

Raúl F. Campusano Droguett*

Control de constitucionalidad en Japón y países bajos

Constitutionality control in Japan and nederlands

Resumen

Se presenta el sistema de revisión de la constitucionalidad de las leyes en los Países Bajos y en Japón. En el caso neerlandés se analiza la prohibición constitucional a los jueces de revisar la constitucionalidad de las leyes y la obligación de cumplir con las provisiones de tratados internacionales suscritos por el reino. En el caso japonés se analiza la extrema moderación y prudencia con que la Corte Suprema japonesa ha aplicado la atribución que le otorga la Constitución de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. La comprensión de las opciones tomadas por ambos países en relación con la revisión de la constitucionalidad de las leyes puede servir para la comprensión, reflexión y debate del caso chileno.

Palabras clave

Revisión Judicial, Constitucionalidad de las Leyes, Separación de Poderes, Países Bajos, Japón.

Abstract

We present the constitutionality control system in the Netherlands and Japan. In the Dutch case, we discuss the constitutional ban on judges to review the constitutionality and the obligation to comply with the provisions of international treaties signed by the Kingdom. In the Japanese case, we discuss the extreme restraint and prudence with which the Japanese Supreme Court has applied the power granted by the Constitution for judicial review of the constitutionality of laws. Understanding the choices made by both countries in relation to the review of the constitutionality of laws can serve for understanding, reflection and discussion for the Chilean case.

* *Master en Derecho, U. Leiden, Nederland*
Master of Arts, U. Notre Dame, USA
Profesor de Derecho Internacional
Director de Postgrado Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo
rcampusano@udd.cl

Keywords

Judicial Review, Constitutional Control, Separation of Powers, the Netherlands, Japan.

1. Introducción

¿Por qué hablar de control de constitucionalidad, institución tan propia del derecho constitucional, en la comisión de derecho internacional de las jornadas de derecho público? Por varias razones:

1. Porque el caso Neerlandés tiene características que lo sitúan en el perfecto opuesto al caso chileno. En efecto, allí no solo no es posible decidir la inaplicabilidad de un tratado por inconstitucionalidad, sino que, por el contrario, una ley nacional sí puede ser declarada inaplicable por contener disposiciones contrarias a un tratado internacional.
2. Porque el caso japonés nos ofrece una visión particular del principio de la deferencia, hecho conocido a través de la sentencia Chevron, dictada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, y a través de la cual, junto con subrayar la diferencia entre actos de la administración y actos del poder legislativo, se propone que los tribunales deben tener especial consideración con las decisiones técnicas de la administración, idea que nos acerca al sistema de organización gubernamental de la administración japonesa.
3. Porque al usar el método comparado podemos observar con una nueva luz el debate nacional sobre la atribución de nuestro tribunal constitucional de declarar la inaplicabilidad de un tratado internacional por inconstitucionalidad.
4. Porque de este análisis se puede dar un salto a especular sobre, primero la posibilidad, y luego la conveniencia, de proponer algún sistema de revisión judicial de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales ante tribunales de lata jerarquía como la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional. El rol constitucional se podría construir sobre la base de los principios generales del derecho, particularmente si usamos la mirada del ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Christopher Weeramantry.

La creciente relevancia del Tribunal Constitucional chileno y el efecto e impacto que sus decisiones tienen en la sociedad chilena promueven una reflexión sobre el modelo de control de constitucionalidad que tiene nuestro país, ejercicio que parte desde la opción inicial de entregarle tal función a la Corte Suprema Nacional o a un Tribunal Constitucional creado precisamente para esos efectos. En este contexto, es mucho lo que se ha estudiado respecto de los exponentes más destacados de ambos modelos, esto es, Estados Unidos en el primer caso y Alemania e Italia en el segundo caso. Sin embargo, parece interesante y académicamente adecuado, ampliar la mirada a otros ejemplos en derecho comparado que han optado por modelos diferentes o una aplicación distinta en el contexto de los modelos anteriormente indicados. La pregunta

que está presente en toda esta reflexión es doble: por qué entregarle atribuciones sobre la constitucionalidad de la legislación a un órgano distinto del Congreso Nacional y qué modelo institucional sería el más adecuado para cumplir esa función y cómo.

El conocimiento y comprensión de las opciones de los Países Bajos¹ y de Japón² pueden colaborar en el mejor entendimiento del caso chileno, de las opciones adoptadas y de las vías de evolución posibles, teniendo presente estos caminos distintos y en especial las razones para tales opciones. Se han elegido estos países por que presentan interesantes peculiaridades. La Constitución de Japón entrega a la Corte Suprema la atribución de revisar la constitucionalidad de las leyes y sin embargo, ésta raramente aplica esta atribución. Por su parte, la Constitución del Reino de los Países Bajos prohíbe a la Corte Suprema hacer un control de constitucionalidad de las leyes y, sin embargo, los tribunales holandeses (todos ellos) la hacen. Por cierto, esta afirmación requiere ser explicada y desarrollada. Las cosas tienden a ser siempre más complejas que una afirmación general y para desentrañar el sentido y alcance de estas disposiciones constitucionales se hace necesario conocer algo del derecho, la historia y la cultura de los países mencionados.

2. La Revisión judicial

Existe un largo debate sobre la legitimidad y conveniencia de que el Estado cuente con un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes ejercido por un órgano ajeno al Poder Legislativo, pudiendo ser el Poder Judicial (por ejemplo la Corte Suprema) o por un órgano revisor creado para esos efectos (ie. Tribunal Constitucional). Un número importante de Estados han optado por contar con un órgano especializado, esto es, un tribunal constitucional (la mayor parte de los países europeos y Chile). Otros Estados han optado por entregarle esta función a su corte suprema (por ejemplo, Estados Unidos). Entender el derecho como norma o como decisión judicial tiene efectos en la forma en que comprendemos y valoramos la labor del Congreso Nacional y de la Corte Suprema. Si el derecho es norma, lo hace el Congreso. Si el derecho es decisión, lo hace la Corte. Para algunos, aquí está el núcleo de la diferencia entre el derecho común de los pueblos anglosajones y el derecho románico de los pueblos europeos continentales y sus tributarios culturales. La Corte Suprema Federal de Estados Unidos, así como el Tribunal Constitucional chileno hacen política con sus decisiones. Los jueces

¹ En el texto se usará el nombre “Países Bajos”, “Reino de los Países Bajos” y “Nederland” para referirse al país que es comúnmente conocido como Holanda. Ciertamente, Holanda no es el nombre oficial de ese país y abarca solo dos de sus provincias (Noord Holland y Zuid Holland), dejando fuera a Drenthe, Flevoland, Friesland, Gelderland, Groningen, Limburg, Noord Brabant, Overijssel, Utrecht, y Zeeland. Se trata de una situación similar a la que ocurre entre el nombre oficial “Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte” o “Reino Unido” y el apelativo corriente de “Inglaterra” que deja fuera a Galeses, Escoceses, e Irlandeses del Norte.

² En el texto se usará el nombre español de “Japón” ya que aquí no existe el problema indicado para el caso de Nederland. Sin embargo, puede ser importante recordar que el nombre de ese país es 日本, esto es Nihon o Nippon, oficialmente 日本国 Nihon-koku, esto es, Estado de Japón, y que los caracteres 日本 significan país del sol naciente.

crean el derecho al decirlo. Este es un tema que ha sido objeto de mucha reflexión y de múltiples aprehensiones, a veces la aprehensión ha oscurecido la reflexión. ¿Cómo evitar la arbitrariedad de los jueces? ¿Cómo lograr sistemas predecibles, uniformes y generales? Estas preguntas han estado a menudo en la mente de aquellos que hacen política pública en el ámbito de la justicia. Cientos si no miles de años de arbitrariedad judicial, potencial y efectiva, llevaron a la sociedad a abrazar el concepto de que los jueces simplemente deben aplicar el derecho pre-establecido en normas jurídicas. Los jueces, así, son meros aplicadores de la norma jurídica; sus valores y preferencias no tienen lugar en la ecuación de la justicia, y de esta forma se asegura la prevalencia de una justicia pre-establecida, igual para todos. Pero la realidad, que es más porfiada que nuestros traumas históricos, nos muestra una y otra vez que el juez de la Corte Suprema Federal y del Tribunal Constitucional usan sus facultades de control de la constitucionalidad para crear el derecho y no para supuestamente solo interpretarlo.

La pregunta que subyace detrás del tema de la revisión judicial es cómo expresar más adecuadamente la voluntad de las personas, del pueblo. ¿Por qué entregarle a un grupo reducido de personas, no elegidas por el pueblo, los jueces constitucionales, el poder de neutralizar una ley aprobada por los miembros del Congreso, sí elegidos por el pueblo? ¿Por qué darle ese poder a los jueces constitucionales de declarar inaplicable un tratado que ha sido adoptado y aprobado luego de pasar por todos los controles administrativos y democráticos establecidos en la propia constitución nacional, además de su vigencia en el plano internacional? ¿Puede el pueblo, a través de sus representantes en el Congreso, equivocarse? ¿Y es el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema el órgano para enmendar esta equivocación? En síntesis, la pregunta es sobre en qué institución queremos poner el poder por sobre el poder. El estudio de la situación en Nederland y en Japón puede aportar algunos antecedentes a esta reflexión.

3. Control de Constitucionalidad en los Países Bajos

El Reino de los Países Bajos carece de un órgano encargado de la revisión de la constitucionalidad de las leyes. No existe un Tribunal Constitucional y la Hoge Raad (Corte Suprema)³ no tiene la facultad de revisión judicial. El artículo 120 de la Grondwet (Constitución) prohíbe a los tribunales analizar la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento y de los tratados internacionales.⁴ Por otro lado, el artículo 94 de la Constitución establece que las normas legales vigentes en el Reino no serán aplicables si tal aplicación estuviera en conflicto con provisiones de tratados que son vinculantes para las personas o que se encuentra en conflicto con resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales.⁵ Los Países Bajos se encuentran solos en estas

³ Hoge Raad se traduce y es la Corte Suprema del país, pero literalmente significa "Alto Consejo".

⁴ "Artikel 120: De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen."

⁵ "Artikel 94: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke

opciones en el contexto europeo (descontando a Suiza que tampoco cuenta con un sistema de revisión judicial).

Entre el artículo 120 y el artículo 94 parece haber una contradicción y ello ha dado lugar a un interesante debate doctrinario sobre su correcta interpretación. Una forma en que se ha interpretado esta aparente contradicción de los artículos 120 y 94 es la siguiente: el poder judicial no tiene atribuciones para revisar la constitucionalidad de las leyes, pero sí puede hacer tal análisis respecto de reglamentos y otros actos normativos del poder ejecutivo. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina por interpretar estos artículos en el sentido de reconocer que los tribunales Neerlandeses (todos ellos, no solo la Corte Suprema) tiene las atribuciones necesarias para dejar sin aplicación un cuerpo jurídico (ley o reglamento) que se encuentre en contradicción con lo estipulado por un tratado internacional o una decisión de una organización internacional.

Varios hallazgos y consecuencias se desprenden de este debate aun antes de tomar una opción interpretativa. El primero es observar lo evidente: Los Países Bajos se apartan de los demás países europeos al no contar con un Tribunal Constitucional. Lo segundo es constatar una vez más el alto valor que ese país otorga al derecho internacional y a las organizaciones internacionales. Lo tercero es notar la importancia del espacio interpretativo jurídico en las grandes decisiones de organización de una sociedad.

La opción neerlandesa se construye desde una adhesión a los principios de derecho europeo clásico y, más específicamente, de la ilustración, en el sentido de establecer una clara separación de poderes del Estado velando porque no se produzcan intervenciones de un poder en el terreno del otro. Es el pueblo, a través de sus representantes en el Congreso, quien tiene el poder y por ello, los jueces, aun los de más alta jerarquía, no pueden dejar de aplicar esas leyes. Pero el sistema neerlandés también se construye sobre una concepción particular del derecho. El derecho es una construcción colectiva que va más allá del Estado nación (y por tanto, de la Constitución nacional). En efecto, el juez neerlandés tiene el mandato de aplicar primero el derecho internacional (lo dice su propia *grondwet*). En segundo lugar, está obligado a aplicar el derecho de la Unión Europea (y aquí se levantan sentencias clásicas como *Van Gend en Loos* y *Costa Enel*, que consagran el principio de supremacía y aplicación directa).

En años recientes se ha abierto una fuerte discusión en Nederland sobre la conveniencia de hacer una reforma a la constitución que permita la revisión judicial de las leyes (propuesta Halsema). Hay que estar atento al resultado, pero, a mi modo de ver, principalmente al debate, ya que nos puede dar luces para iluminar nuestra propia discusión nacional sobre la materia.

La revisión judicial (o control de constitucionalidad) es una institución ampliamente compartida en el contexto europeo. Virtualmente todos los países europeos cuentan con tribunales constitucionales. Como se ha dicho, la excepción la constituyen Suiza y

organisaties."

Nederland.⁶ En 1990, el Consejo de Europa constituyó un órgano asesor en materias constitucionales, llamado “Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho”, comúnmente conocida como “Comisión de Venecia”. Esta comisión ha trabajado en el estudio y promoción de sistemas de revisión judicial. Como ha señalado Pieter Van Dijk⁷, el ingreso de Nederland a la Comisión fue tardío precisamente por sus disposiciones constitucionales que no hacen posible la revisión judicial.⁸ Una de las consecuencias del hecho que el sistema de revisión judicial de Nederland sea determinado por el derecho internacional es que las normas de la Constitución, aun aquellas que se refieren a derechos fundamentales, han recibido mucha menos atención por parte de la práctica legal que las provisiones de tratados internacionales autoejecutables de derechos humanos. Van Dijk observa que esta situación es particularmente clara en relación con los tribunales ya que la prohibición del artículo 120 de la Constitución está dirigida a los tribunales solamente. Sin embargo, también hay una tendencia en esta dirección por parte del Poder Legislativo y por el Consejo de Estado en relación con la elaboración de legislación, refiriéndose mayoritariamente a la Corte Europea de Derechos Humanos y a su jurisprudencia, y no tanto a la Constitución y jurisprudencia nacional. De esta forma, si existe una diferencia entre la legislación nacional y la internacional referida a un derecho fundamental, se tenderá a hacer primar la norma internacional sobre la nacional. Frente a esta situación Van Dijk tiene una posición crítica. En efecto, dice Van Dijk que si esta situación se mantiene como una práctica general, podría llegar a amenazar no solo el valor legal de la Constitución, sino también su valor político, social y cultural como símbolo de la nación y como bastión máximo contra ataques a la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho.⁹

Van Dijk postula que los derechos fundamentales no siempre se encuentran seguros en manos del Poder Legislativo. Al preparar y proponer nuevas leyes, el gobierno se sentirá inclinado a abordar problemas concretos y actuales y la necesidad de resolverlos de la forma más eficiente incurriendo en los menores costos posibles y evitando posibles costos políticos. En este contexto, piensa Van Dijk, el gobierno puede sentirse inclinado, bajo ciertas circunstancias, a manipular normas de derechos fundamentales o simplemente ignorarlas. En general, el Consejo de Estado tiene una actitud protectora frente a los derechos fundamentales si estos se encuentran en peligro de forma seria y evidente, pero sus advertencias suelen ser ignoradas por la administración. En este esquema, la garantía de respeto a los derechos fundamentales recaería en el Parlamento. La Cámara de Representantes, dice Van Dijk, no muestra gran interés en la calidad legal de la legislación en la medida que no exista el peligro de inquietud

⁶ Fuera de Europa es interesante observar el caso de Sudáfrica en que su antigua Constitución de 1961 (hoy reemplazada) contenía una norma similar a la Neerlandesa en el sentido que prohibía la revisión judicial a los tribunales. La actual constitución no contiene una norma de naturaleza semejante.

⁷ El profesor Van Dijk es Presidente de la División de Jurisdicción Administrativa del Consejo de Estado de los Países Bajos. Miembro de la Comisión de Venecia, y ex Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁸ P. Van Dijk, “De Europese Commissie voor Democratie door Recht (Venetië Commissie); Het stille geweten van de Raad van Europa”, [The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), NJCM Bulletin 2006, pp. 83-92 (84).

⁹ Van Dijk, 2008.

política o social y, así, va quedando el Senado que, de facto, ejerce una función de “Consejo Constitucional”. Van Dijk indica que en cualquier debate sobre la utilidad o necesidad de preservar esta institución parlamentaria en un sistema bi-cameral, debiera considerarse que constituye un elemento en el proceso legislativo para el cual no hay todavía una alternativa adecuada. Así, concluye Van Dijk, en el largo plazo una de las alternativas que debieran considerarse sería darle al Consejo de Estado la atribución de “Consejo Constitucional”.¹⁰

El concepto de separación de poderes se encuentra al centro de la decisión neerlandesa de no permitir la revisión judicial de las leyes. La norma constitucional ha sobrevivido todas las reformas constitucionales desde 1848 y así, tampoco fue modificada en la gran reforma de 1993. Como ha señalado G. van der Schyff, la norma constitucional ha sido interpretada por los tribunales neerlandeses como no solo referente a la calidad sustantiva de los actos del Parlamento en relación con la sección de derechos fundamentales de la Constitución, sino que también a aspectos de la misma como el procedimiento legislativo.¹¹ En el caso Van den Bergh, la Corte Suprema consagró esta idea. El caso se refería a un ex parlamentario que objetó la reducción de sus derechos de pensión indicando que el procedimiento legislativo prescrito por la Constitución para adoptar la ley que limitaba sus derechos de pensión no había sido propiamente seguido. El acto parlamentario debía haber sido adoptado por una mayoría de dos tercios, pero nunca fue votado en una de las cámaras que acordó aprobar el anteproyecto de ley sin votarlo. La Corte decidió que la prohibición de revisión de constitucionalidad de las leyes significaba que un tribunal solo podía revisar si el poder legislativo había aprobado una ley, pero no podía cuestionar la forma en que tal aprobación había sido realizada.¹²

Existe una excepción a la prohibición de revisión judicial: de acuerdo con la doctrina “contra legem” un tribunal puede negarse a aplicar una ley cuando la aplicación estricta de la misma ocasiona consecuencias negativas que claramente no eran deseadas por los legisladores. Ejemplos de situaciones como las indicadas se pueden encontrar en derecho tributario, en que los tribunales han sentenciado que si hubieran seguido en forma estricta el tenor de la ley se habrían infringido derechos protegidos en formas no previstas y no deseadas por el poder legislativo cuando aprobó la ley.¹³ Por cierto, esta excepción es usada en forma muy restringida por los tribunales.

De acuerdo con Van der Schyff, la pregunta que debe hacerse en esta materia es quién debiera interpretar los instrumentos de mayor jerarquía legal: ¿el Poder legislativo o el Poder Judicial? En el caso de la constitucionalidad de las leyes la respuesta está dada a favor del parlamento por aplicación del artículo 120 de la Constitución. Pero surge una situación interesante respecto de los tratados internacionales. Si Nederland fuera un Estado dualista la respuesta sería la misma que respecto de las leyes: el poder legislativo tendría que incorporar las normas de derecho internacional de los tratados

¹⁰ Van Dijk, 2008.

¹¹ Schyff, G. van de, 2010.

¹² Schyff, G. van de, 2010.

¹³ Schyff, G. van de, 2010.

que el Estado suscribiera de manera que los tribunales pudieran aplicar tales normas, haciéndolas así parte del ordenamiento jurídico neerlandés. Y en este escenario, nuevamente sería el Parlamento el órgano llamado a determinar la aplicabilidad de tales normas. Pero el Reino de los Países Bajos no es dualista, sino que monista, esto es, existe unidad entre las normas del derecho nacional y aquellas del derecho internacional: el derecho es uno solo. De esta forma, ambas fuentes del derecho conforman en realidad un solo ordenamiento jurídico. Las normas del derecho internacional forman parte del ordenamiento jurídico neerlandés sin necesidad de ningún sistema de incorporación. Más aún: estas normas son jerárquicamente superiores a las normas del derecho nacional. En este marco, surge la pregunta sobre si los tribunales pueden revisar la compatibilidad de las leyes con los requerimientos de los tratados y otras normas del derecho internacional. La respuesta a esta pregunta es afirmativa: la norma del artículo 120 de la constitución no impide la revisión judicial de los tratados internacionales. Más aún si se recuerda la norma del artículo 94 de la constitución¹⁴, ya citada, se puede concluir que existe un mandato constitucional de ejercer este tipo de revisión judicial. La finalidad de esta norma constitucional es permitir la revisión de tratados en aquellos casos en que existen normas de derecho internacional lo suficientemente claras como para ser aplicadas por los tribunales nacionales sin la necesidad de recurrir al poder legislativo para que le dé un sentido preciso a tales normas. En la práctica, esto significa que los tribunales nacionales tienen el deber de aplicar derechos civiles y políticos otorgados por el derecho internacional. Por el contrario, en el caso de los derechos económicos y sociales, éstos necesitan ser precisados primero por el parlamento antes de que puedan ser objeto de aplicación por parte de los tribunales nacionales. La distinción es sutil, pero importante, y entender las razones de la distinción también es importante: la acción legislativa en el caso de los derechos económicos y sociales no tiene por finalidad incorporarlos al ordenamiento jurídico nacional ya que ellos ya son parte del mismo (por aplicación del principio monista del sistema legal neerlandés), sino que busca transformar esos derechos en instrumentos aplicables en forma adecuada y precisa por los tribunales nacionales.¹⁵

4. Control de Constitucionalidad en Japón

En Japón, la Constitución entrega a la Corte Suprema amplias atribuciones para determinar la constitucionalidad de las leyes y también de los actos de la adminis-

¹⁴ Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

¹⁵ A propósito de presentar el sistema Neerlandés es difícil dejar de recordar el debate en Chile sobre la jerarquía de las normas de derecho internacional y su relación con las normas establecidas en la Constitución. Es dable imaginar que los juristas holandeses tendrían dificultad para entender el debate en Chile y, una vez que lo entendieran, también es dable imaginar la perplejidad que tendrían. Una vez fuera de la discusión sobre la jerarquía de la constitución, alguien podría hacer el ejercicio de observar cuál de ambas sociedades goza de mayores libertades y derechos, cuál de ellas protege de mejor manera a sus ciudadanos, qué tipo de sociedad el derecho ayuda a construir y qué efectos sociales en uno y otro camino han ido construyendo su estado de derecho.

tración. Sin embargo, la Corte rara vez ha ejercido esta atribución. Para comprender las razones de esta opción es necesario explicar algunas particularidades del sistema legal y político japonés y en particular el poder de la administración en el contexto nacional y la breve permanencia en sus cargos que tienden a tener los presidentes de la Corte Suprema en Japón.

Aunque la Constitución japonesa entrega amplias facultades a la Corte Suprema de ese país para “determinar la constitucionalidad de cualquier ley, orden, regulación o acto oficial, la Corte ha ejercido este poder solo en raras ocasiones. Autores como Satoh estiman que esta renuencia se debe en parte al breve período en que los jueces detentan sus cargos.

El artículo 6 de la Constitución (Kempo) establece que el Emperador nombra al Presidente de la Corte Suprema de acuerdo con la designación que ha hecho el Gabinete. La tradición y la ley organizadora de la Corte (Saibansho-Ho) indican que para ser ministro de la Corte Suprema los postulantes deben tener un prestigio y experiencia legal significativo, lo que se traduce en la práctica en que los candidatos tienen más de sesenta años. Por otra parte, la Dieta revisa los nombramientos luego de cada elección parlamentaria. Todo esto se traduce en que los períodos en ejercicio tienden a ser cortos. Desde el nacimiento de la Corte Suprema en 1946 ha habido 16 presidentes de la Corte. Estos cambios han provocado falta de consistencia en las sentencias, limitando así el desarrollo de precedentes claros que puedan guiar la aplicación de la revisión judicial.

La tendencia actual, sin embargo, podría comenzar a revertir esta situación ya que las sentencias están comenzando a contener mayores razonamientos jurídicos y desarrollos teóricos. Por otro lado, también es importante observar que la Corte Suprema japonesa, a pesar de tener el status de ser la última instancia, tiende a jugar un rol más bien secundario en la determinación de la constitucionalidad de los actos del gobierno debido a la amplia influencia legal que tiene la Oficina de Legislación del Gabinete (Naikaku-Hosei-Kyoku). Esta oficina está compuesta por funcionarios senior del gobierno con experiencia en áreas legales específicas. Sus tareas son entregar asesoría legal al Primer Ministro y otras autoridades del gobierno y revisar los proyectos de ley para determinar si son consistentes con la Constitución y los precedentes legales. Debido a la enorme influencia que tienen las opiniones de la Oficina, la Corte Suprema casi siempre ha apoyado y mantenido tales opiniones. A pesar de lo dudoso de la base legal de estas atribuciones, la Corte Suprema ha señalado que la evaluación de los proyectos de ley por parte de la Oficina no viola la Constitución. Satoh piensa que la Naikaku-Hosei-Kyoku tiene una fuerte semejanza con el Conseil d'État de Francia. En este contexto, es posible visualizar un mayor número de revisiones judiciales de leyes, pero difícilmente de actos de la administración.

Puede ser difícil comprender algunas de estas particularidades del sistema japonés, pero puede ser también una ayuda recordar las influencias que ha tenido y tiene ese sistema jurídico que fue construido sobre la combinación de principios e instituciones ancestrales que fueron tempranamente y con mucha fuerza influidos por el derecho

y la filosofía china, en particular las enseñanzas del maestro Kung (Confucio entre nosotros). En tiempos modernos, durante la restauración Meiji, luego del shogunato Tokugawa, el sistema legal japonés se reformó para adoptar las instituciones jurídicas del derecho europeo continental y en especial del derecho alemán y francés. Luego de la segunda guerra mundial el derecho japonés se vio fuertemente influenciado por el derecho norteamericano (la constitución fue diseñada y elaborada por juristas norteamericanos y es lo más cercano que podríamos imaginar a una constitución de Estados Unidos si ese país optara por reformar su célebre constitución de finales del siglo dieciocho). Pero por sobre todo lo anterior, subyace y se mantiene lo propiamente japonés y en el tema particular que nos ocupa, nos habla de la búsqueda de consensos y de una separación de poderes que nunca terminó por afirmarse en ese país.

En el contexto de lo señalado en el párrafo anterior, se hace necesario recordar el peso de la historia en la forma en que las instituciones jurídicas operan. En efecto, la revisión judicial presente en la constitución japonesa no es producto de un proceso histórico y social nacional que la haga comprensible y justifique. Se trata de una institución jurídica occidental que tiene (en la modalidad presente en la Constitución de Japón) sus bases y antecedentes en el antiguo derecho inglés y en jurisprudencia constitutiva norteamericana.¹⁶ La revisión judicial no es sino una manifestación más del carácter ajeno a la tradición legal y política japonesa de la Constitución adoptada luego de la Segunda Guerra Mundial. Por cierto, esto no quiere decir que sea una institución que no funcione. Como tantas cosas adoptadas por Japón desde fuera, la Constitución de 1946 goza de muy buena salud luego de más de 60 años de aplicación y ha sido un instrumento legal y político de primera magnitud en la conformación del Japón contemporáneo. El tema entonces no es tanto la institución en sí misma, sino que la forma en que ha sido aplicada en Japón. De esta forma, el énfasis no ha sido puesto en la fiscalización recíproca entre los poderes del Estado, sino más bien en la colaboración y armonía que hay y debe haber entre ellos. El profesor Hiroshi Itoh ha señalado que Japón es un Estado burocrático dirigido por administradores de alto rango que crean y recrean políticas públicas, apoyados por tribunales y cortes que aplican el principio de la deferencia y que desean colaborar con los mencionados administradores y con los políticos en la conformación de las políticas públicas del país. La cooperación de los distintos estamentos del Estado (y en general de la sociedad toda) es una característica distintiva del sistema japonés.¹⁷

En términos generales, la Corte Suprema ha utilizado el resorte de la revisión judicial en ocho ocasiones y puede ser de interés observar algunos elementos de cada uno de ellos.¹⁸

Aizawa v. Japón.¹⁹ En este caso el imputado reclamó de su condena a muerte alegando que el artículo 200 del Código penal que permitía la pena de muerte en aquellos casos en que se probaba que el imputado había dado muerte a uno de sus padres, era

¹⁶ Sobre esta materia ver Campusano 2010.

¹⁷ Satoh, 2008.

¹⁸ Satoh, 2008.

¹⁹ 27 MINSHŪ 265 (Sup. Ct., Apr. 4, 1973).

inconstitucional. En la especie, el imputado había matado a su padre en el contexto de poner término a abusos sexuales reiterados en el tiempo cometidos en su contra por su padre. La Corte estimó que el artículo 200 del CP violaba el artículo 14, párrafo 1 de la Constitución que requiere igualdad ante la ley. Así, la Corte revocó la sentencia de muerte y sentenció a dos años y medio de prisión.

Sumiyoshi k.K. v. Japón.²⁰ En este caso la Corte consideró la constitucionalidad de una ley que regulaba la localización de las farmacias. El tribunal inferior denegó al demandante la patente necesaria para instalar su farmacia debido a que el lugar elegido no cumplía con las estrictas normas de la ley de farmacias. La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley de farmacias estimando que la ley no establecía regulaciones razonables para impedir la venta de remedios bajo los estándares permitidos y que las restricciones geográficas eran inconstitucionales frente a lo establecido por el artículo 22 de la Constitución que establece el derecho a desarrollar actividades comerciales y económicas.²¹

Kurokawa v. Comisión Chiba de Elecciones.²² En este caso, la Corte consideró la constitucionalidad de las normas de la Ley de Elección de Cargos públicos. La ley establecía diferente valor a los votos de los ciudadanos dependiendo del lugar de residencia de cada uno de ellos. La Corte estimó que la ley violaba el requerimiento constitucional que cada voto valiera lo mismo.

Hiraguchi v. Hiraguchi (Caso División de Terrenos Forestales).²³ La Corte evaluó la constitucionalidad del artículo 186 de la Ley Foerastal (Shinrin-Hō), que limitaba la posibilidad de tener propiedad privada sobre los bosques. En este caso, dos hermanos heredaron terrenos forestales de su padre, cada uno recibiendo la mitad de los terrenos. En un primer momento los hermanos administraron el terreno en forma conjunta, pero eventualmente surgieron conflictos y el hermano menor intentó vender su parte. El artículo 186 prohibía este tipo de venta en caso que el vendedor no tuviera más de la mitad del terreno en su conjunto. Por esta razón, el hermano menor demandó la inconstitucionalidad de la ley forestal de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución. La Corte estimó que las restricciones establecidas por el artículo 186 de la Ley Forestal eran inconstitucionales.

Caso Demanda por Daños.²⁴ En este caso la Corte analizó partes de los artículos 68 y 73 de la Ley de Servicios Postales, que exceptuaba o limitaba la responsabilidad extracontractual del Estado por correspondencia certificada. La Corte estimó que estos artículos violaban el derecho de los ciudadanos a exigir compensación garantizada por la constitución y por ello los declaró inconstitucionales.

²⁰ 29 MINSHŪ 572 (Sup. Ct., Apr. 30, 1975).

²¹ Artículo 22, párrafo 1 de la Constitución: toda persona tendrá la libertad de elegir su ocupación en la medida que ello no interfiera con el bienestar común.

²² 30 MINSHŪ 223 (Sup. Ct., Apr. 14, 1976).

²³ 41 MINSHŪ 408 (Sup. Ct., Apr. 22, 1987).

²⁴ 56 MINSHŪ 1439 (Sup. Ct., Sept. 11, 2002).

Kakunaga v. Sekiguchi.²⁵ En este caso los demandantes reclamaban la incapacidad del gobierno de implementar las normas de la Ley de Elección de Cargos públicos, denegando así la posibilidad de votar en las elecciones parlamentarias generales de 1996 a los ciudadanos japoneses que vivían en el extranjero. El artículo 1 de la Ley de Compensaciones por Responsabilidad del Estado establece que cuando un funcionario público en posición de ejercer autoridad pública ha causado daño a un ciudadano violando así sus obligaciones públicas hacia ese ciudadano, el Estado estará obligado a indemnizarlo para compensar tales daños. De esta forma, la Corte razonó que la omisión legislativa constituía una inconstitucionalidad.

Caso Ehime Tamagushi-ryo.²⁶ En este caso la Corte evaluó el reclamo de un contribuyente en contra de funcionarios públicos acusándolos de haber gastado fondos públicos en los santuarios de Yakusuni y Gokoku. La Corte estimó que las contribuciones a los santuarios efectuadas por el Gobernador de la Prefectura de Ehime eran inconstitucionales porque se habían usado fondos públicos de la prefectura para promover una religión en particular, violando así el artículo 89 de la Constitución.

Nakamura v. Japón.²⁷ Este caso se refiere a una acción de pérdida relacionada con un barco que era usado para operaciones de contrabando. El artículo 114 de la ley de Aduanas permitía la pérdida de la propiedad de un tercero cuando era usada como parte de una operación de contrabando, a pesar que el tercero no fuera parte en el procedimiento criminal. La ley permitía esta acción sin necesidad de notificar o informar al tercero ni permitirle hacerse parte en el juicio. La Corte estimó que la aplicación de esta norma era inconstitucional ya que violaba el derecho de propiedad del tercero y el derecho al debido proceso. El artículo 29, párrafo 1 de la Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable. El artículo 31 de la constitución establece que ninguna persona será privada de su vida o libertad, ni se le aplicará ninguna otra pena, salvo de acuerdo con procedimientos establecidos por ley.

La Corte Suprema japonesa ha sido extremadamente conservadora y prudente en la aplicación de su atribución para examinar la constitucionalidad de las leyes. Es posible observar algunos principios y tendencias en esta materia:

La disposición de la Corte siempre ha sido la de colaborar con el Poder Ejecutivo y ha aplicado así el principio de la deferencia en toda su extensión. Más aún, la racionalidad de la Corte nunca ha sido la de ejercer una especie de fiscalización sobre otro poder del Estado, sino que por el contrario, ha buscado siempre la colaboración y armonía entre las distintas ramas del poder.

La Corte ha hecho suyo el razonamiento del Ministro de la Corte Suprema de Estados Unidos, expresado en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*.²⁸ De esta

²⁵ 59 MINSHŪ 2087.

²⁶ Shiraishi (Ehime Tamagushi-ryo), 51 MINSHŪ 1673 (Sup. Ct., Apr. 2, 1997).

²⁷ 16 KEISHŪ 1593 (Sup. Ct., Nov. 28, 1962).

²⁸ "The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied

forma, la Corte siempre explora la posibilidad de que el caso se resuelva sin tener que acudir a la aplicación de la revisión judicial y esta se usará solo en aquellos casos en que otra alternativa no sea posible.

La Corte, sin embargo, sí ha hecho uso de la facultad de la revisión judicial y los ocho casos presentados brevemente demuestran que los temas tratados son de importancia y que en su conjunto configuran una doctrina de defensa y protección de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Japón.

Una de las razones observadas que explican la moderación de la Corte no responde a temas sustantivos e ideológicos, sino meramente procedimentales: el corto período en que los Presidentes de la Corte ejercen sus cargos. Es posible así imaginar que si tales periodos se alargaran, la Corte tendría una posición más agresiva hacia el uso de la facultad constitucional de la revisión judicial. De hecho así fue en la década del cincuenta, debido a que la presidencia del ministro Kotaro Tanaka duró virtualmente los diez años de la década.

Como ha señalado el profesor Itsuo Sonobe, si es posible observar una tendencia sería más bien hacia la exacerbación de la moderación y prudencia por parte de la Corte Suprema del Japón.²⁹ La pregunta entonces es si esta tendencia avanza hacia una mayor o hacia una menor protección de los derechos de los individuos consagrados en la Constitución del Japón.

5. Algunas ideas finales

En síntesis, ¿puede aportar a la reflexión y debate nacional conocer la experiencia Neerlandesa y Japonesa en materia de revisión judicial? Sí, puede. Hay varias materias que pueden servir a futuras reflexiones, debates e investigaciones:

Nederland no tiene un sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. ¿Ha generado esta carencia una mayor fragilidad de los ciudadanos en relación con la protección de los derechos que su ordenamiento nacional le ofrece? Si uno observa los diferentes índices existentes sobre libertad personal, libertad económica, posibilidades de desarrollo, etc., Nederland se encuentra entre los mejores del mundo y siempre por sobre los índices de Chile. ¿Es necesaria una reforma en Nederland? ¿Debiera crearse un Tribunal Constitucional, como por ejemplo el prestigioso tribunal constitucional de su vecina Alemania? ¿O debiera seguirse el ejemplo norteamericano entregando a la Corte Suprema esa función? ¿O debiera no innovarse y continuar la vía Neerlandesa su camino propio?

application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter." 297 U.S. 288, 346 (1936).

²⁹ Sonobe, 1994.

En los Países Bajos los tribunales tiene la obligación de revisar que las normas legales se encuentren en armonía con los derechos establecidos en tratados internacionales suscritos por el Reino. Esta es una situación muy alejada de lo que ocurre en Chile. ¿Qué ventajas y qué posibles desventajas tendría para Chile adoptar una doctrina como la señalada?

En Japón, la Corte Suprema ha usado la revisión de la constitucionalidad de las leyes en forma muy moderada y prudente, a pesar que la Constitución le entrega esa atribución con amplias facultades. ¿Ha generado esta extrema moderación una situación de indefensión de los ciudadanos respecto de los derechos consagrados en la Constitución? ¿Es necesaria la idea de confrontación y de balance de poderes, propia del derecho occidental, o tiene virtudes la aplicación de una filosofía distinta de colaboración y armonía como sucede en Japón? ¿Qué tendencia debería adoptar Chile en esta materia?

Sería adecuado y conveniente evaluar las ventajas y desventajas de que en Chile se hiciera una mayor aplicación del principio de la deferencia, pero en el sentido que se entiende en Japón de armonía de la sociedad toda en la búsqueda de fines compartidos y comunes.

6. Referencias

- ADAMS, Maurice y Gerhard VAN DER SCHYFF. "Constitutional Review by the Judiciary in The Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?" In *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. ZaöRV 66, 2006, 399-413.
- BEER W. LAWRENCE & HIROSHI ITO, eds. *Kakunawa v. Sekigushi. The Constitutional Case Law of Japan, 1970-1990*, University of Washington Press, Seattle, 1996.
- BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work. A Judge's View*. Alfred A. Knopf. New York, 2010.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl Fernando. *Separación de Poderes y la Revisión Judicial en el Derecho Norteamericano a través de su Jurisprudencia*. XL Jornadas de Derecho Público. Universidad de Valparaíso, octubre 2010.
- ELY, John H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- ELKINS, Zachary, Tom Ginsburg, y James Melton. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge University Press. Cambridge. 2009.
- GARAPON, Antoine y Ioannis Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura Jurídica francesa y Common law*. Legis Editores S.A. Bogotá, 2006.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Countries*. Cambridge University Press. Cambridge. 2003.

- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, New York, 2007.
- HULS, Nick, Maurice Adams, & Jacco Bomhoff. *The Legitimacy of Highest Court's Rulings*. T.M.C. Asser Press. Den Haag, 2009.
- KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, New York, 2004.
- MILHAUPT, Curtis J., J. Mark RAMSEYER, & Michael K. YOUNG. *Japanese law in Context: Readings in Society, the Economy & Politics*. Harvard University Asia Center, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- LASSER, Mitchel. *Judicial Deliberations: A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford University Press, New York, 2004.
- LEVIN, Ronald M. *Reform of Judicial Review in Japan: An American Perspective*. CDAMS, Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies. Kobe University, 2004.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *El Sistema Europeo Continental de Justicia Constitucional*. En Estudios Constitucionales. Volumen 3, N° 001, páginas 149-171.
- MERRYMAN, John Henry y Rogelio PEREZ-PERDOMO. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, Stanford, 2007.
- ROSE-ACKERMAN, Susan y Peter L. LINDSETH. *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar, Cheltenham. 2010.
- SATOH, Jun Ichi. *Judicial Review in Japan: an overview of the case law and an examination of trends in the Japanese Supreme Court's constitutional oversight*. Loyola of Los Angeles Law Review, 41, 603-27, 2008.
- SCHYFF, Gerhard van der. *Constitutional review by the judiciary in the Netherlands: A bridge too far?* German Law Journal, 11(2), 275-290, 2010.
- SCHYFF, Gerhard van der. *Judicial review of legislation: A comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa (Dissertation Leiden)*. Dordrecht | Heidelberg | London | New York: Springer, 2010.
- SHAPIRO, Martin. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. The University of Chicago Press. Chicago, 1981.
- SMITH, Patrick. *Japan: a Reinterpretation*. Vintage Books, Random House Inc. New York, 1998.
- SONOBE, Itsuo. *Human Rights and Constitutional Review in Japan*. In Beatty, D. M. *Human Rights and Judicial Review*. Martinus Nijhoff Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, 1994.
- SWEET, Alex S. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, New York, 2000.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press. Princeton, 2008.

TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. Michigan Law Review. Vol 101, N° 8, 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press. Princeton, 1999.

VAN DIJK, Pieter. *Constitutional Review in the Netherlands*. Venice Commission, The Council of Europe. 2008.