

La improbabilidad de la jurisdicción

Fernando Atria

A Juan Enrique Vega, comisario que se negó a cumplir un mandato injusto.

Introducción

Las instituciones hacen probable lo que es improbable

El Estado democrático de derecho es una forma de vida altamente improbable. La improbabilidad del Estado de derecho reside en la pretensión de organizar una forma de convivencia en que podemos vivir juntos sin opresión. Hay opresión cada vez que un ser humano es tratado como un medio y no como un fin en sí mismo. ¿Es posible que vivamos juntos sin que, para que podamos vivir juntos, debamos tratarnos como instrumentos? La idea misma de un Estado democrático de derecho supone la respuesta afirmativa a esta pregunta. Pero por supuesto, para responder afirmativamente a esta pregunta no basta desear que tal cosa sea posible. Aquello por cuya posibilidad se pregunta es un conjunto de instituciones, instituciones en las que se encarna la pretensión de vivir juntos sin opresión. Que esa idea se encarne en instituciones significa que se trata de instituciones cuya operación normal hace no solo posible, sino también probable, que nos relacionemos de modo no puramente instrumental unos con otros.

Para explicar el sentido en que las instituciones hacen probable lo que es improbable, puede ser útil comenzar considerando el caso de la institución del contrato. Ella hace probable la cooperación entre dos sujetos autointeresados, cooperación que sin la institución del contrato sería improbable porque se encuentra sujeta a lo que suele llamarse el dilema del prisionero (lo que la sociología conoce como el problema de la doble contingencia). La pregunta por la correcta organización institucional de la potestad jurisdiccional, entonces, supone una respuesta a la pregunta sobre qué es la jurisdicción (qué es lo que se espera de los jueces) que identifique la improbabilidad que su configuración institucional pretende salvar. Habiendo identificado esa improbabilidad, la pregunta será cómo una determinada configuración de esa potestad la neutraliza de mejor modo que otra. Este artículo pretende ofrecer algunas observaciones acerca de este problema.

Nótese cómo el argumento tiene dos pasos: el primero muestra que la vida sin opresión requiere de la distinción entre jurisdicción y legislación; el segundo reconoce que, aunque la distinción entre jurisdicción es necesaria, ella es improbable, e intenta identificar las causas de esa improbabilidad para neutralizarlas.

En este artículo no será posible desarrollar esta idea completamente. La primera pregunta no será analizada, y se explicará, de modo más bien dogmático,

las conclusiones de un argumento que no podrá ser desarrollado. Lo que nos ocupará será un aspecto especialmente importante de la segunda cuestión.

Respecto de la primera cuestión, lo que puede decirse aquí es lo siguiente: la jurisdicción es el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno. Aunque una caracterización de este tipo no es novedosa, es importante

(...) la jurisdicción es el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno.

notar las consecuencias que ella tiene, que son menos familiares. Las cuestiones más relevantes son dos.

En primer lugar, la jurisdicción es aplicación de la ley. En nuestras condiciones postmetafísicas, la determinación de qué es lo que a cada uno corresponde no puede descansar ni en la naturaleza, ni en la religión ni en la tradición. Por consiguiente, la única forma de fundar las normas conforme a las cuales podemos determinar qué es lo suyo de cada cual son las normas que hemos aceptado como nuestras.⁽¹⁾ Legislación es el nombre que reciben esas normas.⁽²⁾

En segundo lugar, la decisión jurisdiccional es una decisión que no tiene una finalidad ajena a dar a cada uno lo que conforme a la ley corresponde. El juez que decide el caso, teniendo a la vista una finalidad distinta a la de dar a cada uno lo que en derecho corresponde, usa a las partes como instrumentos. Nótese que la idea aquí no es que al hacerlo el juez estará persiguiendo finalidades que en sus términos son injustificadas. No se trata de que decidir el caso teniendo a la vista ciertas finalidades sea problemático, porque estas finalidades sean problemáticas (como el juez corrupto decide el caso de un modo determinado porque de ese modo podrá cobrar el soborno que le han ofrecido). Lo problemático no es el contenido de esas finalidades, sino el hecho de que sean finalidades ajenas a dar a cada uno lo suyo.

Ahora, que un caso sea enfrentado por un funcionario con la única finalidad de dar a cada uno lo que en derecho corresponda, y que no sea utilizado como medio para un fin, es estrictamente improbable. Lo probable es que el funcionario que detenta la potestad de decidir el caso use esa potestad para avanzar alguna finalidad, ya loable, ya injustificada. Es esta

(1) Para una discusión de esta idea, véase Atria, “El derecho y la contingencia de lo político”.

(2) Esta comprensión de la función judicial y de su sujeción a la ley no implica que el juez debe ser comprendido como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Para explicar en qué difiere el juez del aplicador mecánico de normas, véase Atria, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”.

improbabilidad la que la organización de la judicatura en un Estado de derecho debe neutralizar. Toda la institución judicial puede ser entendida como la manera en que se configuran las circunstancias en las cuales un funcionario (al que llamamos, entonces, “juez”) llega a conocer y juzgar un caso de modo que en esas condiciones sea probable que el funcionario decida como juez, es decir, sin otra finalidad que la de dar a cada uno lo que conforme a la ley corresponde.

Hoy, sin embargo, el problema de la organización judicial es entendido desde una perspectiva radicalmente distinta, que en este artículo, por las razones que se exponen más abajo, se denominará “comisarial”. Una comprensión comisarial de la jurisdicción es incompatible con el Estado de derecho porque la hace improbable, lo que quiere decir: hace improbable que cuando el juez llegue a conocer un caso pueda decirlo teniendo a la vista solo la finalidad de dar a cada uno lo suyo.

Una comprensión comisarial de la jurisdicción es incompatible con el Estado de derecho porque la hace improbable.

La figura institucional del comisario

En su comentario a la constitución de 1833, Manuel Carrasco Albano se preguntaba por qué la organización del poder judicial era tan marcadamente diversa a la de los otros poderes del Estado:

Nótese bien la diferencia que (la Constitución) establece entre el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. En los dos primeros, el Supremo Jefe, el Presidente o las cámaras según los casos, representan por sí solos los poderes respectivos, son los árbitros de nombrar sus agentes y auxiliares, con independencia de todo otro poder, y ejercen una dirección activa y absoluta sobre sus funcionarios. El Poder Judicial no es organizado así por nuestra Constitución. Hemos visto antes que todos los empleados del orden judicial, cualquiera que sea su jerarquía, traen su origen, su nombramiento del Ejecutivo lo que desde luego consigna la dependencia e inferioridad del Poder Judicial. (Según este artículo) habrá un Supremo Jefe en lo judicial; pero ese jefe no será más que un Superintendente, no ejercerá sino atribuciones disciplinarias, correccionales sobre los demás representantes de ese poder.

Lo que Carrasco Albano echa de menos en el Poder Judicial, y que caracteriza especialmente al Poder Ejecutivo, es la organización estructurada

sobre la lógica del mandato, es decir, la que se construye sobre la base de la relación mandante/mandatario. Como se sabe, el mandato es un contrato por el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (art. 2116 CC). El mandatario o comisario recibe, junto con su mandato, “el poder de efectuar los actos de administración” necesarios para llevar a buen término su comisión (art. 2132 CC); y, en caso de ser necesario, debe “tomar el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga” a su comisión (art. 2150 CC).

Es interesante observar algunas de las características de una organización estructurada sobre la lógica del mandato. Primero es necesario identificar

Es interesante observar algunas de las características de una organización estructurada sobre la lógica del mandato.

al mandante, es decir, a aquel a cuenta de quién la organización actúa, que en el caso del Poder Ejecutivo es el Presidente de la República: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República,

quien es el jefe del Estado” (art. 24 Constitución Política (C. Pol.)). La implicación inmediata de esto es que todos los demás funcionarios de la administración centralizada actúan a cuenta del Presidente.

Por supuesto, de lo anterior no se sigue (al menos no necesariamente) que la organización del Poder Ejecutivo sea despótica. En primer lugar, el Presidente de la República es a su vez un mandatario del soberano, el pueblo (art. 5° C. Pol). Como mandatario del pueblo, el Presidente de la República tiene el deber de gobernar y administrar el Estado por cuenta del pueblo (el pueblo es a su vez mandatario de la nación). El contenido del mandato que el pueblo le ha dado al Presidente está especificado en el artículo 3° de la ley 18575, de bases generales de la Administración del Estado, conforme a la cual su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

Lo que salta a la vista aquí es que la finalidad que debe perseguir el Presidente de la República, en tanto jefe del Estado, es caracterizable con anterioridad a la ley. La ley al Presidente se le aparece no como su finalidad, sino

como un instrumento a través del cual el Presidente puede cumplir su mandato (nótese que conforme al artículo 3 es solo uno de los medios, junto a otros).

Los funcionarios del Poder Ejecutivo son, como está dicho, comisarios del Presidente (la comisión es el nombre que toma el mandato cuando es especial). La consecuencia más relevante de esto, para nuestros efectos, es que esos funcionarios no pueden pretender ni tener independencia respecto de su mandante. Por eso están “afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado”, y tienen el deber de “obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico” (art. 61.f L. 18834, de estatuto administrativo; véase también art. 7 L. 18575). De hecho, tienen incluso el deber de “realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico” (art. 61.d L. 18834). Como contrapartida de esto, están sujetos a control no solo de que estén persiguiendo los fines institucionales (es decir, que no haya corrupción), ni de que lo estén haciendo a través de medios ilícitos (es decir, que no haya ilegalidad), sino de que lo estén haciendo de modo eficiente y oportuno (art. 64.a L. 18834; art. 11 L. 18575). La ulterior consecuencia de esto es que tratándose de la administración del Estado la avocación, es decir, la decisión del superior de arrogarse el conocimiento y decisión del asunto que el inferior está decidiendo, no solo no es problemática, sino que es obviamente procedente.

Los funcionarios del Poder Ejecutivo son, como está dicho, comisarios del Presidente (la comisión es el nombre que toma el mandato cuando es especial).

Ahora, si la finalidad que el Presidente de la República debe perseguir es caracterizable con prescindencia de la ley, ¿qué rol cumple a su respecto la ley? La respuesta la da la regla del artículo 3 ya citada: fija los medios para alcanzar esa finalidad. La manera más evidente, aunque no la única, es que limita los medios posibles. La ley, al Presidente de la República, se le aparece no como constitutiva sino como regulativa; no lo constituye sino lo limita.

La organización no comisarial de la jurisdicción

Basta dar una mirada somera a las disposiciones del título I del Código Orgánico de Tribunales para notar, como lo hizo Carrasco Albano, la radical diferencia entre una organización comisarial y la del poder judicial. Lo primero que debe ser notado es que la ley no atribuye al poder judicial una finalidad. El equivalente al artículo 3 de la ley 18575 es el artículo 1 del Código, que especifica la función de los tribunales indicando la facultad que los define. La facultad de

conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

En virtud de esta regla, el único modo en que puede caracterizarse la finalidad de la organización de los tribunales de la República es por referencia a su función: su finalidad es cumplir adecuadamente su función.

(...) el único modo en que puede caracterizarse la finalidad de la organización de los tribunales de la república es por referencia a su función.

Nótese, por otro lado, que tanto la regla del artículo 1 del Código Orgánico como la regla sustantivamente equivalente del artículo 76 de la Constitución hacen referencia no al órgano superior de la respectiva organización, a la manera del artículo 24, sino a todos los tribunales. Los jueces no son, a la manera de los funcionarios de la administración del Estado, comisarios de alguien, y por eso lo que más arriba era la conclusión inmediata del hecho de que esos funcionarios sí lo fueran, no puede sostenerse tratándose de los jueces. Los jueces no pueden recibir órdenes de sus superiores y la avocación está expresamente prohibida: “ningún tribunal puede avocarse al conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esa facultad” (art. 8 COT). Por último (la enumeración no pretende ser exhaustiva), los tribunales, por regla general, no pueden decidir ni cuáles son las materias sobre las que han de pronunciarse (art. 7 COT), ni sobre la oportunidad en la que habrán de pronunciarse (art. 10 inc. 1 COT), ni sobre el hecho mismo de si han de pronunciarse o no sobre un asunto (art. 10 inc. 2 COT). En breve: carecen radicalmente de control sobre lo que podría denominarse su agenda o programa, lo que quiere decir: no tienen agenda o programa.

La comparación entre la estructura comisarial del poder ejecutivo y la del poder judicial muestra el modo radicalmente distinto de legitimación de las decisiones de los funcionarios de la administración pública y de los jueces. La relación comitente/comisario es, por así llamarla, una relación que preserva la legitimación: si el comitente tiene legitimidad por ese solo hecho el comisario tiene legitimidad. La legitimidad democrática del Presidente de la República se transmite a los miembros de la administración por el hecho de que éstos son comisarios de aquel. Solo porque los comisarios son dependientes del comitente puede decirse que entre ellos se obtiene esta relación de preservación de la legitimidad. Cuando el comisario decide,

está decidiendo “por cuenta y riesgo” (en el sentido del art. 2116 CC) del Presidente de la República, y por eso no necesita más legitimidad que la que le otorga el hecho de estar desempeñando en forma regular su mandato y tener institucionalmente la condición de comisario, es decir, haber sido legalmente investido (art. 7 C. Pol.). Las características de la posición del comisario que hemos observado se siguen de la necesidad de mantener las condiciones para que la legitimidad sea en el sentido especificado transmisible: el comisario no tiene finalidades propias (sus finalidades son las del mandante, y lo que él tiene es un espacio para decidir sobre los medios adecuados), su acción no libera de responsabilidad a su mandante y su mandante, en todo caso, puede avocarse al problema que el comisario está decidiendo si la decisión del comisario no es, a juicio del comitente, adecuada.

La posición del juez es radicalmente distinta, como hemos visto. El criterio de legitimación es en este caso diverso. La legitimidad de la decisión del juez de letras no está dada porque él sea un comisario de la Corte Suprema, que a su vez tiene la legitimidad que le da el modo de nombramiento de sus miembros. Si así fuera, sería incomprensible que la Corte no ocupe, respecto de los jueces, la posición que los superiores jerárquicos ocupan respecto de los funcionarios públicos. La legitimidad del juez está dada por el hecho de que decide con sujeción a la ley. Es precisamente en la medida en que el juez decide con sujeción a la ley que puede reclamar la independencia que es esencialmente incompatible con la naturaleza misma de la relación comisarial. Independencia judicial y sujeción a la ley no alcanzan a ser dos caras de la misma moneda; son la misma idea expresada de modos distintos.

Independencia judicial y sujeción a la ley no alcanzan a ser dos caras de la misma moneda; son la misma idea expresada de modos distintos.

Ahora, entonces, que hemos observado con cierto detalle la notoria diferencia en la organización y los modos de legitimación de las decisiones de los tribunales y de la administración pública, estamos en una posición adecuada para responder la pregunta de Carrasco Albano: ¿qué justifica esta diferencia?

Hay una manera de responder que hace a la respuesta evidente. De hecho, tan evidente que nos impide ver la cuestión principal. Si el mandante de los “jueces” (comisarios) fuera el Presidente de la República o el Congreso, entonces podría pensarse que la decisión de casos particulares estará guiada por

móviles “políticos”. La cuestión como la plantea Carrasco Albano nos muestra que el problema no es (o no es solo) este, sino uno más importante. ¿Por qué no entender a los jueces como comisarios de la Corte Suprema?

¿Por qué no entender a los jueces como comisarios de la Corte Suprema?

La respuesta está en el siguiente pasaje de “El Espíritu de las Leyes”:

“El 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 solo 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⁾

Este pasaje resiste dos interpretaciones. La más común, apoyada en la última frase, es que como el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley mientras la boca pronuncie las palabras que debe pronunciar, resulta indiferente de quién es la boca, y por eso la persona del magistrado es invisible. Pero la segunda oración de esta afirmación (“el poder de juzgar se hace invisible y nulo”) no se refiere a la invisibilidad del magistrado sino a la invisibilidad del poder de juzgar, y es esta idea la que quiero considerar a la luz de las argumentaciones anteriores. Nótese además que la tesis central de este pasaje no es la indicada en la primera frase (que no debe darse el poder judicial a un Senado permanente) sino en la segunda (que el poder de juzgar es invisible y nulo). Montesquieu creyó que la forma de asegurar la inexistencia e invisibilidad del poder de juzgar era nombrar jueces temporales. En esto no fue seguido ni siquiera por los revolucionarios franceses. El hecho de que la forma precisa en que Montesquieu quería asegurar lo que era importante no fue aceptada no quiere decir que esa finalidad no fuera aceptada. Al contrario, es posible entender nuestro sistema institucional como un esfuerzo de hacer del poder de juzgar un poder invisible y nulo.

Es importante especificar el sentido en el que el poder judicial es un poder nulo. Montesquieu supone esta especificación, aunque no la desarrolla: “de los tres poderes de que hemos hablado el de juzgar es, en cierto modo, nulo”⁽⁴⁾ ¿Por qué solo “en cierto modo”?

(3) Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, libro 11 cap. 6, p. 108.

(4) Ibid, libro 11 cap. 6, p. 110, cursivas agregadas.

Desde luego no es la autoridad del juez para decidir un caso particular la que ha de ser invisible y nula. Para las partes el poder del juez es claramente visible (y no se ve cómo podría dejar de serlo, o cómo podría pensarse que es bueno que deje de serlo). El “cierto modo” en que ese poder era invisible es el del artículo 3 del Código Civil: la tesis debe ser que, más allá de la visibilidad propia respecto de las sentencias en las causas en que actualmente se pronunciaren, el poder de juzgar es invisible y nulo.

Y la razón es que, si bien el Estado de derecho simplemente es imposible sin jueces, es incompatible con la idea de que existe un *Poder Judicial*.

La observación de que el *Poder Judicial* no existe no implica que no haya jueces ni que ellos no tengan autoridad: solo implica que ellos no tienen esa autoridad en tanto funcionarios de una organización. Cada vez que hablamos propiamente del poder judicial estamos usando una abreviación para referirnos a todos los jueces. Cada vez que hablamos del *Poder Judicial* como un órgano del Estado estamos incurriendo en una impropiedad del lenguaje o una sub-versión de las instituciones. El poder judicial en tanto tal carece de unidad de agencia, no es un agente colectivo (por eso debe en su sentido propio escribirse con minúsculas, y por eso he estado usando las mayúsculas en cursivas cuando me refiero al poder judicial en el sentido impropio, como “Poder” del Estado).⁽⁵⁾

Cada vez que hablamos del *Poder Judicial* como un órgano del Estado estamos incurriendo en una impropiedad del lenguaje.

Compárese ahora la situación con el poder legislativo: no es posible decir que “poder legislativo” sea una abreviación para hacer referencia a los miembros de las cámaras, porque cada miembro de una cámara no tiene autoridad en la forma en que la tiene el juez. La expresión “poder legislativo” indica a un tipo especial de agente colectivo, es decir, una pluralidad de individuos que es entendido por el sistema jurídico como un agente. Es el poder legislativo, y no la mayoría de ambas cámaras, el que aprueba una ley. Toda la autoridad que tiene un diputado o senador la tiene en virtud de que contribuye a formar la voluntad de un agente colectivo.

(5) Por supuesto, en el sentido correcto “poder judicial” es la potestad que usa el juez para decidir el caso. En este sentido, desde luego, decir que el poder judicial no existe, o es nulo, es absurdo. Pero en el uso normal se usa la expresión “poder judicial” para referirse a la organización de los tribunales, y es en este sentido que la expresión es usada en el texto: como un poder del Estado encabezado por la Corte Suprema, el *Poder Judicial* no existe. Si se usa para referirse a los tribunales, como está dicho, “poder judicial” solo puede entenderse como una abreviatura: “todos los jueces”.

La situación del poder judicial desde este punto de vista es radicalmente distinta. No es el poder judicial el que decide un caso o dicta una resolución, es el tribunal respectivo. El poder judicial no actúa, no aparece. Solo aparece el tribunal. Como un *Poder del Estado* que actúa en tanto tal, uno que ha de escribirse con mayúsculas, el poder judicial no existe. La idea de un poder judicial con agencia y autopercepción de agencia colectiva es diametralmente opuesta al estado de derecho, porque solo cuando el poder judicial es en este sentido nulo es probable que quienes deben solucionar litigios lo hagan como jueces y no de otro modo.

La encarnación institucional de la jurisdicción

La jurisdicción es el poder de aplicar la ley, aplicarla en un sentido más comprensivo que la idea peyorativa asociada con la “mera” aplicación “mecánica” de la ley. El sentido en que aquí se usa “aplicar la ley” supone atender al caso para hacer una aplicación adecuada de la ley. Pero la adecuación de la aplicación de la ley al caso particular solo puede apreciarse atendiendo

Todo lo que haga probable que el juez comience a mirar los casos instrumentalmente es contraindicado.

a ese caso.⁽⁶⁾ Por lo tanto lo que la organización del poder judicial (en el sentido propio, como una abreviatura: la organización del conjunto de jueces) debe lograr es maximizar la capacidad

del juez para atender al caso. Pero ¿qué características institucionales afectan la capacidad del juez para atender al caso? La respuesta genérica es: impide al juez atender al caso cualquier consideración instrumental del caso que el juez desarrolle. Atender al caso es intentar comprenderlo en sus propios términos, no como un instrumento para algo. Todo lo que haga probable que el juez comience a mirar los casos instrumentalmente es contraindicado. Y como para tener instrumentos es necesario tener finalidades, la primera finalidad de la organización de los tribunales es impedir que ellos desarrollen finalidades propias.

Recuérdese que si la administración del Estado tenía una finalidad (art. 3 L 18575) la administración de justicia tenía una función o una facultad (art. 1 COT). Si nos viéramos obligados a especificar la finalidad del poder

(6) Véase Atria, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo” para la explicación de esta idea, por referencia a la distinción de Savigny entre “ley incompleta” y “ley de expresión impropia”.

judicial tendríamos que decir: su finalidad es la finalidad de resolver casos aplicando adecuadamente la ley; su finalidad es ejercer de modo adecuado su facultad.

Pero desde luego, del hecho de que la ley no le asigne expresamente una finalidad no se sigue que cuando el juez deba conocer del caso no lo hará teniendo alguna finalidad. Uno puede imaginar finalidades obvias de dos tipos que la ley puede de modo relativamente fácil eliminar. La primera son finalidades privadas, y se solucionan haciendo el estatuto del juez inmune al contenido de sus decisiones. Es evidente que si el juez cree que su permanencia en el cargo o su salario o sus condiciones de trabajo o su progreso en la carrera judicial será afectado por el modo en que decida eso aumenta la probabilidad de que cuando tenga que pronunciarse sobre el caso lo hará no teniendo en vista qué es lo que a las partes en derecho corresponde, sino qué es lo que puede decidir para mantener su cargo o sus posibilidades de ascenso, entre otros. Aquí hay dos problemas agudos en el sistema jurídico chileno, que hacen improbable que los casos sean decididos en sus propios términos y de modo no instrumental. El primero es el uso que la Corte Suprema ha hecho de su superintendencia disciplinaria (que a su vez es inevitable si la tiene), porque lo que ha transmitido al resto de los jueces es que ellos no tienen inamovilidad respecto de la Corte. Si no tienen inamovilidad respecto de la Corte, es improbable que no tiendan a comprenderse como comisarios de la Corte.

Aquí hay dos problemas agudos en el sistema jurídico chileno, que hacen improbable que los casos sean decididos en sus propios términos.

El segundo problema es la carrera judicial. Aquí basta citar lo que en su momento sostenía Calamandrei:

“Se puede concluir que aun cuando la magistratura sea liberada de toda injerencia gubernativa, no se podrá evitar que en el interior de este orden independiente de cualquier otro poder, la independencia de cada magistrado pueda ser igualmente amenazada por el humano deseo de no enemistarse con los que pueden disponer de ‘su carrera’ (...). En realidad, para garantizar la independencia del magistrado y salvarlo del conformismo, el remedio ideal, al cual se aproxima el sistema inglés, consiste en la abolición de los ascensos y el reconocimiento a todos los cargos judiciales, de cualquier grado, la misma dignidad y la misma remuneración, de manera que el magistrado, una vez nombrado en un cargo judicial con base en títulos técnicos, pudiese permanecer

en él para todo la vida libre del conformismo, hijo bastardo procreado por el matrimonio del temor con la esperanza”.⁽⁷⁾

Pero todo lo anterior no explica todavía el problema de que los jueces se entiendan a sí mismos como comisarios de la Corte Suprema. La razón es que

(...) la función de cada juez es desempeñar adecuadamente su comisión para obtener la finalidad de su mandante.

si el juez es comisario de la Corte Suprema debe entenderse que, como todo comisario, su función es en principio independiente de la ley: la función de cada juez es desempeñar adecuadamente

te su comisión para obtener la finalidad de su mandante. Pero esto a su vez quiere decir que el poder judicial es una organización que tiene finalidades globales, y eso implica inmediatamente que el caso que el juez debe resolver puede ser un instrumento para alcanzar esas finalidades.

En efecto, si existe un agente que se concibe a sí mismo como cumpliendo una función con ocasión de la cual debe actuar en un caso, es prácticamente inevitable que ese agente se pregunte cómo su acción en ese caso promoverá o perjudicará la posibilidad de seguir actuando en el futuro. No se trata de que la finalidad, aspiración o iniciativa para la cual el caso es una oportunidad sea reprochable: a veces lo será y otras veces no lo será. El problema no es la naturaleza reprochable o no de la finalidad, el problema es que cuando hay una finalidad para la cual el caso es concebido como un instrumento, el juez pierde o se encuentra expuesto a perder la capacidad de atender a él en sus propios términos.

De nuevo, nótese la diferencia en este aspecto entre el Poder Legislativo y el judicial: el Poder Legislativo puede atender a un problema en términos instrumentales: puede creer, por ejemplo, que si resulta demasiado costoso o inconveniente requerir el pago de todos los impuestos debidos por una clase de personas se justifica una remisión parcial de las deudas tributarias, a condición de que los deudores paguen una parte de lo debido. No hay nada en principio reprochable en que el legislador imponga a unas personas, o en ciertas circunstancias, cargas que se justifican por los beneficios obtenidos por otros, o en otras circunstancias (por supuesto, puede haber algo objetable en una situación particular de ejercicio de esta facultad legislativa, pero la objeción no será a la facultad misma sino a su ejercicio en una o varias oportunidades). Pese a esto, y precisamente en la medida en que toma en cuenta los intereses de los afectados, no puede decirse que el

(7) Calamandrei, Proceso y Democracia, p. 102.

legislador trate a los individuos como medios: los instrumentos carecen de intereses. Son tratados como medios aquellos cuyos intereses no son considerados, y por eso la distinción entre legislación y jurisdicción: el juez aplica la ley a aquellos cuyos intereses fueron considerados, y adecua su aplicación a los casos que no lo fueron.

Esta es, entonces, la razón por la que en un Estado de derecho el poder judicial debe ser inexistente: en la medida en que el poder judicial se concibe a sí mismo como un agente colectivo, con intereses y demandas propias, la presión por entender el caso no en sus propios términos sino como una oportunidad para avanzar sus intereses colectivos puede ser irresistible. Si “el Poder Judicial (...) ha estado y está clamando por (...) reformas, que no deben seguir esperando”,⁽⁸⁾ entonces el juez no podrá atender en sus propios términos al caso cuando crea que la posibilidad de que el clamor del poder judicial sea escuchado dependerá de cómo decida.

Esta es, entonces, la razón por la que en un Estado de derecho el poder judicial debe ser inexistente.

La comprensión comisarial de la jurisdicción

La configuración actual del poder judicial, y en particular la autocomprensión que de su función ha desarrollado la Corte Suprema, como “cabeza” del poder judicial, ha hecho en la práctica irresistible la idea de que los jueces son comisarios de la Corte Suprema. Y de este hemos tenido confirmación una y otra vez. Cuando la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en una decisión para la cual era claramente incompetente, acogió a tramitación un recurso de protección en contra de los diputados que habían votado en contra de un proyecto de ley sobre votación de ciudadanos residentes en el extranjero, la reacción de la Cámara de Diputados, a través de su presidencia, fue solicitar una entrevista con el Presidente de la Corte Suprema para que este dirimiera el conflicto entre la corte de apelaciones y la Cámara.⁽⁹⁾ En los mismos días, algunas decisiones

(8) Ministro M Garrido M, Presidente de la Corte Suprema, en su discurso de inauguración del año judicial, 1 de marzo de 2002.

(9) “Diputados piden que la Suprema dirima pugna entre Cámara y Corte de Valparaíso”, El Mercurio, 2 de julio de 2007. De acuerdo a este reportaje, “las bancadas de diputados de Renovación Nacional y de la UDI, donde milita casi el total de los 44 recurridos, anunciaron que mañana irán a la Corte Suprema para entrevistarse con su presidente, Enrique Tapia, para exponerle su preocupación por el conflicto de poderes y solicitar que aclare la situación”; por su parte, el diputado Juan Bustos afirmó que “la Corte Suprema debe intervenir y dar una instrucción al respecto, ‘porque una Corte no tiene atribuciones para calificar lo que decide el parlamento’”. La pretensión de que la Corte Suprema “aclare la situación”, o que “dé instrucciones al respecto” es claramente la pretensión de ejercer un recurso jerárquico. Esto es razonable en la administración, pero completamente impertinente tratándose del poder judicial. La pretensión es directamente contraria a lo dispuesto en el art. 8 del código Orgánico.

judiciales sobre (improcedencia de la) prisión preventiva fueron consideradas inadecuadas por el Gobierno. Como reacción ante estas decisiones de jueces de garantía, el Ministro del Interior en persona se reunió con el Presidente de la Corte Suprema para entregarle antecedentes sobre casos que a su juicio estaban mal decididos.⁽¹⁰⁾ Justificando su decisión de reunirse con el Presidente de la

(...) los diputados y el Poder Ejecutivo entienden la organización de la jurisdicción como una organización comisarial.

Corte Suprema, el Ministro del Interior fue notablemente cándido: planeaba reunirse con él “porque tengo, como ministro del Interior y responsable de la seguridad, interés de conversar estos temas con él”, ya que el ministro Tapia, como Presidente de la Corte, “es el jefe del Poder Judicial”.⁽¹¹⁾ Ambos casos manifiestan una radical incomprensión de la independencia judicial, porque muestran que los diputados y el Poder Ejecutivo entienden la organización de la jurisdicción como una organización comisarial. Y si el Presidente de la República y el Congreso tienen esta comprensión de la jurisdicción, es difícil evitar que los propios jueces la desarrollen: refiriéndose al “sobre” con antecedentes entregado por el Ministro del Interior, el propio Presidente de la Corte Suprema aclaró: “son para estudiar una posibilidad de tener una norma general que impartir por parte de la Corte”.⁽¹²⁾

En ambos casos la pretensión es la de que el poder judicial está organizado comisarialmente, como el Poder Ejecutivo: cuando la decisión de un funcionario inferior es inadecuada la solución es hacer presente al funcionario superior esa inadecuación solo es comprensible bajo el supuesto de que el funcionario inferior es un comisario del funcionario superior, como hemos visto que ocurre

(10) “Interior lleva libertades polémicas a la Suprema”, El Mercurio, 6 de julio de 2007; “Suprema revisará polémicos casos que entregó Velasco”, El Mercurio, 11 de julio de 2007.

(11) “Gobierno expondrá a Poder Judicial ‘preocupación’ por ‘fallos complejos’”, en El Mostrador, 5 de Julio de 2007 (destacado agregado). “Jefe” es, por supuesto, una expresión que supone una estructura comisarial: “A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne” (art. 31 inc. 2° L 18575, de bases generales de la administración del Estado). El jefe, como ya hemos visto, ejerce sobre los funcionarios de su dependencia “un control jerárquico permanente”, que se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones” (art. 11).

(12) “Suprema revisará polémicos casos que entregó Velasco”, cit. supra, n. 10. El ministro Tapia, desde luego, agregó a continuación: “que no puede ser en relación con el criterio de los jueces (...), porque cada uno es responsable” (ibid.). Aunque debe tenerse presente el hecho de que puede tratarse de un error en la transcripción, el ministro desde luego debió haber dicho “porque cada uno es independiente” (art. 12 COT), porque es precisamente como salvaguardia de la independencia judicial que los jueces son, en general, irresponsables por sus decisiones (art. 13 COT).

en la administración: es evidente que si la Cámara de Diputados quisiera hacer presente la inconveniencia de una decisión de un secretario regional ministerial puede hacerlo ante el ministro respectivo o incluso ante el Presidente de la República, porque ya sabemos que los primeros son solo agentes del segundo. Pero tratándose del poder judicial la pretensión es radicalmente impropia. Y nótese las razones por la que la pretensión es impropia. Si el poder judicial esta clamando por reformas sobre las que debe decidir la Cámara de Diputados, y las decisiones del poder judicial pueden ser convenientes o inconvenientes para la Cámara, la conclusión cae por su propio peso.

En la comprensión comisarial, la independencia judicial desaparece. El juez ya no es independiente, del mismo modo que no es independiente el secretario regional ministerial o el ministro o el jefe de servicio. Ahora sus decisiones son decisiones que se toman “por cuenta y riesgo de su superior”, quien entonces puede impartir instrucciones y revisar no solo el mérito de las decisiones sino también su oportunidad. La jurisdicción deja de ser el poder de resolver el caso sin ninguna consideración instrumental, y pasa a ser la resolución del caso de la manera que avance de mejor manera las finalidades del Poder Judicial. La finalidad del poder judicial puede incluso ser entendida como maximizar su capacidad para conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado. El problema no es con el contenido de la finalidad, sino con el hecho de que el caso se decida teniendo presente una finalidad que no sea decidir el caso dando a cada uno lo suyo. La comprensión comisarial de la jurisdicción es radicalmente incompatible con la independencia judicial, y de ese modo hace improbable la jurisdicción, es decir: hace improbable que los individuos afectados sean tratados como fines, y no como medios.

En la comprensión comisarial, la independencia judicial desaparece. El juez ya no es independiente.

Pero no solo desde los poderes ejecutivo y legislativo puede apreciarse esta incompreensión de la función que corresponde a la jurisdicción. Mucho más ominosamente, también entre los propios juristas se escuchan opiniones en este sentido. Ilustrativas son algunas opiniones defendidas particularmente en el contexto de las periódicas discusiones sobre la función que cumplen los jueces de garantía respecto del control de la legalidad de las medidas cautelares personales (especialmente la detención por flagrancia y la prisión preventiva) en el nuevo proceso penal.

Ocasionalmente los medios de comunicación dan cuenta del hecho de que una detención policial es declarada ilegal o una petición fiscal de prisión preventiva es rechazada. No nos interesa aquí, desde luego, repetir los previsibles argumentos que suelen oírse en estas controversias, también habituales. Lo que nos interesa es el modo en que esta discusión ilustra sobre la función judicial.

La decisión sobre la legalidad de una detención o la procedencia de la prisión preventiva es quizás la decisión más improbablemente jurisdiccional de todas: la presión porque el juez que debe decidir deje de ser un juez y asuma alguna finalidad ajena a dar a cada uno lo suyo en estos casos puede ser extraordinariamente fuerte. Algunos pretenden que debemos “exigirles (a los tribunales de justicia) que sumen su esfuerzo a la lucha contra la delincuencia”, como ha dicho el decano de una facultad de derecho.⁽¹³⁾ Esto es exigirles que dejen de ser jueces: que lo que los debe ocupar no es la determinación de qué es lo que corresponde en derecho al detenido o imputado, sino cómo realizar una contribución más efectiva a la “lucha contra la delincuencia”.

Es evidente que, en algún sentido, los jueces de garantía cumplen una función en esa “lucha”, del mismo modo en que puede decirse que los tribunales civiles cumplen una función central para la subsistencia y el desarrollo del mercado. Pero esa función la cumplen por la vía de decidir con sujeción a la ley. Lo que es incompatible con el Estado de derecho de la exigencia del decano Rodríguez es que los jueces actúen guiados por el afán de sumarse a una lucha que exige de ellos algo que no es simplemente dar cada uno lo suyo.

Pero no solo abogados como el decano Rodríguez creen que es pertinente exigir a los jueces de garantía que dejen de ser jueces. La exigencia ha sido planteada también por profesores como Cristián Riego, director de la comisión redactora del nuevo Código Procesal Penal:

“Me parece que es necesario reconocer que uno de los valores del sistema está en la protección de su propia legitimidad. Cuando el juez de garantía resuelve y toma sus decisiones fundamentales, una de las cuestiones que debería plantearse es cómo proteger su propia legitimidad”.⁽¹⁴⁾

¿Qué sentido puede tener la exigencia de que los jueces de garantía tomen en consideración la protección de su propia legitimidad? La respuesta parece

(13) Rodríguez, “Justicia y prevención del delito”, en *El Mercurio*, 29 de julio de 2007.

(14) Paz Ciudadana, Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal, p. 12. Riego defendió la misma idea en “Jueces de garantía y legitimidad del sistema” en *El Mercurio*, 17 de julio de 2007.

obvia: que al decidir lo hagan teniendo presente no solo lo que corresponde en derecho al imputado, sino también cuál es la decisión que contribuye a proteger la legitimidad del sistema.⁽¹⁵⁾ Lo que Riego pide, entonces, es que en algunos casos los jueces decidan no por referencia a lo que conforme a la ley corresponde, sino a lo que (ellos entienden que) la legitimidad del sistema requiere. En otras palabras, que usen los casos que deben decidir como medios de autolegitimación.

¿Es razonable esta pretensión? ¿Es correcta la idea de Rodríguez y de Riego de que en las circunstancias actuales no hay espacio para decisiones propiamente judiciales en (algunas) materias criminales? Aquí es necesario destacar solo un punto. El Estado de derecho supone, como hemos estado discutiendo, una más o menos compleja red de instituciones y modos de decisión y de legitimación que al menos tienen la aspiración de hacer posible la vida en comunidad sin opresión. Esta red interrelacionada de instituciones y prácticas no siempre es inmediatamente transparente, porque a veces requiere de modos que a primera vista parecen ser irracionales. Para decirlo con las palabras de Max Weber, “un ‘lego’ nunca podrá entender que, de acuerdo a la vieja definición del delito de robo, no pueda existir un ‘robo’ de energía eléctrica”.⁽¹⁶⁾

Esta red interrelacionada de instituciones y prácticas no siempre es inmediatamente transparente, porque a veces requiere de modos que a primera vista parecen ser irracionales.

Los que forman parte de lo que en algún momento se denominó la “cultura jurídica interna”,⁽¹⁷⁾ es decir, quienes participan de modo profesional en la práctica jurídica como jueces, abogado y (especialmente) juristas, tienen entonces una función mediadora que, aunque parezca aristocrático, puede ser propiamente denominada “pedagógica”: que el robo de electricidad (en las condiciones del derecho positivo de la Alemania de principios del siglo XX) haya sido impune puede parecer absurdo para el que solo ve que quien roba un

(15) Nótese que en el sentido de Riego la legitimidad del sistema se mide de una manera notoriamente tosca, por referencia a encuestas inducidas por reportajes en medios de comunicación. De hecho, el propio Riego concede en el mismo texto citado arriba que la cuestión “no tiene que ver (...) con impactos cuantitativos, ni siquiera con un impacto real en la criminalidad” (en Seguridad Ciudadana, cit, p. 10).

(16) Weber, Economía y Sociedad, p. 885; véase adicionalmente Kelsen, Teoría Pura del Derecho (1960), p. 255.

(17) Véase Squella, “La Cultura Jurídica Chilena”.

bien comercialmente valioso como la electricidad resulta impune por un “tecnicismo”. Corresponde a los abogados y a los juristas explicar al ciudadano que esa conclusión, por absurda que en el caso parezca, es consecuencia de un principio que en forma evidente va en el interés del mismo sujeto que reclama por el “formalismo” del tribunal.⁽¹⁸⁾ Por supuesto, es perfectamente posible que las explicaciones del abogado

(...) nuestros muy imperfectos procedimientos democráticos de deliberación política, que han mostrado una (limitada) capacidad para filtrar por lo menos las formas más brutales de irracionalidad.

o del jurista sean insuficientes, que la irracionalidad colectiva sea tal que los ciudadanos a través de procedimientos deliberativos decidan en contra del principio de legalidad o la presunción de inocencia etc. Pero, aunque nos he-

mos acercado a ese punto en los últimos años, todavía no hemos llegado a él. En parte, lo que lo ha impedido (por ahora) han sido nuestros muy imperfectos procedimientos democráticos de deliberación política, que han mostrado una (limitada) capacidad para filtrar por lo menos las formas más brutales de irracionalidad. Pero en ese contexto las “líneas de propuestas” de Riego funcionan como profecías autocumplidas. Por supuesto, la operación normal de un procedimiento penal que trate a los individuos como fines y no como medios (es decir: que no decida estratégicamente sobre su libertad) generará controversias en casos concretos. Esto es simplemente otra forma de decir: la jurisdicción, especialmente la penal, es muy improbable. Pero si ante situaciones predecibles como éstas lo que sugieren juristas como Rodríguez (decano de una facultad de derecho) o Riego (uno de los redactores del Código Procesal Penal y reconocido especialista en la materia) es que los jueces decidan estratégicamente sobre la libertad de las personas, la situación se hace insostenible.

(18) Riego celebra a los jueces que usan su control de la legalidad de la detención para combatir “prácticas policiales muy extendidas, consideradas no solo por los jueces, sino también por amplios grupos de la ciudadanía, como gravemente atentatorias contra derechos fundamentales. Así por ejemplo, contra la tortura y otros tratos semejantes, contra los controles policiales selectivos basados en criterios raciales, contra irrespeto por la privacidad y el domicilio, contra el abuso de sistemas de control de comunicaciones privadas” (Riego, “Jueces de garantía y legitimidad del sistema”, cit. en n. 14). Pero, en tono crítico, comenta que lo que ha encontrado en su lectura de muchas decisiones judiciales recientes ha sido algo muy distinto: “en general, se trata más bien de la identificación de errores formales” (ibid.). Uno habría pensado que después del Informe Rettig al menos los juristas chilenos estarían conscientes de que los “meros tecnicismos” (sic.) son los modos mediante los cuales la ley identifica las prácticas “atentatorias contra derechos fundamentales”. El Informe Rettig reprochó a los tribunales, entre otras cosas, el hecho de que hayan tolerado detenciones “técnicamente” ilegales por realizarse en lugares que no eran cárceles. Véase Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Informe, pp. 100-101.

En su monumental “Espíritu del Derecho Romano”, Rudolf Ihering vio como pocos, que la forma jurídica era la garantía de la libertad.⁽¹⁹⁾ Pero precisamente porque esa relación no es inmediatamente evidente, él notaba lo que nosotros podemos observar cada vez que se discute en público la última declaración de ilegalidad de una detención: “Nada de pasmoso es (...) que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo”.⁽²⁰⁾ Lo que hemos visto ahora es que eso es también común respecto de quienes deberían ser capaces de entender. Si ellos no entienden ¿cómo puede esperarse racionalidad del ciudadano?

(19) “Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege (...) El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad” (Ihering, El Espíritu del Derecho Romano, p. 641).

(20) Ibid., p. 647.

Referencias

- Atria, F. “El derecho y la contingencia de lo político”, en 26 DOXA, 2004.
- . “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en 5 Revista de Estudios de la Justicia, 2005.
- Calamandrei, P. *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. *Informe*, Santiago: La Nación, 1991.
- Ihering, R. *El Espíritu del Derecho Romano*, Granada: Comares, 1852-1865; ed.orig. 1998.
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, 1960, México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960.
- Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*, Buenos Aires: Heliasta, 1984; ed. orig. 1748.
- Paz Ciudadana. *Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal*, Santiago: Fundación Paz Ciudadana, 2006.
- Weber, M. *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica.

Autor



Fernando Atria

PhD Universidad de Edimburgo. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

© 2007 Expansiva

La serie **en foco** recoge investigaciones de Expansiva que tienen por objeto promover un debate amplio sobre los temas fundamentales de la sociedad actual.

Este documento es parte de un proyecto de la Corporación en conjunto con el Instituto de Estudios Judiciales, el cual se propuso estudiar la realidad de la Judicatura en Chile, para dimensionar sus fortalezas y debilidades con el fin de proponer mejoras.

Los editores del proyecto fueron Javier Couso y Fernando Atria.

Estos documentos, cuya presente publicación fue preparada con la colaboración editorial de Daniela Crovetto, así como el quehacer de Expansiva, se encuentran disponibles en www.expansiva.cl

Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que su fuente sea citada.