sup>. Muy tempranamente, la Corte Suprema había establecido que el decreto referido no violaba la Constitución<sup>16</sup>. El Presidente Aylwin, llegando al límite de sus atribuciones, en 1991 envió un oficio a la Corte Suprema en que planteaba la postura del Gobierno sobre el decreto referido, y en él sostenía la necesidad de que los casos de violaciones de derechos humanos debían ser investigados hasta determinar responsabilidades.

Tendría que pasar más de una década para que, recién en 2004, la Corte Suprema asumiera la postura que hasta hoy mantiene sobre la inaplicabilidad del DL 2.191 por ser contrario a las obligaciones internacionales del Estado de Chile que son un límite a la soberanía del Estado<sup>17</sup>.

En consecuencia, durante años, la Corte Suprema fue un obstáculo para la verdad y la justicia en Chile. Eso la hizo ser parte de un juego político entre

<sup>13</sup> Artículo 20, inciso 11: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

<sup>14</sup> ALEJANDRA MATUS, *Libro Negro de la Justicia*, disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/lnegro/>.

<sup>15</sup> Decreto-ley 2.191, de 19 de abril de 1978, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6849>.

<sup>16</sup> FRANCISCO ZÚÑIGA, “Comentario a la sentencia en el ‘caso Molco’ de la Excm. Corte Suprema”, de 13 de diciembre de 2006”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2007, págs. 525-531.

<sup>17</sup> Corte Suprema (‘Caso Sandoval’), Rol N° 517-2004, sent. de 17 de noviembre de 2004.

el Gobierno y la oposición de la época, donde el máximo tribunal cumplió un relevante papel, mucho más allá de las funciones que le son asignadas por la Constitución.

Además de este debate fuertemente político sobre la función de los tribunales para el mantenimiento de la impunidad en Chile, también hay una cuestión que ha sido menos visible sobre la función política de la justicia en Chile y dice relación con la protección de derechos humanos a través de las acciones constitucionales. Como hemos visto, el diseño institucional asigna ciertas funciones de protección de derechos al poder judicial, constituida por una base normativa esencial para que esta protección sea efectiva. Nuevamente, el problema ha sido práctico. Durante años, los tribunales superiores de justicia en Chile tuvieron una actitud renuente a utilizar los instrumentos constitucionales e internacionales para una efectiva protección de los derechos humanos. La interpretación que han hecho de los derechos fundamentales y de los instrumentos de protección reflejaba una concepción de los derechos fundamentales que no daban cuenta de la centralidad que estos tienen para la legitimidad de la actuación estatal<sup>18</sup>.

Solo con la aplicación de importantes reformas procesales en Chile (penal, familia, laboral) se ha comenzado a desarrollar un acervo jurisprudencial que asume una perspectiva garantista de los derechos humanos, donde se van utilizando progresivamente los estándares internacionales de derechos humanos para lograr una mejor protección de estos<sup>19</sup>.

#### 4. LOS DEBATES POLÍTICOS ACTUALES Y EL PAPEL DE LA JUSTICIA

##### A) *Tribunal Constitucional*

Después de la reforma constitucional de 2005, que redefinió las funciones del Tribunal Constitucional, este por la vía de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad comenzó a desarrollar una actividad más visible. Pero no hay duda de que ha sido el uso del Tribunal con fines políticos lo que ha centrado la discusión en el país sobre esta institución. Este uso político se ha basado en utilizar las facultades de control preventivo que tiene asignadas el Tribunal Constitucional a fin de evitar transformaciones relevantes al diseño institucional de la dictadura. Cuatro asuntos altamente debatidos, me parece, pueden iluminar este papel político del Tribunal Constitucional chileno.

<sup>18</sup> CLAUDIO NASH, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.

<sup>19</sup> CLAUDIO NASH y CONSTANZA NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, págs. 185-231.

*Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).* No hay duda de que el tema de los derechos humanos ha sido parte esencial de la historia de Chile el último medio siglo. Después de la derrota de la dictadura en el plebiscito de 1988, la oposición y el gobierno saliente concordaron en una reforma constitucional que, entre otras materias, reformaba las bases de la institucionalidad y dotaba de rango constitucional a los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Pese a este objetivo claro, el Tribunal Constitucional en 2002 dictó una sentencia en que estableció que los tratados internacionales de derechos humanos tenían un rango simplemente legal y la reforma no habría modificado la jerarquía de los derechos humanos en el sistema normativo interno<sup>20</sup>. Esta errada postura, distinta de la que adoptaría en 2004 la Corte Suprema, ha provocado un efecto ralentizador en una aplicación sustantiva de las normas internacionales en Chile<sup>21</sup>. Afortunadamente, los últimos años esta postura ha ido evolucionando hacia una mayor integración de las normas internacionales en el debate constitucional y en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>22</sup>.

*El tema indígena y el Convenio 169.* No hay duda de que uno de los grandes desafíos de Chile en materia de derechos humanos es la cuestión indígena. En ese sentido, la ratificación del Convenio 169 de la OIT era un paso esencial para fijar un marco normativo donde se pudiera desarrollar una política estatal para avanzar en las cuestiones demandadas desde los pueblos indígenas: reconocimiento, territorios, identidad cultural, entre otros. Aquí, nuevamente, el Tribunal Constitucional adoptó una posición alineada con la política segregacionista impulsada desde los sectores más conservadores de la sociedad chilena. Si bien el Tribunal no ha objetado la constitucionalidad del Convenio, sí ha dictado una serie de sentencias en las que le ha quitado peso al tratado, planteando que no sería una normativa autoejecutable, que no consagraría derechos humanos, y limitando el alcance del derecho a consulta<sup>23</sup>.

El Gobierno de la presidenta Bachelet asumió desde un comienzo un desafío transformador. Para ello contaba, formalmente, con la mayoría de ambas cámaras. De ahí que era factible pensar en que el impulso transformador podría concretarse en modificaciones políticas y económicas profundas. Esto

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 346/2002, sent. de 8 de abril de 2002.

<sup>21</sup> NASH y NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *op. cit.*, 2017.

<sup>22</sup> CONSTANZA NÚÑEZ, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2015.

<sup>23</sup> Sentencias del TC sobre la materia: Tribunal Constitucional, sent. de 4 de agosto de 2000. Rol N° 309-2000; sent. de 3 de abril de 2008. Rol N° 1050-2008; sent. de 24 de junio de 2011. Rol N° 1988-2011; sent. de 23 de enero de 2013. Rol N° 2387-2012, y sent. de 30 de septiembre de 2013, Rol N° 2523-2013.

ocurrió en materia de reforma al sistema político y parcialmente en materia de reforma tributaria. Pero en la cuestión más relevante en el debate político chileno, la reforma educacional, el Tribunal Constitucional asume plenamente su papel de guardián del modelo heredado de la dictadura. Uno de los pilares de la reforma era eliminar el lucro de la educación. Para ello se somete a discusión en el Congreso un conjunto de leyes que apuntaban en este sentido y se toma una medida administrativa para dar paso a la demanda de gratuidad de la educación superior. Un grupo de parlamentarios de derecha recurre al Tribunal Constitucional para objetar la vía de financiamiento —gratuidad a través de una glosa en el presupuesto general de la Nación— de la educación superior. El Tribunal Constitucional acogió el planteamiento de los parlamentarios, minoría en el Congreso, y determinó que el Gobierno no puede diferenciar legítimamente entre instituciones de educación superior con fines de lucro y sin fines de lucro para determinar la gratuidad de la educación<sup>24</sup>. Esto constituyó un duro golpe a la reforma educacional basada en el fin al lucro en la educación y constituyó un triunfo de sectores minoritarios de la sociedad en evidente perjuicio de los intereses de la mayoría.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional en el mismo sentido que el de la reforma educacional se dio en la discusión de la reforma laboral. La presidenta Bachelet planteó una reforma a la legislación laboral para fortalecer las instituciones sindicales y el derecho de huelga. Nuevamente, en vistas del consenso mayoritario en el Congreso, parlamentarios de derecha recurren al Tribunal Constitucional para evitar la reforma en un aspecto clave, la titularidad sindical. Al igual que en el caso anterior, esta postura triunfa en el Tribunal Constitucional y se impone una visión restrictiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y se interpreta el texto constitucional de forma tal que sus derechos humanos son interpretados en forma restrictiva y los límites en forma amplia<sup>25</sup>.

Miradas en su conjunto, estas decisiones evidencian un claro uso político de la justicia por sectores conservadores, que ven en el Tribunal Constitucional un espacio propicio para oponerse a las reformas que buscan transformar elementos de fondo del modelo heredado por la dictadura. Muy decidor de esta perspectiva es el lenguaje utilizado por parlamentarios de la derecha chilena quienes “amenazan” al Gobierno con el Tribunal Constitucional y buscan con esto generar espacios de negociación que contrarían las posiciones mayoritarias en la ciudadanía chilena<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2935-15-CPT, sent. de 21 de diciembre de 2015.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 3016 (3026)-16-CPT, sent. de 9 de mayo de 2016.

<sup>26</sup> Contendientes son las declaraciones de la Ministra de Educación en relación con la gratuidad, donde califica como un abuso la “amenaza” de llevar el debate al Tribunal Constitucional por la oposición; disponible en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/23/delpiano-califica-como-abuso-amenaza-de-oposicion-de-llevar-glosa-de-gratuidad-al-tribunal.shtml>.

En uso de sus facultades represivas, el Tribunal Constitucional también ha entrado al debate político al señalar la contravención constitucional de ciertos aspectos de la normativa interna que han tenido un importante efecto político. El caso más importante, por el efecto social y económico de la postura asumida por el Tribunal Constitucional, fueron sus sentencias en materia de previsión social. El Tribunal Constitucional, desde 2009, dictó un grupo de sentencias en las que establece que el sistema privado de seguros de salud (ISAPRES) estaba discriminando a las mujeres al establecer cotizaciones más altas que a los hombres<sup>27</sup>. Si bien el Tribunal Constitucional estableció claramente esta discriminación, aún está pendiente una reforma legal al sistema que se haga cargo del tema. Esto ha dejado sin efecto práctico a estas sentencias. No hay duda de que aquí se expresa en toda su magnitud el impacto político que puede tener una sentencia constitucional cuando toca intereses económicos de los sectores más influyentes de la sociedad.

En definitiva, el modelo constitucional chileno establece un control constitucional, por tanto, es un diseño constitucional con un actor contramayoritario (justicia). Por tanto, la cuestión no es el diseño, sino la forma en la que actúan los actores dentro de este diseño<sup>28</sup>. La protección de la Constitución que sería un fin legítimo para un poder contramayoritario, es usado en Chile como una tercera instancia política para conservar el modelo chileno heredado por la dictadura<sup>29</sup>.

### B) Poder judicial

Como ya hemos visto, la primera década y media de la transición (1990-2004), el poder judicial siguió muy arraigado al pasado dictatorial. Esto fue cambiando paulatinamente con la integración de nuevos magistrados de la Corte Suprema y con el profundo cambio cultural que implicó la reforma al proceso penal chileno<sup>30</sup>. El principal efecto de este cambio es que desde el año 2004 la Corte Suprema asume plenamente la reforma constitucional de 1989 en materia de derechos humanos, se separa de la tesis del Tribunal Constitucional e interpreta que los tratados de derechos humanos, en virtud del artículo 5 inciso 2º, tenían rango —a lo menos— constitucional. Esto

<sup>27</sup> Por todas, ver: Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10-INA, sent. de 6 de agosto de 2010.

<sup>28</sup> CLAUDIO NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, op. cit., págs. 235-257.

<sup>29</sup> FERNANDO ATRIA y CONSTANZA SALGADO, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”, en *Diario Digital El Mostrador*. 9 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/>.

<sup>30</sup> La reforma procesal penal dio paso a un sistema acusatorio reemplazando al inquisitivo vigente en Chile. Se comenzó a aplicar en diciembre del año 2000 y se completó el proceso en 2005 con la entrada en vigor del nuevo procedimiento en la Región Metropolitana.

implicó, en la práctica, dejar sin efecto la aplicación del DL 2.191 de 1978 y, además, abrió las puertas para una nueva forma de interpretar los derechos fundamentales en nuestra jurisprudencia contenciosa.

En ese marco, desde 2008 comienza a perfilarse sostenidamente una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema —más allá de los casos relativos a la dictadura militar— en una línea que ya venían asumiendo las cortes de apelaciones del país, donde los derechos humanos se comienzan a interpretar de manera más garantista y, de esta forma, comienzan a ser utilizados junto a la normativa internacional para una mejor y más profunda protección de los individuos. Claros ejemplos de esto son los distintos usos que se ha dado al DIDH en la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos. En un estudio reciente<sup>31</sup> hemos revisado la forma en que los tribunales han usado el DIDH y hemos podido comprobar que este ha sido usado, sustantivamente, mediante el bloque de constitucionalidad, la interpretación *pro persona* y el control de convencionalidad<sup>32</sup>, para darle contenido a principios constitucionales, llenar lagunas, complementar y concretar derechos fundamentales consagrados legal y constitucionalmente, resolver sobre restricciones de derechos, entre otros usos<sup>33</sup>.

Esta evolución jurisprudencial, como parece lógico, ha implicado un papel más activo de los tribunales en debates de políticas públicas. Tradicionalmente, los tribunales chilenos habían evitado entrar en temas que eran considerados propios del ámbito de “la política”, particularmente en materias que implican cuestionar asuntos con impacto financiero. Sin duda el ejemplo más claro era el de la situación carcelaria. En estos casos, pese a la evidencia de las condiciones inhumanas en el sistema penitenciario chileno, los tribunales habían evitado entrar en esa discusión, aduciendo que este era asunto propio del ejecutivo<sup>34</sup>. Mas, los últimos años los tribunales han ido desarrollando una política cada vez más activa en la materia, llegando a dictar sentencias que establecen la obligación de la autoridad ejecutiva de adoptar medidas generales con un evidente impacto financiero<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> CLAUDIO NASH y CONSTANZA NÚÑEZ, Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, Estudio en el marco del proyecto apoyado por el Fondecyt N° 1150571, sobre “Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales superiores en Chile”, Santiago de Chile (en prensa).

<sup>32</sup> CLAUDIO NASH y CONSTANZA NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *op. cit.*, 2017.

<sup>33</sup> CLAUDIO NASH y CONSTANZA NÚÑEZ, *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile*, *op. cit.*.

<sup>34</sup> Corte Suprema, Rol N° 3333-2006, sent. de 15 de enero de 2007.

<sup>35</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2154-2009, sent. 31 de agosto de 2009, consid. 8.

Asimismo, en un tema que aún tiene un importante efecto político en Chile, cual es el juzgamiento de las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos ocurridas en la dictadura, los tribunales han asumido un inesperado liderazgo. Se ha encargado a magistrados de las cortes de apelaciones hacerse cargo de estas causas y conducir las a su término. Esto ha implicado ampliar las investigaciones e ir dictando sentencias condenatorias en una serie de casos que habían estado décadas en situación de olvido. Asimismo, la Corte Suprema ha ido dando cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana y ha reabierto causas cerradas, acogido recursos de revisión respecto de causas con sentencias dictadas por Tribunales de Guerra, entre otras medidas. En ese mismo sentido, la justicia ha dictado importantes sentencias que han permitido la reparación de violaciones de derechos humanos, pese a los obstáculos internos opuestos por el Consejo de Defensa del Estado para intentar —con éxito en algunos casos— evitar el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos<sup>36</sup>. Como es obvio, en un país aún dividido por la experiencia de la dictadura militar, este tipo de actuaciones del poder judicial tienen un alto impacto político y son parte relevante de la discusión pública.

En los últimos años ha surgido en Chile la cuestión de la corrupción, que ha obligado a la sociedad y a los distintos actores institucionales (partidos políticos, autoridades, académicos, operadores de justicia) a replantearse la forma en que se han aproximado históricamente a dicho fenómeno. No hay duda de que Chile no escapa a los temas de corrupción que aquejan a muchos países en la actualidad y ahí el debate sobre el papel de la judicatura en una materia de consecuencias políticas evidentes es ineludible. Ha sido, precisamente, la justicia la que ha desempeñado un importante papel en este tema. No solo haciéndose cargo de aquellos casos que involucran actos de corrupción del General Pinochet y su entorno inmediato<sup>37</sup>, sino también asumiendo actualmente un importante papel en causas con un fuerte contenido político. En efecto, uno de los asuntos más discutidos en Chile es el del financiamiento ilegal de la política, del tráfico de influencias y el del cohecho. Estos casos están siendo investigados por el ministerio público y, por tanto, la actuación de la justicia ha pasado a ser un elemento clave para dar una salida a este problema en el país, sobre todo porque las salidas políticas son muy difíciles en un contexto donde, precisamente, estos actores son los cuestionados. La legitimidad de la justicia para enfrentar estos casos no está en discusión. De ahí que la forma en que los afronte tendrá repercusiones políticas evidentes,

<sup>36</sup> CLAUDIO NASH, *Responsabilidad internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2014.

<sup>37</sup> PATRICIO ORELLANA, “Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre”, en *Polis, Revista Latinoamericana*, núm. 8, 2004, disponible en: <https://polis.revues.org/6120?lang=en>.

transformando la justicia en parte de un juego político aun de insospechadas consecuencias<sup>38</sup>.

### C) *Convergencias*

Finalmente, en este apretado repaso de temas que ha abordado la justicia y que tienen gran impacto en la política, no puede dejar de mencionarse un punto de convergencia entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, cual es el de los límites de la Constitución y, particularmente, de los derechos humanos, a la discrecionalidad administrativa del aparato de poder público<sup>39</sup>. Esto es muy relevante en la lógica de que los derechos humanos no solo constituyen hoy un límite al poder del Estado, sino que son un elemento de legitimidad de la actividad pública.

En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han establecido un criterio único: la discrecionalidad de la autoridad política y administrativa en ningún caso significa descontrol y menos, arbitrariedad. Para definir cuál es la base de dicho control y cuál es el límite de la discrecionalidad para que no constituya arbitrariedad, los derechos humanos tienen un papel fundamental, en particular, aquellos que provienen de fuentes internacionales. Por ejemplo, la Corte Suprema, en un caso relativo a migración, donde la discrecionalidad entregada a la autoridad administrativa es evidente, señaló que “la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona” y que “el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados Parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>40</sup>.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al establecer que el DIDH en materia migratoria determina un “nuevo estándar” para el “ejercicio de [las] potestades el Ministerio del Interior”<sup>41</sup>.

De esta forma, el DIDH pasa a cumplir una función de legitimación de la actividad estatal. Deja de ser un mero límite y se transforma en un criterio de validez sustantiva<sup>42</sup> con un alto impacto en la política que no solo se ve legi-

<sup>38</sup> Un análisis sobre el tema de corrupción y su impacto en la política y la justicia en Chile, en CLAUDIO NASH, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, REDIAJ, núm. 8, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, febrero de 2017, págs. 353-408.

<sup>39</sup> CAMILO CORNEJO, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite, control y guía de la discrecionalidad administrativa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017.

<sup>40</sup> Corte Suprema, Rol N° 11521-2014, sent. 12 de junio de 2014, consid. 5°.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-2013, sent. de 4 de julio de 2013, consid. 50.

<sup>42</sup> Sobre los derechos como criterios de validez sustantiva, véase: FRANCISCO ANSUÁTEGUI, *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 65-86.

timada por aspectos procedimentales acerca de cómo se toman las decisiones y quién las adopta, sino también por aspectos sustantivos relativos a qué se decide.

## 5. CONFIGURANDO UN NUEVO ENTENDIMIENTO DE LA RELACIÓN JUSTICIA Y POLÍTICA EN CHILE

Chile se define constitucionalmente como una república democrática (artículo 4º, CPR), por tanto, estamos ante un sistema constitucional que debe regirse por el Estado de derecho. La Constitución determina la forma en que se organiza el poder como una decisión soberana del pueblo, como un acto de voluntad colectiva, regido por ciertos principios que validan dicho diseño institucional. Mas la forma en que dicha relación se va configurando en la práctica es una cuestión de hecho y evolutiva. De ahí que sea necesario evaluar esta cuestión a la luz del debate sobre las relaciones entre poderes del Estado y sus posibles distorsiones en la práctica.

El principal punto de discusión para evaluar el diseño institucional debe ser si los poderes del Estado están actuando dentro de sus competencias y atribuciones, sin alterar el diseño institucional. Obviamente, en el siglo XXI ya no podemos seguir pensando en un modelo estanco de división de poderes, sino que debemos analizar desde la lógica de un sistema coordinado de funciones que apuntan a lograr los objetivos constitucionales de un Estado de derecho<sup>43</sup>. Pero ese sistema de coordinación de funciones puede verse alterado sea por el uso de la justicia con fines políticos (judicialización de la política) o la politización de la justicia mediante su captura institucional o personal<sup>44</sup>. Estos son los riesgos que deben ser conjurados<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> La Corte Constitucional de Colombia lo ha expresado muy claramente: “[...] el segundo modelo, conocido como el sistema de ‘balances y contrapesos’ o ‘frenos y contrapesos’, se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Reconoce que para poder garantizar la libertad de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente. Reconoce además que para garantizar que exista una medida suficiente de igualdad entre los ciudadanos es fundamental diseñar herramientas de cooperación entre las entidades públicas que permitan fortalecer el poder del Estado, y encauzarlo para el logro de sus objetivos. En esa medida este modelo acepta que tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales” (Corte Const., C-630/14, de 3 de septiembre de 2014. M. P. Gloria Ortiz Delgado).

<sup>44</sup> Un estudio completo y muy citado es JAVIER COUSO, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, núm. 2, 2004, págs. 29-48, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>.

<sup>45</sup> Sobre estas visiones contrapuestas sobre del rol de la judicatura y la política, ver: MARCO FEOLI. “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América

Partamos por lo más fácil de determinar, por lo brutal. La *politización de la justicia* se entiende como el proceso de captura por parte de los intereses políticos de las instituciones judiciales y de los jueces y juezas<sup>46</sup>. Según PILAR DOMINGO es un proceso que pone al poder judicial y la función jurisdiccional al servicio de los actores políticos<sup>47</sup>. En el caso de Chile esta ha sido claramente, la experiencia del poder judicial en la dictadura. Sea por temor o por convicción, el poder judicial chileno fue cómplice de la dictadura militar y no cumplió su papel de control y protección de los individuos. Más compleja fue la actuación del poder judicial en la primera parte de la transición chilena, ya que si bien había cambiado el contexto, la posición de la Corte Suprema fue mayoritariamente la de seguir atada al modelo dictatorial y ser garante de la impunidad. En una transición pactada y que estuvo dispuesta a garantizar altos niveles de impunidad, la justicia pasó a ser un actor clave para que dicho modelo fuera viable. En ese mismo sentido, el papel que ha cumplido el Tribunal Constitucional como guardián, no de la Constitución, sino del modelo ideológico que sustenta el diseño constitucional heredado por la dictadura, también lo podemos encuadrar en una idea de politización de la justicia, ya que el argumento de recurrir al Tribunal Constitucional pasa a ser un elemento de negociación del debate político cuando es usado como “amenaza” a la hora de negociar proyectos de reforma profunda al *statu quo* de poder en Chile.

De ahí la importancia de la independencia de la justicia en una sociedad democrática. La Corte Interamericana ha llamado la atención al indicar que un correcto funcionamiento de la democracia y la garantía de derechos precisan un poder judicial independiente estructuralmente y con sólidas garantías de independencia personal de los jueces y juezas<sup>48</sup>. Dicha independencia es un requisito *sine qua non* para evitar la politización de la justicia.

El caso de la *judicialización de la política* es más complejo. Aquí la referencia es a aquella situación en la que las discusiones políticas se trasladan de

---

Latina”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, volumen 27 (1), I Semestre 2016, págs. 77-81.

<sup>46</sup> Esta captura puede implicar tanto asumir que el poder judicial puede ser una suerte de “botín político” o derechamente su silenciamiento para evitar toda forma de control.

<sup>47</sup> PILAR DOMINGO, “Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends”, en *Democratization* 11(1), 2004, págs. 104-126. En el caso venezolano se ha usado esta figura para describir la captura de la judicatura por parte del Ejecutivo (ver RAÚL SÁNCHEZ, “La politización de la justicia en regímenes autoritarios: notas para analizar el caso venezolano”, disponible en: <http://www.condistintosacentos.com/la-politizacion-de-la-justicia-en-regimenes-autoritarios-notas-para-analizar-el-caso-venezolano/>).

<sup>48</sup> Ver Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador”, sent. de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2013. Serie C, N° 266, párrs. 143-146.

la sede ejecutiva y legislativa a la judicial<sup>49</sup>. Aquí se produciría una distorsión del sistema democrático donde las decisiones políticas debieran ser discutidas en el ámbito de representatividad popular y no en sede del poder judicial cuya función no es representar a las mayorías, sino la protección de las minorías. En el caso chileno este ha sido un proceso menos recurrente que en otras latitudes, pero no está completamente ausente en el debate sobre justicia y política, particularmente en tiempos de descrédito de la política, donde surge el riesgo de que la ciudadanía busque otros cauces de expresión, uno de los cuales puede ser la vía jurisdiccional.

Lo primero, es hacer una necesaria distinción. Comparto la precisión que ha formulado el constitucionalista argentino ROBERTO SABA en cuanto a que el cumplimiento de la función de garantía de los derechos fundamentales por la judicatura no puede ser considerada una forma de judicialización de la política<sup>50</sup>. Dicha judicialización es un ejercicio lícito de la labor judicial ya que la protección de derechos es parte del diseño constitucional. La cuestión relevante es si dicha actuación se mantiene en los márgenes de legitimidad constitucional o los desborda<sup>51</sup>.

Respecto del papel más político de la justicia dentro del diseño institucional, destacan dos procesos recientes característicos de un Estado de derecho contemporáneo<sup>52</sup>. Por una parte, una configuración más robusta de los derechos fundamentales que no solo incorpora la normativa de origen nacional, sino que se ha ido abriendo a la influencia de los estándares desarrollados por el DIDH. Desde esta concepción robusta de los derechos fundamentales se va ampliando y profundizando la protección de derechos humanos, lo que implica entrar en ámbitos que tradicionalmente habían sido considerados exclusivos de los actores políticos. Debates como el migratorio, derecho de participación de pueblos indígenas (derecho de consulta), situación carcelaria, sistema de previsión de salud, entre otros, son un claro ejemplo en este sentido. Asociado a esta concepción más robusta de los derechos, está el papel

<sup>49</sup> Sobre las ideas predominantes sobre “judicialización de la política”, ver: MARCO FEOLI, “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”, *op. cit.*, págs. 82-89.

<sup>50</sup> ROBERTO SABA, “Las decisiones constitucionales de Ulises: acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina”, en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. 2004, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=ypls\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=ypls_sela).

<sup>51</sup> Esta es la clásica distinción entre control constitucional y activismo judicial. Ver JAVIER COUSO, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *op. cit.*, págs. 37-42.

<sup>52</sup> CESAR LANDA, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, en VICTOR BAZAN y CLAUDIO NASH (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, núm. 2, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, págs. 17-42..

más activo que asume la actividad jurisdiccional como espacio de garantía y protección de derechos, pero también como actor político relevante a la hora de imponer límites a “lo decidible” desde la actividad política tradicional.

Sin duda que los casos-límite son aquellos relativos a sentencias estructurales, frente a casos de violaciones sistémicas de derechos humanos. Si bien en Chile, aún no se dictan sentencias con amplio alcance o “sentencias estructurales”<sup>53</sup> como ha ocurrido en Colombia y Costa Rica, entre otros, esta es una cuestión que se debe tener presente. En este tipo de sentencias, parece que la legitimidad está dada por el cumplimiento de las funciones constitucionales, con procedimientos establecidos al efecto en el ámbito de las atribuciones propias de cada órgano. En un sistema como el chileno, con una amplia apertura a la actuación judicial en las acciones constitucionales (artículos 20 y 21, CPR) es un camino que puede ir explorándose en la medida que la visión más restrictiva en la materia vaya dando paso a una interpretación amplia de las facultades constitucionales en la protección de derechos<sup>54</sup>.

Este tipo de sentencias —estructurales— tienen innegable efecto político, tanto por el aspecto público de la mismas, donde la discusión se traslada desde la sede parlamentaria al escritorio de los jueces, como por el hecho de que las medidas que puede disponer la judicatura abarca ámbitos que tradicionalmente quedaban entregados a la esfera de competencias del ejecutivo y del Parlamento, no de la justicia. De ahí que este sea un espacio límite donde un modelo rígido de poderes separados y estancos no tiene una salida sencilla, sino que esta debe buscarse en una concepción de relación entre poderes como complementaria y de cooperación en pos del cumplimiento de los principios constitucionales.

En el mismo sentido, la persecución de los casos de corrupción debe ser evaluada a la luz de esta misma distinción entre actividad legítima e ilegítima. Es legítimo y necesario que la justicia tenga un papel relevante en la persecución de casos de corrupción, particularmente en aquellos vinculados a procesos de corrupción estructural<sup>55</sup>. Esto, inevitablemente, tiene consecuencias

<sup>53</sup> NESTOR OSUNA, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en VÍCTOR BAZÁN (ed. acad.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, núm. 5, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, págs. 91-116.

<sup>54</sup> Aquí hay un claro ejemplo de lo difícil que se hace avanzar en un proceso más intenso de actividad judicial cuando no estamos en un contexto de una cultura de derechos fuerte, como ocurre en el caso chileno. Sobre el papel de la cultura jurídica de derechos y la judicialización de la política, ver NEAL TATE, ¿“Why the Expansion of Judicial Power?””, en NEAL TATE Y TORBJORN VALLINDER (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, págs. 27-37.

<sup>55</sup> En este sentido la experiencia italiana es muy relevante en cuanto al papel que puede tener la judicatura en la persecución del crimen organizado y el impacto político de esta actividad típicamente jurisdiccional.

políticas ya que los principales actores de estos casos son, precisamente, actores políticos de alto nivel (presidenta y su entorno, expresidente y su entorno, parlamentarios, entre otros)<sup>56</sup>. Esta es una consecuencia política inevitable y que no podría ser considerada una forma de judicialización de la política. Otra cosa es que la actuación del poder judicial se desviara de sus labores, por omitir el juzgamiento por razones políticas o la selectividad de la persecución por razones de la misma índole. Aquí estamos ante una desviación de las funciones propias de la administración de justicia (ministerio público y judicatura) que sí podría ser acusada de judicialización de la política al usar el aparato judicial con fines político electorales. La justicia debe ser cuidadosa de actuar en forma transparente y motivada para no dar la impresión de estar actuando al margen de sus funciones constitucionales.

En el esquema tradicional sobre el fenómeno de la judicialización de la política, se habla de tres momentos de desarrollo del Estado de derecho: una primera dimensión represiva del derecho, con un poder judicial al servicio del poder político; en segundo término, un derecho autónomo, caracterizado por la independencia judicial; y por último, una dimensión sustantiva, caracterizada por una búsqueda de justicia real y no formal<sup>57</sup>. De lo dicho hasta aquí, Chile ha transitado por el primer estadio, ha entrado en el segundo y está dando los primeros visos de un paso al tercero. De ahí la relevancia del debate sobre justicia y política en Chile.

En efecto, no hay duda de que esta relación justicia / política pasa a ser muy relevante en el momento que se discute sobre la adopción de un nuevo texto constitucional. En un nuevo diseño institucional este es un debate que debe estar presente. Cómo se distribuirá el poder, qué instituciones lo configurarán, cómo se delimitará y limitarán las atribuciones de cada uno, de qué forma se asegurará la debida protección de los derechos fundamentales por los órganos políticos. Son variados los temas que irán configurando la práctica bajo un nuevo diseño institucional en el país. Para definir ese proyecto común es necesario asumir una relación compleja entre la justicia y la política en la historia chilena, más allá de la formalidad constitucional.

## 6. CONCLUSIONES

En este estudio se ha descrito el diseño normativo que da cuenta de una separación de las funciones judiciales y políticas. Asimismo, se han dado ejem-

<sup>56</sup> Basta pensar en la situación del Conosur, donde actualmente hay investigaciones a presidentes y expresidentes, parlamentarios y ministros de Estado en Brasil, Argentina, Chile y Perú por temas de corrupción.

<sup>57</sup> La distinción es formulada por PHILIPPE NONET y PHILIP SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper Torch Books, 1978. Analizada a la luz de la experiencia latinoamericana, en JAVIER COUSO, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *op. cit.*, págs. 42-45.

plos del importante papel que ha desempeñado la justicia en ámbitos tradicionalmente reservados a la política, en un modelo tradicional de división de poderes.

En este sentido, ha sido claro que en la historia contemporánea de Chile ha habido un uso político de la justicia que ha desbordado la legitimidad del aparato judicial.

En años recientes, se comienza a abrir la discusión sobre un fenómeno nuevo en Chile, el de la judicialización de la política. Este proceso que tiene una dimensión legítima (la protección de derechos con impacto en esferas políticas o la persecución de la corrupción) corre riesgo de deslegitimarse, lo que aún no se da en Chile, pero tal como hemos sostenido, el modelo institucional no está en condiciones de impedir.

No hay duda de que esta será una cuestión relevante en una futura discusión constitucional en Chile. Hasta dónde el diseño institucional es capaz de articular una nueva relación entre los poderes del Estado, que evite las desviaciones de la relación justicia y política y sí permita un sistema coherente de poder.