

# ¿Hacia el gobierno de los jueces?<sup>1</sup>

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Un diagnóstico pesimista

Una serie de hechos parecen coincidir con las primeras manifestaciones de lo que podría llamarse el “gobierno de los jueces”. En efecto, desde hace algunos meses comienza a evidenciarse el propósito de quienes ejercen jurisdicción de fallar conforme a sus convicciones morales o ideológicas, con prescindencia de lo que dispone la ley. Para alcanzar este objetivo, no es difícil recurrir a los más diversos pretextos, tales como la adhesión preferente a las disposiciones constitucionales, a los principios escritos y aun no escritos del derecho internacional, a la experiencia histórica y el derecho comparado, a los tratados suscritos y ratificados por nuestro país, etcétera. Este fenómeno puede arrastrarnos –y de hecho en cierta medida esto ya ha sucedido– a una situación en extremo caótica, que, como se demostrará, terminará por destruir uno de los pilares en que descansa nuestra convivencia social, al transformar a los jueces en supremos legisladores.

---

<sup>1</sup> Al referirnos al “gobierno de los jueces” no aludimos a los órganos encargados de la administración del Poder Judicial. Como es sabido, ello ha suscitado una serie de cuestionamientos y proposiciones. Ver Rodrigo P. Correa y Álvaro Flores Monarde en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, año 2005, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y Juan Enrique Vargas Viancos en *Sistemas Judiciales*, publicación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA–, Año 5, N° 10. Cabe señalar que existe una corriente que postula la creación de un órgano ajeno a la judicatura que se encargue de las designaciones judiciales, la administración de los recursos destinados a ella, de la jurisdicción disciplinaria y las calificaciones y de la determinación de sus políticas generales. De esta manera, se privaría a la Corte Suprema de las atribuciones que le corresponden en estas materias, sometiendo al Poder Judicial a una especie de “interdicción”, al colocar, por encima de él, a un órgano político, integrado por personas ajenas a la judicatura, llamado a ejercer el Gobierno Judicial con plenos poderes en materia de nombramientos y calificaciones. Por cierto, nada de ello podría ocurrir respecto de los demás poderes del Estado, los cuales están plenamente habilitados, incluso, para administrar y asignar sus recursos. La experiencia revela que por este medio se controla políticamente el Poder Judicial en perjuicio de su independencia y autonomía.

No exagero. Existe en la actualidad un creciente descontento, por cuanto muchas instituciones jurídicas del más alto rango están siendo soslayadas o derechamente preteridas, provocando una sensación de inseguridad e inestabilidad que conspira contra el orden social. Lo anterior se ve magnificado porque no se trata, tampoco, de sentencias unánimes o en que todos los jueces manifiesten una opinión al menos semejante. No. En verdad, las discrepancias son de tal envergadura que da la impresión que los jueces estuvieran sujetos a sistemas normativos diferentes y contradictorios. Si a lo indicado se agrega la divulgación y comentario de estas opiniones por todos los medios de comunicación social y la circunstancia de que frente a cada decisión de importancia se genera un clima de presión que, como quiera que sea, alcanza a los tribunales de justicia, se tendrá un panorama desolador de lo que es en el día de hoy la actividad jurisdiccional. A este fenómeno obedece, por ejemplo, el rechazo de que fue objeto la designación del Ministro Carlos Cerda Fernández como integrante de la Corte Suprema. Este magistrado se ha caracterizado, precisamente, por sostener una posición extrema, llegando a declarar que no aplica la ley cuando contradice sus convicciones morales. Al efecto, hay que recordar que, incluso, se negó, hace algunos años, a decretar el "cúmplase" de una sentencia pronunciada por la Corte Suprema, lo cual le valió la expulsión del Poder Judicial, medida que fue reconsiderada atendiendo a la capacidad, preparación y vocación del afectado.

Es lamentable que nuestro país no advierta esta realidad ni sea capaz de medir sus perniciosas consecuencias. De alguna manera, se está erosionando una actividad sin la cual ni la "democracia" como sistema político, ni el "Estado de Derecho" como presupuesto de convivencia social, podrán fortalecerse y resistir inevitables embates en un futuro no lejano.

## **II. Restaurar la tarea judicial**

La tarea judicial no consiste, como se ha pensado tradicionalmente, en subsumir un hecho concreto en la abstracción expresada en una norma jurídica. El ejercicio de la jurisdicción se realiza a través de la creación de una "regla particular" (sentencia), llamada a resolver un caso específico. Esta "regla" se funda en una norma general y abstracta, la cual le confiere validez. La norma emana del legislador (en Chile, el Congreso y el Presidente de la República), la sentencia, del juez. Cada potestad desempeña en este esquema una función precisa y delimitada, sometida, incluso, a un sistema preventivo de juridicidad, lo cual permite preservar la igualdad e imponer el cumplimiento de las normas (leyes) en cuanto mandatos generales y abstractos destinados a ordenar la conducta social.

Toda norma debe ser "interpretada", esto es, analizada cuidadosamente para establecer su verdadero sentido y alcance. Sólo por este medio es posible aplicarla, lo cual se logra al construir una "regla particular" para resolver el caso específico que se trata de juzgar. El intérprete, por lo mismo, es un "creador de derecho", pero en el ámbito restringido que le permite la norma sobre la cual funda su obra (la regla). Quienes ejercen potestades "normativas" (constituyente, legislativa y reglamentaria) están facultados para obligar a todos los terceros que se encuentren en la misma situación (las normas son iguales para todos). No sucede lo propio respecto del ejercicio de las potestades "regulatorias" (jurisdicción, administración y autonomía privada), las que sólo pueden imponer su mandato a sujetos determinados que se hallan bajo el imperio de sus facultades. Por consiguiente, el juez, el funcionario administrativo y los particulares están obligados a respetar las normas (leyes) para crear las reglas y dotarlas de poder vinculante (obligatoriedad).

A nuestro juicio, la validez jurídica (problema fundamental en el derecho) se confiere a la "regla" en virtud de la transferencia a ella de los "elementos normativos", tarea que ejecuta la respectiva potestad regulatoria. Es a través de este proceso que se da cumplimiento real y práctico a las normas. Nótese que ninguna "norma" puede cumplirse como tal, para ello es necesario "referir" su mandato al caso específico y particular. De aquí que pueda afirmarse que toda norma se cumple a través de las "reglas" (es lógica y materialmente imposible cumplir una abstracción sin antes circunscribirla a una situación concreta), razón por la cual las potestades "normativas" se integran en el funcionamiento del sistema jurídico a las potestades "regulatorias". No podrían, por lo mismo, existir las primeras sin las segundas, ni éstas sin aquéllas, puesto que una contiene un mandato general y abstracto que sólo puede ejecutarse por medio de un mandato subsecuente, particular y concreto. En consecuencia, es consustancial al derecho como sistema, la concurrencia y dependencia de ambos tipos de potestades, ya que, como se dijo, no puede funcionar ninguna de ellas sino complementada por la otra.

Si nos preguntamos por qué vale una sentencia judicial, la respuesta no puede ser otra que ello ocurre porque ha sido elaborada, tanto material como formalmente, en virtud de una norma (así sea la Constitución, la ley o el reglamento). Esto significa que para su dictación se ha seguido el procedimiento instituido en las normas ("debido proceso legal") y se han ejecutado los fines previstos en la misma norma que, por ende, le sirve de fundamento. De aquí que la norma sea fundante respecto de la regla y ésta fundada respecto de la norma. De esta manera, el derecho brinda una garantía invaluable a la seguridad y el orden, porque todas las conductas sociales están calificadas en las normas, sin que pueda quien la aplica resolver arbitrariamente, según sus íntimas convicciones o de acuerdo a su sentido personal de la equidad y la

justicia. La manifestación más elocuente de la justicia consiste, precisamente, en aplicar a todos los imperados las mismas normas, cualquiera que sea su contenido, puesto que de ese modo se nos mide con la misma vara y se asegura la igualdad ante la ley.

Tienen razón los autores cuando advierten que la norma cumple una doble función. Por una parte, ejecuta lo que dispone una norma superior y, por la otra, produce una norma inferior o una regla. Ambas funciones (de "ejecución" y "producción") son la clave para comprender de qué manera se imbrican ambas cosas, haciendo posible el funcionamiento del derecho.

Si una sentencia judicial no está fundada en una norma (y en casos excepcionales, cuando se presenta una "laguna legal", no está fundada en la analogía, los principios generales de derecho o la equidad natural, elementos llamados en nuestro ordenamiento a integrar estas lagunas), simplemente la sentencia es nula y de ningún valor. Ello porque, insistimos, quien le confiere validez jurídica a la sentencia es la norma en que se funda y ello ocurre mediante la transferencia a aquélla (la sentencia) de lo que hemos llamado "elementos normativos", incorporados a la norma por la respectiva potestad en el ejercicio de su cometido. En la representación del orden escalonado del sistema jurídico se aprecia plenamente este fenómeno. La ley vale porque así lo dispone la Constitución; el reglamento vale porque así lo dispone la ley; la sentencia, la resolución administrativa y los actos y contratos valen porque así lo dispone la ley y, en su caso, el reglamento. Por consiguiente, la validez jurídica es **derivada y no originaria**, está dada por el mandato de una norma superior y, más concretamente, por la transferencia de los elementos integrados a la norma, a la estructura y contenido de la regla (sentencia).

La filosofía jurídica se ha planteado el problema de definir la validez de la Constitución, en cuanto estatuto superior fundante de todo el ordenamiento jurídico. Este problema, de carácter eminentemente teórico, ha sido objeto de diversas respuestas, ninguna de las cuales desvirtúa lo antes señalado. Sea que ella valga por recoger valores inmanentes revelados, o porque estos valores se afinan en la naturaleza racional del hombre, o porque corresponde a un supuesto lógico de validez, o porque nace de un acto originario institutor del derecho (posición que nosotros sustentamos al afirmar el tránsito entre una "era ajurídica" y una "era jurídica"), lo cierto y que nadie pone en duda es que la sentencia judicial, en cuanto regla referida a una situación concreta y particular, es un mandato fundado que arranca su validez de una norma superior fundante.

El análisis precedente nos parece fundamental para comprender cómo funciona el derecho en cuanto sistema, de qué manera el mandato normativo se va concretando hasta resolver casos particulares, quiénes ejercen las potestades, y

de qué modo se controla y supervigila el recto ejercicio de las mismas. Mientras todo esto no sea comprendido, difícilmente puede precisarse la función que cabe al juez en el ejercicio de la jurisdicción.<sup>2</sup>

No es difícil evaluar en este marco conceptual lo que ocurre cuando los jueces, llamados a dictar sentencia, se desvinculan de las normas y en lugar de aplicarlas, fundan sus decisiones en su sentido de justicia; o en las directrices ideológicas a que son afines; o en los valores sociales, morales, culturales o políticos que profesan; o en los intereses que aspiran a realizar; o en aquello que consideran debería ser el contenido de las normas; etcétera.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que la norma (ley) es fruto del ejercicio de la soberanía a través de los poderes colegisladores. Por consiguiente, la ley expresa la voluntad del pueblo (principal, pero no único, titular del ejercicio de la soberanía). Así lo expresa, por otra parte, el artículo 1° del Código Civil, cuando dice que la ley es “una manifestación de la voluntad soberana...”. Los jueces, los funcionarios públicos y los particulares (titulares todos ellos de las potestades regulatorias) no pueden desvincularse del mandato normativo, apropiándose del ejercicio de la soberanía y transformándose en legisladores habilitados, incluso, para derogar en el hecho las normas vigentes. Esta conducta contraviene todas las estructuras del sistema jurídico, haciendo imperar la inseguridad y el desorden.

Suele decirse, en tono admonitorio, que el “juez no es un esclavo de la ley”. Esto es correcto, porque su tarea es interpretar la ley y construir una “regla”, incorporando en ella nuevos elementos que no se hallan en la norma, pero cuidando, muy especialmente, no contradecir los “elementos” de esta última de cuya transferencia a la “regla” dependerá su validez, como se explicó en lo que antecede. Es por ello que hemos afirmado que el juez es un creador de derecho, pero en el marco limitado que le fija la norma, la cual le deja un espacio, mucha veces amplio, para completar su tarea. Por eso Kelsen sostiene que la norma superior determina el contenido de la norma inferior o de la regla (en nuestra terminología), “pero esta determinación no es nunca completa” y agrega: “La norma de grado superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar

---

<sup>2</sup> A esta materia hemos dedicado dos libros: “El derecho como creación colectiva” y “La estructura funcional del derecho”. Nuestro esfuerzo apunta a describir el sistema normativo y la forma en que éste funciona, ya que de ello puede deducirse que el “estado de guerra” o “estado de naturaleza” en que según Hobbes o Rousseau vivíamos originalmente, fue sustituido por un “estado de guerra política”, en el cual la lucha subsiste, pero ella se da por la conquista de las “potestades”. Quien controla las “potestades” domina la sociedad. De allí que hayamos definido el derecho como “fuerza institucionalizada”, porque, a partir de la creación del Estado, éste monopoliza (concentra) la totalidad de la fuerza, transformándola en “coerción” y poniéndola exclusivamente al servicio del cumplimiento de la norma jurídica. La “coerción”, a su vez, pasa a ser la nota distintiva del derecho (el rasgo propio de lo jurídico frente a las demás normas que operan en la vida social).

un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar".<sup>3</sup>

Como puede apreciarse, la función "creadora" del juez es reglada y no discrecional, está condicionada por las normas en que funda su producción, siendo ellas (las normas) las que dotan de validez jurídica a las reglas mediante la transferencia de los elementos normativos que se incorporan a éstas (las sentencias).

En síntesis, la jurisdicción que ejercen nuestros tribunales sólo es legítima cuando ella se basa en las "reglas" (sentencias), fundadas en las normas emanadas de los poderes colegisladores y nunca, bajo circunstancia alguna, en las preferencias de cada juez, que, al imponer sus convicciones por sobre los elementos contenidos en la norma fundante de su decisión, no sólo genera reglas sin validez jurídica, sino que arrebató a los poderes colegisladores sus atribuciones y facultades. Es éste, por lo tanto, un camino seguro para destruir el "Estado de Derecho" y generar la inseguridad y el caos.

### **III. La experiencias de los últimos años**

Escribir sobre la experiencia de los últimos años implica un compromiso difícil de asumir, porque son muchos los errores, contradicciones y vacíos que se observan en nuestra jurisprudencia. Además, no es menor el riesgo de ser mal interpretado, porque esta materia esconde una dosis nada despreciable de valoraciones e intereses políticos.

Lamentablemente, resalta en este análisis lo ocurrido a propósito del juzgamiento de la situación de Chile durante un período de excepción por efecto de una fractura institucional (1973-1990). En este período dos de los tres poderes del Estado quedaron en receso, siendo sustituidos por órganos de emergencia que asumieron sus funciones en un proceso revolucionario en que, frente al vacío existente, el poder vuelve a manos de quien es capaz de hacerse obedecer.

Comencemos por señalar que juzgar conductas desplegadas hace más de 30 años, en un contexto histórico inusual, en el que operaba un activo movimiento de resistencia subversiva con apoyo externo, en medio de un panorama internacional hostil y privaciones económicas de todo orden, ofrece dificultades

---

<sup>3</sup> Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Gernika. Año 1993. Pág. 64.



casi insuperables. Más aún, precisamente por tratarse de confrontaciones fratricidas de raíz ideológica, se extreman las sensibilidades y se radicalizan las odiosidades y el revanchismo. Esta es la amarga realidad que han debido encarar nuestros jueces. Más allá de los apremios y presiones a que han sido constantemente sometidos.

Ante este escenario, quedan de manifiesto las dificultades que se presentan a un tribunal obligado a aplicar la ley en un ámbito absolutamente diferente de aquel que imperaba a la fecha de ocurrencia de los hechos, cuando predominaban instituciones, valores, sentimientos y experiencias ya totalmente superados. Desconocer este contexto histórico constituye el primer escollo en el camino que debemos recorrer para dar una respuesta jurídica a una situación inserta en un pasado ya casi remoto. ¿Han reparado nuestros jueces en esta circunstancia? La respuesta queda de manifiesto en la casi totalidad de sus resoluciones.

En su afán por restaurar el prestigio de los tribunales de justicia, lesionado por la desprotección de que fueron objeto quienes intervenían en la resistencia al régimen militar, los jueces, en lugar de asilarse en instituciones jurídicas milenarias, presentes en la legislación que regía en la época que se trata de juzgar, han optado, mayoritariamente, por desconocerlas, recurriendo a interpretaciones inaceptables o simplemente extendiendo sus facultades con prescindencia del mandato normativo. Como es obvio, ello ha provocado una escisión en el seno de los mismos tribunales, la que queda en evidencia en la mayoría de las sentencias pronunciadas. Basta leer una sentencia del Pleno de la Corte Suprema para comprobar la casi inverosímil dispersión de votos que contiene y las prevenciones que formulan casi todos los ministros que concurren al fallo.

El problema que enfrenta Chile desde 1990, fecha de término del Gobierno Militar, es de índole política, pero ha sido hábilmente desplazado al ámbito judicial, con el objeto de deslindar responsabilidades y poner en manos de la judicatura una calificación que, atendido el tiempo transcurrido y la naturaleza del conflicto, es una tarea imposible de abordar con éxito. No cabe duda que esta tarea desgastará el ya deteriorado prestigio del Poder Judicial, al exponerlo a la crítica política, que, por su naturaleza y motivaciones, es particularmente corrosiva.

Como consecuencia de lo señalado, mal que nos pese, inevitablemente, se ha politizado la judicatura. De antemano se conoce o, al menos se presume con fundamento, la posición de cada uno de los jueces y hasta se puede anticipar el contenido de sus opiniones y sentencias. A lo anterior hay que agregar que cada decisión es objeto de un verdadero "enjuiciamiento público", lo que, sin

duda, resiente la función de administrar justicia, generándose una atmósfera irrespirable para todos quienes participan en estas delicadas tareas.

La **primera conclusión** que extraemos de esta amarga realidad es que ha sido la ciudadanía, a través de sus agentes políticos, la que ha provocado esta crisis, la que presiona cobrando a los tribunales una cuenta que ella misma provocó en el pasado, y la que los ha obligado a abocarse al conocimiento de situaciones que, salvo calificadas excepciones, no comprometen la responsabilidad jurídica sino la responsabilidad política.

Desde otro punto de vista, es evidente que se ha desencadenado un gran esfuerzo por dar connotación penal a hechos que sólo pueden ser juzgados políticamente. Las demandas de que son objeto nuestros tribunales apuntan a un blanco perfectamente definido que consiste en estigmatizar lo ocurrido en Chile entre 1973 y 1990. Estos objetivos no pueden ser soslayados por los jueces, que, atendida la especialidad de sus funciones, están obligados a prescindir de toda connotación política. Comprendo, sin embargo, que atendida la naturaleza de los cargos, esa actitud no es fácil de mantener, mucho menos cuando algunos jueces (los menos) sirven esta finalidad sin percibir las consecuencias que seguirán de ello a muy corto plazo.

La **segunda conclusión** a que puede arribarse es que existe toda una estrategia "política" encaminada a execrar todo un período de nuestra historia, que, como es obvio, tuvo una dinámica propia derivada de sus causas y de los factores que desencadenaron una de las peores crisis de que se tenga memoria.

No puede silenciarse, tampoco, el hecho de que el poder político haya organizado, al margen de los tribunales de justicia, sendas comisiones investigadoras, a las cuales se ha dado el más alto rango, para indagar las graves violaciones a los derechos humanos que se imputan al Gobierno Militar. Este procedimiento, inédito entre nosotros, ha confundido a la ciudadanía respecto de una cuestión que es de competencia exclusiva de la judicatura. Las conclusiones de ambas comisiones (bautizadas con el nombre de quienes las encabezaron) han influido en los tribunales y, no pocas veces, inducido sus resoluciones. Estimamos que no se ha medido como corresponde esta anomalía, que importa una grosera intromisión del poder político en tareas que son propias de la judicatura. A lo anterior hay que agregar el hecho de que un Jefe de Estado –al momento de restablecerse la institucionalidad democrática– se sintió autorizado para "instruir" (no puede calificarse de otra manera) a la Corte Suprema de qué manera debía interpretarse la ley de amnistía dictada en el año 1978, infringiendo con ello un mandato constitucional expreso.





La **tercera conclusión** que surge de estas experiencias es clara. La injerencia del poder político ha contaminado a nuestros tribunales, los procedimientos empleados han violentado la independencia judicial y obligado a los jueces a asumir posiciones incompatibles con sus funciones, todo lo cual se ha visto agravado por la estructura orgánica del Poder Judicial.

Nadie ignora que la carrera judicial está condicionada por las decisiones del Poder Ejecutivo (Gobierno) y, en un caso especial, por el Senado de la República (designación de los ministros de la Corte Suprema). Los ministros, jueces, relatores, secretarios, etcétera, son designados por el Presidente de la República. Pienso que el fundamento último de este sistema reside en el hecho de que sólo se admite la legitimidad que da la elección popular a quienes están llamados al ejercicio de la soberanía. De aquí que se traspase esta legitimidad del Jefe del Estado a los jueces. Huelga decir que ello constituye un error mayúsculo. Tanta legitimidad tienen, a nuestro juicio, las autoridades elegidas democráticamente, como aquellas establecidas en la Constitución, cuyo origen se halla en una carrera funcionaria descrita y regulada en la ley. Basta señalar que la "legitimidad democrática" de la judicatura –en lo concerniente al ejercicio de la soberanía– se consigue a través de una doble vía: la vinculación del juez a la ley (que de acuerdo al artículo 1° del Código Civil es una manifestación de la voluntad soberana), y por la estructura orgánica constitucional del Poder Judicial (que está reconocida expresamente en los artículos 5°, 6° y 7° de la Carta Política Fundamental). Con todo, el sistema actual, como es obvio, predispone a los jueces a favor de los intereses de quienes ejercen el poder político, razón por la cual muchos de ellos terminan identificados con el gobierno de turno. Si bien la intervención del Senado en la designación de los ministros de la Corte Suprema restringe la influencia del Gobierno, incorpora otro ingrediente netamente político en la generación de la judicatura. Por este medio, es comprensible la politización de la administración de justicia, porque la carrera judicial está condicionada por este tipo de factores, absolutamente ajenos a lo profesional. En estas condiciones es casi imposible que un juez pueda sustraerse del influjo político cuando, además, las causas de que conoce tienen esta índole.

La **cuarta conclusión** que proponemos es obvia, la politización de la justicia es consecuencia inevitable de que la carrera judicial esté condicionada por los otros poderes del Estado, lo cual implica la injerencia tanto del Ejecutivo como del Senado en las promociones y designaciones judiciales. Así las cosas, reclamar un Poder Judicial realmente independiente y autónomo, exento en particular de influencias políticas, resulta, por decirlo de alguna manera, absurdo.

Finalmente, no puede tampoco ignorarse el hecho de que el Poder Judicial está subordinado, en la mayor parte de sus actividades, a los servicios y apoyo que le brindan organismos dependientes del Poder Ejecutivo. Así, por vía de ejemplo, la policía civil y uniformada, el régimen carcelario, la asistencia médico-legal, todo lo concerniente al registro civil e identificación de las personas, los organismos técnicos relacionados con la minería, con la defensa del consumidor, con los intereses fiscales, etcétera, quedan en manos del Ejecutivo. De este hecho se desprende que la actividad de los fiscales y jueces queda condicionada por este tipo de entidades que no dependen del Poder Judicial. Cabe sobre este particular formularse una pregunta fundamental: ¿La mayor parte de los servicios indicados están concebidos para apoyar el ejercicio de la judicatura? Si respondemos positivamente, no se divisa por qué razón, salvo que se trate de una estructura administrativa obsoleta, ellos no dependen del Poder Judicial. De manera que hallamos aquí otro escollo para el ejercicio independiente de la jurisdicción, lo cual, sin duda, redundará en un claro menoscabo de su naturaleza y la pureza de su misión.

La **quinta conclusión** a que llegamos podría sintetizarse diciendo que el Poder Judicial en Chile no cuenta con el apoyo logístico necesario, el cual proviene de otro poder del Estado, perdiendo, de esta manera, un espacio importante de su independencia y capacidad de obrar sin sujeción a intereses ajenos a su gestión.

De las conclusiones registradas en lo precedente, puede deducirse que uno de los problemas más dramáticos de la judicatura, en este momento, es una evidente politización de los jueces. Aclaremos sí que de esta politización los jueces no son responsables (no puede exigirse a nadie un comportamiento o sacrificio heroico), sino el sistema que los colocó en situación de resolver problemas históricos que se vienen arrastrando desde hace décadas y que han sido esquivados irresponsablemente por los llamados a encararlos. Esta anomalía se ve agravada, como se dijo, por el hecho de que, orgánica y estructuralmente, los jueces no integran un "Poder" que esté libre de injerencias, ya que, incluso, el destino de su carrera está en manos de poderes de naturaleza esencialmente política.

En este contexto, resulta aberrante exigir a la judicatura una conducta distinta de la que ha tenido, lo cual nos obliga a denunciar los primeros síntomas de una "crisis" promovida y estimulada por los demás poderes del Estado, que corroerá gravemente su prestigio, credibilidad y la seguridad que está obligada a proyectar.



#### **IV. Conflicto generacional**

Nadie ignora que la reforma procesal penal constituye un avance muy significativo, cualesquiera que sean las insuficiencias que deban suplirse en el futuro próximo y que en buena parte se encararon en el período de funcionamiento gradual con que se aplicó. El establecimiento de este nuevo sistema penal ha traído consigo la incorporación al Poder Judicial de una falange de funcionarios (fiscales, jueces de garantía, jueces de tribunales orales, defensores públicos) formados e imbuidos en otros principios, que no son siempre aquellos que predominan entre quienes han seguido por años la carrera judicial. Se trata de una "nueva generación", que, indefectiblemente, chocará con la anterior, provocando un vacío que no tardará en manifestarse.

Cabe señalar, a riesgo de aparecer como retrógrado, que atendidos los niveles de delincuencia existentes en Chile y, sobre todo, la introducción en nuestro país de lacras como el narcotráfico, cuya capacidad de corrupción afecta actualmente a la mayor parte de las naciones del mundo y particularmente a las de este continente, un sistema "garantista" pone en grave peligro nuestra seguridad y convivencia. No puede ignorarse la experiencia foránea. El narcotráfico hunde sus garras, por lo general, en todos los sectores más sensibles de la sociedad, especialmente en el ámbito político, razón por la cual tiene una clara influencia en el ejercicio de las potestades públicas. Ello trae consigo la desintegración institucional, porque se corrompe el poder político y con ello la estructura misma del Estado.

¿Es posible atenuar el sentido "garantista" de la reforma procesal penal en materias tan sensibles como el narcotráfico? Se dirá, seguramente, que ello implicaría un retroceso que desvirtúa el avance logrado después de arduos esfuerzos de varias generaciones. No es esta mi opinión. Lo revela lo ocurrido en Estados Unidos, en que, respecto del terrorismo, otra de las lacras más peligrosas de nuestro tiempo, ha asumido una actitud que, sin duda, altera su larga tradición judicial de amparar el "principio de inocencia" y las libertades públicas, incluso a costa de graves daños y peligros para la comunidad.

De aquí nuestra convicción en el sentido de que la reforma procesal penal y la nueva generación que parece haber asumido su funcionamiento y dirección, deben sensibilizarse respecto de determinados ilícitos que, por su trascendencia social y la facilidad con que penetra las capas más influyentes de la comunidad, ponen en serio riesgo la estabilidad y normal funcionamiento del orden social.

En el evento de que lo señalado se ignore o minimice, caerá sobre el Poder Judicial una ola de descontento y desconfianza, atribuyéndosele la plena responsabilidad de lo que ocurra y causando trastornos que muchos países ya han experimentado. Desde otro punto de vista, el choque generacional –que es normal en toda etapa histórica– quedará de manifiesto, en perjuicio de nuevas ideas que deben imponerse, pero de manera gradual, si hechos como los descritos nos exigen transitar más pausada y prudentemente. No es extraño escuchar críticas acerbas en contra de los jueces, hablar de la “puerta giratoria” para referirse al sistema de libertades provisionales, acusar a las autoridades judiciales de no brindar la protección debida a las víctimas, destacar las garantías excesivas que de que goza el victimario. Todo ello menoscaba el prestigio de la justicia y estimula, lo cual es aun más grave, a hacerse “justicia por propia mano”.

Por lo tanto, el problema que planteamos no es baladí ni debe considerarse un “subproducto” de un avance que todos deseamos y celebramos. Los sistemas procesales deben adaptarse a la realidad que impera en la sociedad. Lo que no puede sacrificarse es la fe en la justicia y la seguridad jurídica que demanda la población, todo lo cual constituye uno de los deberes fundamentales del Estado.

## V. Instituciones jurídicas mutiladas

Una revisión objetiva y cuidadosa de nuestra jurisprudencia respecto de procesos de connotación política, especialmente a partir del año 2000, nos induce a denunciar que varias de las instituciones jurídicas más esenciales han sido mutiladas, aduciendo, como se dijo, diversos pretextos, más formales que materiales.

Existen casos en que no se ha respetado el **principio de legalidad del delito**, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política del Estado (“Ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”). Asimismo, hay figuras delictivas que han sido interpretadas extensivamente contrariando el sentido de la ley.

No se ha respetado el efecto de **cosa juzgada** en varios juicios, reabriéndose procesos que estaban afinados mediante sentencia o sobreseimiento definitivos. Una persona, declarada por sentencia de la Corte Suprema, incapacitada para ser sujeto pasivo de un proceso penal, ha sido encausada en otros procesos declarándose precisamente lo contrario o eludiendo un pronunciamiento al respecto atendido el estado de la causa. Se ha sostenido, por ejemplo, que



en un “antejuicio” –como el desafuero– no cabe hablar ni exigir un “debido proceso legal”. La cosa juzgada, como es sabido, constituye uno de los pilares del derecho y la forma de asegurar que un mismo caso no sea juzgado sucesivamente, haciendo desaparecer la seguridad jurídica. Pero hay más. Tampoco se ha respetado el llamado “efecto reflejo de una sentencia”, conforme el cual, aun no concurriendo en estricto derecho los requisitos de la cosa juzgada, no puede una decisión contrariar lo que se sostiene en otra en relación a aptitudes del mismo imputado. Si una persona está incapacitada para enfrentar un proceso judicial, no se advierte cómo puede estar capacitada, simultáneamente, para enfrentar otro proceso de la misma naturaleza.

En ciertos procesos, no en todos, los tribunales se han negado a aplicar la **ley de amnistía**, que, como es sabido, hace desaparecer la ilicitud de una conducta transformándola en lícita. En esta materia se han multiplicado las excusas. Los tribunales comenzaron, a instancia de un Jefe de Estado –según lo manifestado en lo precedente– por sostener que la amnistía no impedía agotar la investigación del hecho punible (que dejó de serlo por mandato de la misma ley). Luego se ha sostenido que las personas presuntivamente detenidas por los servicios de seguridad y de quienes se ignora hasta la fecha su paradero, se hallarían “secuestradas” y, siendo éste un delito continuado (o permanente al decir de alguna doctrina penal), no opera la ley de amnistía, porque ella se aplica a los autores, cómplices o encubridores que hayan incurrido en hechos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Otra jurisprudencia afirma que estos delitos, atendida su naturaleza, son inamnistiables por aplicación de tratados internacionales, algunos de los cuales, incluso, no se hallaban vigentes en Chile a la fecha de ocurrencia de los hechos. Como si lo anterior no fuere suficiente, se ha propuesto (proyecto que se tramita actualmente en el Senado) la derogación de la ley de amnistía (lo cual jurídicamente carece de toda relevancia, ya que ella ha operado al momento mismo de entrar en vigencia sin que los efectos de una ley derogatoria puedan aplicarse con efecto retroactivo, eliminando un beneficio excepcional ya concedido).

Otro tanto ha ocurrido con la **prescripción de la acción penal**. Delitos cometidos hace más de 20 o 30 años son investigados por los tribunales, contrariando un texto expreso de la ley (artículo 107 del Código de Procedimiento Penal), que ordena al tribunal no proseguir la acción penal cuando cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, se establezca que la responsabilidad penal del inculpado se encuentra extinguida. Para soslayar esta prohibición se afirma que se trata de una excepción de fondo que sólo puede ser resuelta en sentencia definitiva, o que la prescripción “puede” haberse interrumpido por la comisión de otros delitos (respecto de los cuales no hay condena), o que se trata de delitos imprescriptibles o, como se dijo, de delitos permanentes que se siguen cometiendo a lo largo de 20 o 30 años hasta la fecha.

Probablemente, el flagrante desconocimiento del “**debido proceso legal**”, instituto establecido en la Constitución Política de la República, sea lo que más severamente erosione la legalidad vigente. Nadie puede ser juzgado si no está en situación de ejercer los derechos que le acuerdan la Constitución y la ley. No cabe duda que el ejercicio de la jurisdicción, a partir de la Carta de 1980, está condicionado por el “debido proceso”. Ello implica que no puede un tribunal ejercer su cometido ni dictar sentencia sin un proceso previo legalmente tramitado. Esta garantía fundamental, además, está reconocida en los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país que, incluso, fijan las condiciones mínimas en que puede sustanciarse un juicio civil o penal. Lo anterior se ve agravado por la circunstancia de que, en algunos casos, respecto de la misma persona, se ha reconocido que no es posible procesarla, y en otros, que ello es perfectamente procedente.

Lo que se señala, a juicio nuestro, reviste una extrema gravedad por varias razones. Desde luego, surgen contradicciones insalvables en las decisiones pronunciadas por un mismo tribunal, lo cual, por decir lo menos, resulta desconcertante. Se ha generado una sensación de profunda “inseguridad jurídica”, ya que no es posible predecir lo que se resolverá en casos perfectamente análogos y que afectan a una misma persona. Se han dejado de aplicar instituciones jurídicas esenciales que gravitan en el derecho desde hace siglos y que corresponden a la forma de clausurar situaciones que se arrastran por años o que se hallan sujetas a la extinción de la responsabilidad penal por tener origen en el quebrantamiento de la institucionalidad (cuestión de origen político que no cabe calificar a los tribunales de justicia). Con todo, lo más grave es la comprobación de que los tribunales pueden recurrir a una multitud de “pretextos” para dejar de aplicar la ley o para aplicarla cuando ello no corresponde. Dicho de otro modo, al parecer, los jueces pueden eludir el mandato legislativo y disponer lo que juzguen conveniente de acuerdo a sus íntimas convicciones políticas o morales. Para ello basta con construir un razonamiento justificatorio, por absurdo o errado de que éste sea. Por esta vía se destruirá inapelablemente el “Estado de Derecho” y quedaremos a merced del “gobierno de los jueces”.

No está de más agregar una circunstancia relevante. ¿Puede juzgarse un hecho de naturaleza eminentemente política fuera del contexto histórico en que él ocurrió? ¿Puede juzgarse lo que sucedió en Chile entre los años 1973 y 1978 (años considerados en la el Decreto Ley N° 2.161 sobre amnistía) con absoluta prescindencia de aquella realidad? La cuestión reviste una enorme importancia, porque la justicia no puede operar en el vacío, sino en relación a hechos y situaciones concretos y específicos. A partir de 1973 el país vivió una etapa de excepción en que las instituciones o no funcionaron o lo hicieron sobre bases absolutamente irregulares. Se sustituyó el Poder Legislativo y

Constituyente por una Junta Militar, la Presidencia de la República se confió al Comandante en Jefe de la rama más antigua de la Defensa Nacional, se disolvieron los partidos políticos, se restringió el movimiento sindical, se vivió un largo período bajo “estado de sitio”, etcétera. Todo ello fue consecuencia de un quiebre institucional en el cual las F.F.A.A. y de Orden no tuvieron responsabilidad alguna, siendo arrastradas por la ciudadanía a intervenir para evitar una guerra civil o conjurar una situación política antidemocrática. La situación del país se fue normalizando en forma gradual hasta 1990, año en que se puso en vigencia íntegramente la Constitución de 1980, volviendo a funcionar las instituciones tradicionales con importantes modificaciones. ¿Tiene esta realidad importancia para interpretar la ley y establecer responsabilidades que, en el fondo, son de origen político? Esta es la cuestión. Creemos nosotros que prescindir de este escenario es negar lo que constituye la médula de la tarea jurisdiccional. Nada sucede en el vacío. Todo está condicionado por las circunstancias, mucho más cuando ellas son de esta envergadura. Lamentablemente nada de ello ha sido considerado por los jueces, que actúan como si la historia no tuviera nada que decir...

Para muchos abogados lo que señalamos es inexplicable. Los jueces –felizmente no todos– no han estado a la altura de su cometido, confundiendo sus legítimas preferencias con la recta dirección de sus decisiones. Es cierto que ser juez es una tarea difícil, ingrata, casi siempre incomprendida. Nunca las partes que intervienen en un proceso salen del tribunal plenamente satisfechas. Por lo general, una de ellas o ambas quedan disconformes, convencidas de la virtud de su causa. La grandeza del juez no consiste sólo en conocer la ley, la jurisprudencia y la opinión de los expertos. **La grandeza del juez reside en su capacidad para sustraerse de sus simpatías, afecciones, afinidades ideológicas o religiosas, prejuicios sociales o de cualquier otra índole, y prestar atención lealmente al mandato legal de la manera en que éste sea científicamente entendido.** Los jueces no son esclavos de la ley, pero tampoco prestidigitadores capacitados para hacer que ella diga “blanco” o diga “negro”, dependiendo del caso que son llamados a resolver. Tampoco es posible descontaminar a los jueces de todo influjo político, porque ellos viven, al igual que nosotros, inmersos en una comunidad en que se agitan y confrontan ideas, acusaciones y convicciones de todo orden. Por lo tanto, no reclamamos de los jueces una asepsia total. Ello es imposible y, muy probablemente, más dañino. Pero sí una recia personalidad para comprender cuál es su misión y la tarea que les impone la sociedad.

Finalmente, creemos que ha llegado el momento de instar a nuestros magistrados a una severa reflexión acerca de esta realidad. La formación de los jueces no se improvisa. Es falso que la llamada “carrera judicial” pueda ser sustituida por personas ajenas al largo proceso de aprendizaje que implica administrar

justicia. La experiencia, en esta materia, es una condición insuperable. Igualmente perjudicial es entregar a los poderes políticos facultades para promover a quienes se les atribuye una afinidad aparente. Hemos sostenido que la reforma constitucional que incorpora a 5 ministros de la Corte Suprema ajenos a la "carrera judicial" es altamente inconveniente, tanto como los llamados "abogados integrantes" designados por la autoridad política de turno. Los primeros ingresan al Tribunal Supremo sin la experiencia que confieren años de trabajo en la misma actividad y sin la preparación práctica que se requiere para integrar el más alto tribunal de la República. Los segundos, atendida su periódica designación por la autoridad política, están desprotegidos ante ella, al igual que las partes cuando se trata de un juicio en contra de la Administración (situación que se hizo frecuente como consecuencia de haber entregado a los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento del contencioso administrativo). Por lo menos, de subsistir esta institución, los "abogados integrantes" deberían ser designados por los mismos tribunales, ampliándose el plazo de sus funciones y con un severo régimen de incompatibilidades y prohibiciones.

Todos estos elementos confluyen para arrastrar a la Justicia a una crisis que, aun cuando hoy día no se evidencia, parece estarse incubando en su interior. Es hora, por lo mismo, de poner extrema atención en estos hechos, que de subsistir y aumentar, provocarán un desgaste irreversible que costará años reparar.

No se confundan estas líneas con un "Yo acuso" al estilo de Emile Zola. Mi propósito no es otro que alertar a quienes corresponda para que examinen estos hechos que nadie, con un mínimo de objetividad, podría negar. Una solución sólo puede surgir del seno mismo del Poder Judicial y no de una imposición del poder político, como invariablemente ha ocurrido a través de nuestra historia.