

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA: A RESCATAR EL ESPÍRITU DEL *ESPÍRITU*

Rodrigo P. Correa G.

Profesor Asociado

Universidad Adolfo Ibáñez

rodrigo.correa@uai.cl

Los jueces ejercen una potestad pública. Conforme al ideal democrático, todo ejercicio de potestades públicas debe ser atribuible a la voluntad popular. La voluntad popular o general no existe sin embargo como hecho bruto, puesto que el pueblo o la nación sólo pueden concebirse como unidad en términos normativos, no naturales. En otras palabras, el pueblo o la nación carece de voluntad porque no es un sujeto que tenga estados mentales. La voluntad popular o general es así atribuida normativamente a un pueblo o nación entendido también normativamente. Esto significa que, en principio, todo ejercicio de potestades públicas, no solo la judicial, es problemático desde el punto de vista del ideal democrático. En el caso extremo puede incluso cuestionarse si los poderes legislativos de nuestros estados responden al ideal democrático. No es ésta una pregunta exclusivamente académica. Los crecientes niveles de apatía política que caracterizan a algunos de nuestros sistemas políticos, que no van de la mano de un rechazo a la democracia como ideal de gobierno, sugieren su creciente importancia práctica.

La pregunta por la relación entre potestades públicas y democracia deviene así en la pregunta por las condiciones necesarias y suficientes bajo las cuales es posible atribuir el ejercicio de las potestades públicas al pueblo o nación. En otras palabras, se trata del concepto de

representación. Es necesario insistir en que ésta es una pregunta normativa y que como tal recibe respuesta a partir de convicciones morales y políticas. Es sin embargo responsabilidad de los académicos profesionales someter a escrutinio racional las convicciones morales y políticas imperantes en las sociedades que nos toca vivir. De lo contrario hasta los más bárbaros ejercicios de poder pueden justificarse en nombre de la democracia.

Por fortuna nuestras instituciones políticas no descansan en el vacío, sino en una tradición que encuentra sus fundamentos doctrinarios en la Ilustración y sus orígenes institucionales en las revoluciones de fines del XVIII. Esta tradición ofrece respuestas al problema de la representación. En la vertiente revolucionaria francesa los representantes de la nación son, originalmente, el cuerpo legislativo y el rey (Constitución de 1791 título III art 2). A partir de la abolición de la monarquía el 21 de septiembre de 1792, el único representante de la nación pasó a ser el cuerpo legislativo. En la medida en que el derecho a elegir y ser elegido se fue ampliando, llegó a ser posible hablar de democracia representativa. Esto contesta la pregunta por la atribución de la potestad legislativa al pueblo o nación: ésta es hoy posible en la medida que los legisladores son ciudadanos elegidos por un período determinado en elecciones públicas abiertas a prácticamente toda la población adulta. La tradición estadounidense llega a una respuesta similar.¹ ¿Pero qué ocurre con la potestad jurisdiccional?

Doctrinariamente, la respuesta clásica se encuentra en Montesquieu. Es interesante notar que la doctrina de que el poder “de juzgar es, en cierto modo, nulo” tiene dos partes.² Una de ellas dice relación con los jueces en cuanto órganos y la otra con la función judicial. Respecto de lo primero Montesquieu escribió que,

¹ Madison. . . Baker v Carr 369 U.S. 186 (1962) . . .

² [Montesquieu, 1748 #1372 @lib XI c 6 p 110].

[e]l poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera.

De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados.³

Esto marca una diferencia considerable con los otros dos poderes, que “podrían darse a magistrados o a cuerpos permanentes . . .”⁴

La otra parte de la doctrina se encuentra en estas famosas palabras: “los jueces de la nación no son . . . más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”⁵⁶ No se trata aquí de la organización de los tribunales, sino de la naturaleza de la función que ellos ejercen.

La doctrina de Montesquieu influyó profundamente en la Revolución Francesa, dando lugar a la muy particular constitución del *Tribunal de Cassation* y a la creación del *référé législatif*.⁷ El *Tribunal* tenía por función fiscalizar la aplicación de la ley. Contaba para ello con la facultad para anular sentencias judiciales, pero no podía conocer el fondo del asunto. Esta prohibición de conocer el fondo del asunto se extendía no solo a los hechos, sino también al derecho. En otras palabras, al casar una sentencia el *Tribunal* simplemente establecía que la ley había sido manifiestamente mal aplicada, pero no resolvía positivamente cómo debía aplicarse. Esta función exclusivamente negativa del *Tribunal* daba lugar a la posibilidad de que en un mismo asunto hubiera una segunda casación. Puesto que al casar una sentencia el *Tribunal de Cassation* no resolvía la cuestión de derecho de modo obligatorio para los jueces del fondo, era posible que la ley fuera nuevamente mal aplicada. Una segunda casación era evidencia de que el

³ [Montesquieu, 1748 #1372 @lib XI c 6 p 108].

⁴ *Ibid.*

⁵ [Montesquieu, 1748 #1372 @lib XI c 6 p 112 (he sustituido “el instrumento” por “la boca”, siguiendo el original francés)].

⁶ [Montesquieu, 1748 #734].

⁷ La exposición del Tribunal de Casación y del *référé législatif* se basan en [Geny, #1629].

problema no era simplemente uno de mal aplicación ‘manifiesta’ de la ley, sino de una dificultad más profunda de interpretación de la misma. La resolución de esta dificultad interpretativa no correspondía a los jueces, sino al legislador. El *référé législative* era precisamente el mecanismo mediante el cual el cuerpo legislativo resolvía las dudas interpretativas surgidas con ocasión de la aplicación judicial de la ley.

El *référé législative* constituía entonces una limitación muy considerable al *Tribunal*. En verdad, más que tener a su cargo la unificación de la jurisprudencia, en su concepción original el *Tribunal* era una especie de policía del legislador. Esto lo confirma el mandato constitucional de crear al tribunal *auprès du Corps législatif* (Constitución de 1791 tit III c V art 19).

Es cierto que los revolucionarios franceses no siguieron a Montesquieu en instituir tribunales que no fueran permanentes. Pero de alguna manera el espíritu del ideal de Montesquieu fue reconocido de dos modos. Primero, mediante la vigilancia impuesta sobre los tribunales por el *Tribunal de Cassation*, del modo ya descrito. Segundo, mediante el establecimiento de jurados.

El diseño revolucionario de la judicatura no sobrevivió muchos años. El *référé* legislativo prácticamente no tuvo aplicación. La declaración de que el *Tribunal de Cassation* se situaba al lado del cuerpo legislativo no tuvo mayor importancia práctica. Con el tiempo, el *Tribunal de Cassation*, transformado en *Cour de Cassation*, alcanzó un lugar de preeminencia mediante el desarrollo de jurisprudencia. La fugacidad de los excesos revolucionarios no importan sin embargo que el ideal de separación de poderes fundado en una concepción de la función judicial que distingue categóricamente entre legislación y jurisdicción y en una concepción de los tribunales como poder casi nulo no haya sido constitutivo del ideal republicano en muchos países

latinoamericanos. Me parece que en la construcción republicana de Chile ese ideal fue importante.⁸

Los tiempos han cambiado. Hoy parece anacrónico insistir en la concepción judicial propia de la Revolución Francesa. Corrientes de pensamiento inspiradas en diferentes visiones del mundo, algunas de ellas incluso contradictorias entre sí, coinciden en rechazar dicha concepción y en abrazar una judicatura más comprometida con la justicia que con la ley. No deja de ser curiosa la miopía de este *meta* acuerdo entre derechas e izquierdas, conservadores y liberales. Todos ellos parecen creer que ‘la justicia’ corresponde a su concepción de la misma, y que los jueces no van a tener problema alguno para discernirla, aun por encima de las leyes. Esto se traduce en un fuerte desprestigio del formalismo y en un entusiasta compromiso con una jurisprudencia de derechos. Este acuerdo es por otra parte aprovechado por los jueces para promover sus intereses corporativos. Hemos renunciado patéticamente a las armas que el pensamiento ilustrado nos había dado para enfrentar sus pretensiones de mayores esferas de autonomía y mayor libertad del derecho legislado.

Sería imprudente abogar por recuperar el discurso revolucionario sin tomar antes en cuenta las razones de su fracaso. Puede ocurrir que al tomar conciencia de éstas se llegue a la conclusión de que el discurso es completamente utópico, y que por lo tanto sería un error resucitarlo. Mas aun en este caso sería posible intentar rescatar el espíritu que se encuentra tras la noción del poder judicial ‘en cierto modo nulo’ que Montesquieu defiende en el *Espíritu de las Leyes*. Eso es precisamente lo que intentan estas páginas. En otras palabras, ellas buscan rescatar el ideal ilustrado de justicia, pero dejando a un lado su ingenuidad institucional.

I. El Poder Judicial

⁸ Cf. [Figueroa Quiteros, 1982 #1630].

El ideal de Montesquieu relativo a la función judicial tiene una consecuencia significativa para la organización del poder judicial: los jueces deben ser independientes de los otros dos poderes. En efecto, el que los jueces sean la boca que pronuncia las palabras de la ley sólo constituye una garantía de libertad política en la medida que no sean esos mismos jueces ni los autores de la ley ni sus ejecutores. Así lo afirma el propio Montesquieu.⁹ Esta independencia de los jueces es armónica con la organización ideal que él mismo previó para la judicatura.

En los estados de tradición jurídica continental la judicatura constituye una burocracia. La ausencia de jurados refuerza los rasgos burocráticos de la organización judicial. A nivel institucional en nada se asemeja la organización de nuestros tribunales al ideal de Montesquieu. Y si en este ideal la independencia de los jueces no resultaba problemática, ocurre precisamente lo contrario en las judicaturas burocráticas.

Los jueces son independientes del legislador y del ejecutivo al ser “personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera”. En la organización actual de la judicatura la independencia resulta mucho más problemática. Las burocracias judiciales son permanentes, no transitorias. De hecho, en una república democrática, los jueces duran en sus cargos considerablemente más tiempo que los gobernantes y los parlamentarios. Esto es doblemente problemático para la independencia judicial.

En primer lugar es propio de las estructuras burocráticas someter su actividad a controles burocráticos. La promoción dentro de la estructura está vinculada a estos controles. Es inevitable que el sujeto controlado pierda independencia frente al sujeto controlador. Los controles pueden

⁹ “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” [Montesquieu, 1748 #1372 @lib XI c 6 p 107].

ser externos o internos. Cuando son externos existe el riesgo de que los jueces pierdan independencia frente a los otros poderes del estado. Cuando son internos, los subordinados pierden independencia ante sus superiores jerárquicos. La preservación de la independencia judicial exige por tanto una mirada cuidadosa a los controles tanto internos (independencia interna) como externos (independencia externa).

En segundo lugar, las burocracias tienden a generar sus propios intereses. Por esta razón los controles internos pueden ser tan gravosos para la independencia como los externos. La existencia de intereses propios de la burocracia judicial desvirtúa asimismo el ideal de Montesquieu de un poder “en cierto modo, nulo.” La judicatura, al igual que cualquier otra burocracia, usará parte del poder a su disposición para obtener la satisfacción de su interés.

La situación descrita no sería grave si tuviéramos conciencia clara de ella. Lo grave es que la hayamos perdido. Hemos olvidado completamente la dimensión orgánica de la judicatura como poder “en cierto modo, nulo.” Al olvidarla hemos perdido noción del significado y valor original de la independencia judicial y hemos quedado completamente indefensos frente a las demandas judiciales de mayor autonomía frente a los demás poderes del Estado. No debiera entonces extrañar que los tribunales superiores de justicia de algunos países vistan bajo el ropaje legitimador de la independencia judicial demandas que no buscan sino aumentar su control burocrático sobre los jueces y, en muchos casos, disminuir la intensidad de la vinculación al derecho vigente.

Chile es un ejemplo de este fenómeno. Al restablecerse la democracia la Corte Suprema tenía muchas atribuciones que para su quiebre. Elegía (y aún elige) a tres senadores, dos ex ministros de la misma y un ex contralor general de la república (CPol art 45 inc 3 letras b y c). Debía ser oída (y aun debe serlo) su opinión frente a todo proyecto de ley que proponga la

modificación de la organización o atribuciones judiciales (CPol art 74 incs 2ss). En los últimos años el Congreso y el Tribunal Constitucional han ampliado esta norma a tal punto que la opinión de la Corte Suprema debe ser oída frente a la más mínima modificación del más insignificante procedimiento judicial. La Corte Suprema elegía (y aún elige) a tres de los siete ministros que integran el Tribunal Constitucional (CPol art 81 inc 1º letra a).¹⁰ El Presidente de la Corte Suprema integra por derecho propio el Consejo de Seguridad Nacional (CPol art 95 inc 1º).¹¹ A estas instituciones heredadas del gobierno militar, la Corte Suprema ha sumado la creación de una “comisión de ética”. Esta comisión investiga las denuncias de faltas éticas cometidas por funcionarios judiciales y propone la Corte la aplicación de sanciones. Ha llegado incluso a obtener la destitución por la propia Corte de uno de sus miembros.

Ha habido un par de reformas en sentido contrario, entre las que cabe destacar la Academia Judicial. La Academia ha sido importante sobretodo porque ha permitido disminuir sustancialmente la influencia de los jueces de corte en la selección de los abogados que se incorporan al Poder Judicial. La otra reforma orgánica digna de destacarse es la incorporación a la Corte Suprema de ministros ajenos a la carrera judicial. Sin embargo, ella no ha tenido el impacto positivo que muchos hubiéramos esperado.

Este marco institucional se complementa con una opinión pública crítica del Poder Judicial. La Corte Suprema ha reaccionado frente a esta opinión con tres estrategias. En primer lugar, ha impulsado una política de investigación y sanción de las faltas disciplinarias de jueces y

¹⁰ Existe un acuerdo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado para modificar esta disposición. En lo que concierne a este trabajo, el número de miembros del Tribunal Constitucional se elevaría a nueve, y los tres ministros de la Corte Suprema quedarían suspendidos temporalmente de sus funciones en dicha corte para dedicarse exclusivamente al Tribunal Constitucional mientras por el tiempo que dure su nombramiento. Al término del nombramiento reasumirían sus funciones en la Corte Suprema. Senado, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Segundo informe recaído en los boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07 (18 de marzo de 2003).

funcionarios judiciales, cuya expresión más visible ha sido la creación y actuación de la ya mencionada Comisión de Ética. En segundo lugar, ha creado una oficina de prensa. El jefe de prensa ha llegado incluso a publicar columnas de prensa defendiendo decisiones de la Corte que han sido objeto de crítica. En tercer lugar, ha elaborado una agenda de reformas al Poder Judicial que busca reforzar su independencia. Esta agenda incluye aumentar los recursos financieros asignados al Poder Judicial, otorgar mayor autonomía a la Corte Suprema para asignar estos recursos, control absoluto del Poder Judicial sobre la Academia Judicial, mayor autonomía administrativa para decidir la creación y supresión de tribunal, traslado y remoción de jueces. En los últimos meses la Corte ha dado tanta importancia a esta agenda que su último Presidente se vio forzado a adelantar su retiro al acordar con el Ministerio de Justicia un paquete de reformas estimado insuficiente por la mayoría de los ministros que la integran.

La actual posición del Poder Judicial en el sistema constitucional chileno resulta incómoda. La Corte Suprema parece percibir esta incomodidad y ha reaccionado del modo recién referido. De resultar exitosa, la agenda de la Corte simplemente agravaría el problema. Lo notable es que su articulación en términos de refuerzo de la independencia no haya sido desafiada ni por los profesores de derecho ni por los abogados (salvo excepciones, éstos no son en verdad dos grupos distintos; el primero es simplemente un subconjunto del segundo). Pero esto no es tan raro si se considera que hemos perdido de vista que para Montesquieu la independencia del poder de juzgar va de la mano de su casi inexistencia como órgano.

¿Es posible organizar la judicatura de manera que el de juzgar sea un poder casi nulo?
¿Cómo hacerlo? Sugiero que es posible, y que la forma de hacerlo es debilitando su estructura de

¹¹ Existe un acuerdo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado para modificar las funciones del Consejo de Seguridad Nacional. *Ibid.* Sin embargo, el nuevo Consejo seguiría estando integrado por el Presidente de la Corte Suprema.

cuerpo.¹² Si bien no es viable confiar el poder judicial a “personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera”, sí es posible organizar la judicatura de modo que se reduzca la formación de intereses de cuerpo. Esto, por cierto, es más fácil escribirlo que hacerlo. Para hacerlo hay que tener en consideración al menos factores institucionales y culturales. Desde un punto de vista institucional, la reducción de la formación de intereses de cuerpo podría conseguirse eliminando las principales características burocráticas de la organización judicial, en particular la existencia de una carrera judicial. No puede sin embargo ignorarse que la eliminación de la carrera judicial se enfrentaría a una tradición muy arraigada en los países latinoamericanos. Resulta entonces prudente concentrarse en algunos puntos críticos, como las remuneraciones de los jueces de primera instancia, y los mecanismos de calificación y nombramiento de jueces.

La cultura burocrática se puede enfrentar no solo con reformas institucionales. Quizás más importante que éstas sea la propia cultura jurídica. Debe insistirse que la independencia del poder de juzgar debe ser independencia del juez y no autonomía de la organización judicial, y que esta organización no debe constituir un poder equivalente a los otros. Esta insistencia contribuiría al desarrollo de una cultura en la que demandas como las que formula actualmente la Corte Suprema de Chile tuvieran que ir acompañadas de una justificación mucho más persuasiva que la mera invocación de la ‘independencia del Poder Judicial.’

En los esfuerzos por reducir los caracteres burocráticos de la judicatura debe evitarse el peligro de transferir poder desde los tribunales superiores a los tribunales inferiores. No se debe

¹² En sentido parecido, Juan Enrique Vargas, “Independencia *versus* Control del Poder Judicial”, ponencia presentada a la Conferencia Internacional de Expertos sobre Transición y Consolidación Democráticas, Gorbachev Foundation for North America y Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (Madrid, octubre 2001), publicado en «www.cejamericas.org».

‘democratizar’ la judicatura en el sentido de que el poder para tomar decisiones que afecten sus intereses de cuerpo simplemente sufran un desplazamiento interno. Italia parece ilustrar que cuando esto ocurre la judicatura no deviene más independiente, sino menos.¹³ Los mecanismos de control del desempeño funcionario pierden importancia, permitiendo la promoción de jueces menos preparados. Jueces mal formados son más susceptibles de presiones de todo tipo. El corporativismo, sea jerárquico o ‘democrático’, afecta seriamente la independencia del poder de juzgar.

II. La función de juzgar

La independencia es condición necesaria, pero no suficiente para que los jueces puedan ser ‘la boca que pronuncia las palabras de la ley.’ Este ideal de la función judicial descansa en una distinción ingenua entre crear y aplicar derecho. Pero no por esto debemos apurarnos en renunciar al ideal de Montesquieu. La ley es la expresión de la voluntad popular. Si renunciamos a un juez vinculado a la ley, renunciamos también a la actualización de la voluntad democrática en las sentencias judiciales. Resulta entonces pertinente preguntarse, ¿cómo es posible la vinculación del juez a la ley?

Esta pregunta exige un examen mucho más cuidadoso y detenido que el que se le puede dar en estas páginas. Aquí sólo quisiera sugerir una tesis que aborda parte del problema, a saber: que la vinculación a la ley sólo es posible ahí donde existe un vigoroso derecho diferenciado. En sociedades muy complejas y dinámicas como son las nuestras, y con un grado muy alto de regulación jurídica en todas las esferas de la vida social, la vinculación del derecho a la ley exige un medio que sólo pueden proporcionar tradiciones argumentativas asimismo complejas. Por su complejidad, estas tradiciones argumentativas adquieren una considerable autonomía que se traduce en su propia literatura, centros de estudio y profesionales. El ideal de una ley

¹³ Guiseppe Di Federico, . . .

democrática, esto es, de una ley cuya comprensión esté al alcance de cualquier lego, es una ilusión.

Es cierto que las leyes se expresan en lenguaje natural . . . pero solo hasta cierto punto. Por rico que sea el lenguaje natural, suele ser insuficiente para dar cuenta de las sutiles pero importantes diferencias que situaciones aparentemente similares pueden presentar. La experiencia acumulada, alguna por siglos, alguna sólo por meses o años, ha ido diferenciando estas situaciones y les ha ido asignando nombres. Es así que distinguimos entre posesión y propiedad, entre hurto y robo, entre expropiación y regulación. Las respectivas convenciones lingüísticas son conservadas y desarrolladas por los profesionales dedicados al estudio del derecho. Las leyes hacen uso de estas convenciones. Así el legislador expande sus posibilidades de actuación, pues requiere menos tiempo para expresar con mayor precisión el contenido de su voluntad. Además, dado que el legislador democrático no es unipersonal sino colectivo, el lenguaje técnico del derecho es el punto de encuentro en el cual se constituye su voluntad. Por eso, es sólo en parte correcto afirmar que las leyes se expresan en lenguaje natural. En verdad ellas se expresan en una amalgama de lenguaje natural y de lenguaje jurídico técnico. La expansión de las posibilidades de actuación del legislador democrático van de la mano de una legislación que no resulta fácilmente asequible para el lego. La ley, democrática en cuanto expresión imputable al pueblo, no puede ser igualmente democrática en cuanto a conocimiento.

Pero la ciencia del derecho no solo expande las posibilidades de actuación del legislador. Ella cumple asimismo una función principal en la vinculación del juez a la ley. La voluntad del legislador democrático no existe como voluntad natural. Únicamente existen voluntades individuales, sólo en parte asequibles incluso para sus portadores. La voluntad del legislador es entonces la voluntad que pueda ser justificadamente imputable al texto de la ley. Pero si el

lenguaje legislativo es leído como lenguaje exclusivamente natural, los sentidos imputables al texto serán demasiados (o a veces muy pocos). La ciencia del derecho cumple la función de acotar el universo de los sentidos que pueden ser justificadamente imputados a un texto legal. Así vincula al juez al legislador.

Los dos funciones de la ciencia del derecho recién descritas son complementarias. Por una parte, ella provee al legislador democrático de conceptos técnicos para expresar las leyes. Por otra parte, vincula al juez a atribuir sentido al texto legal recurriendo a ese mismo marco de referencias conceptual. De esta manera vincula el poder de juzgar y la ley democrática de una manera que no podría darse bajo un derecho superficialmente más democrático.

En Chile, y supongo que Chile no es una excepción en Latinoamérica, el grado de vinculación de los jueces a la ley es demasiado bajo. Esto se debe a que la tradición argumentativa se ha debilitado. Percibo dos fuentes principales de debilitamiento. Por una parte, los niveles de producción científica son bajísimos y no guardan relación alguna con las necesidades legislativas. La baja producción científica no debiera extrañar, pues es simplemente reflejo de la inexistencia de una comunidad científica.

La segunda fuente de debilitamiento se encuentra en la jurisprudencia de derechos que ha venido de la mano de la aplicación directa de la constitución a todo tipo de juicios.¹⁴ Los derechos constitucionales se entienden como límites a la potestad legislativa. El reconocimiento de que ellos vinculan directamente al juez implica ya un relajamiento de la vinculación del juez a la ley. Hay quienes por esta razón rechazan del todo el reconocimiento judicial de los derechos constitucionales. Pero al decir que éstos han debilitado la vinculación del juez a la ley en Chile no estoy comprometido con esa tesis. Aun aceptando que el reconocimiento judicial de los

derechos fundamentales es necesario porque la voluntad democrática está sujeta a ciertos límites, habría que concluir que la jurisprudencia de derechos ha generado una innecesaria desvinculación del juez a la ley. En este punto la segunda fuente de debilitamiento entronca con la primera. La jurisprudencia de derechos ha producido este efecto en Chile porque prácticamente no hay doctrina en torno a los derechos constitucionales.

Conclusiones

La voluntad democrática es un hecho institucional. En los Estados modernos entendemos que las leyes son atribuibles al pueblo o nación cuando han sido el resultado de un proceso legislativo público en el que ha tenido participación un grupo de representantes del pueblo elegido en votación popular. Aunque los jueces no son elegidos directamente por el pueblo, entendemos que el poder que ellos ejercen es democrático cuando se mantiene vinculado a la ley. La vinculación a la ley no puede ser directa, sino que debe estar mediada por tradiciones argumentativas relativamente autónomas. No puede haber justicia verdaderamente democrática sin una ciencia del derecho que necesariamente distancia al derecho del lego.

La vinculación del juez a la ley sólo es posible cuando el juez es independiente. No es independiente el juez que está sujeto a control por personas cuyos intereses al controlar no son primordialmente el imperio de la ley. Los poderes judiciales organizados burocráticamente generan intereses propios distintos del imperio de la ley. En consecuencia, los controles internos pueden afectar tanto la independencia judicial como los externos.

Es necesario rescatar el ideal de Montesquieu de un poder de juzgar ‘en cierta medida, nulo’, que considera tanto los aspectos orgánicos como funcionales. La ingenuidad de la

¹⁴ En otro lugar me he referido a este fenómeno bajo el título de “Vulgarización por Constitucionalización”, ponencia presentada al I Congreso Estudiantil de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Santiago, abril de 2003.

dimensión institucional de Montesquieu no nos debiera llevar a abandonar un ideal que parece particularmente adecuado para un poder judicial en una república democrática.