

## SIN TEMOR NI ESPERANZA CONDICIONES ESTRUCTURALES DE UNA EFICIENTE JURIDIFICACION DE LAS ESPECTATIVAS NORMATIVAS\*

*Francisca Zapata García\*\**

*I.- Introducción; II.- Los tribunales como sistema social decisonal (subsistema); III.- Sine spe ac metu, sin temor ni esperanza; IV.- Un vistazo a los modelos; V.- El sistema organizacional de la judicatura chilena; VI.- Aquello llamado “Cultura Judicial”: un fantasma de traje gris; VII.- Conclusiones.*

Este trabajo se propone analizar si la estructura organizacional de los tribunales chilenos está al servicio de su función, la decisión jurídica. Para ello se revisan las condiciones sistémico-estructurales en las que los jueces desarrollan su rol, estudiando el modelo de “carrera judicial por ascensos” y los institutos que lo refuerzan bajo lógicas de concentración del poder en la cúspide de la estructura organizacional, operando en las dimensiones jurisdiccional, administrativa y disciplinaria. Nos hemos valido para esta observación del parámetro ofrecido por el estatuto “*sine spe ac metu*” para concluir –a partir de la constatación de su vulneración- que los ciudadanos no cuentan con garantías efectivas de que el juez al decidir no sea motivado por el temor (al castigo) ni la esperanza (del premio), pues se encuentra plenamente vigente un sistema de incentivos institucionales que tienden a la no exclusiva consideración de los elementos jurídicamente relevantes a la hora de la decisión jurídica.

### **I.- Introducción**

El derecho es un sistema social funcionalmente diferenciado que se estructura como un sistema de comunicaciones y cuya función es la estabilización de expectativas normativas. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no)<sup>2</sup>. En el sistema del derecho se hace una diferenciación entre centro y periferia, ubicándose precisamente en el centro el *subsistema de la*

---

\* El presente trabajo constituye una versión revisada de un ensayo presentado por la autora en la cátedra “Teoría Social y Política Contemporánea” del Magíster “Gobierno y Sociedad”, de la Universidad Alberto Hurtado. Agradezco al profesor Mauricio Duce sus valiosos aportes al proceso de revisión.

\*\* Juez del 1° Juzgado de Garantía de Santiago. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> *Sine spe ac metu* es la máxima creada por Calamandrei para recrear la posición que deben tener los jueces al decidir: sin temor (al castigo) ni esperanza (de premio).

<sup>2</sup> Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Herder y Universidad Iberoamericana. 2ª ed. 2005, pág. 189.

*organización de la jurisdicción*, único medio por el cual se garantiza la universalidad de la competencia, deber decidir/poder decidir, sobre todas las cuestiones jurídicas<sup>3</sup>.

Los sistemas organizacionales son sistemas sociales constituidos por decisiones y que atan decisiones mutuamente entre sí.<sup>4</sup> Será foco de nuestra atención el sistema organizacional denominado “tribunales de justicia”.

Los tribunales se distinguen de todas las demás instituciones del sistema del derecho porque poseen el imperativo de decidir. La decisión constituye una operación que posee una lógica predominante consistente en la consideración de los elementos jurídicamente relevantes y la exclusión de los que no tienen esta calidad.

Sostendremos en este trabajo que el imperio de la lógica predominante de la decisión judicial requiere de ciertas condiciones sistémico-estructurales, por lo que la pregunta por los posibles *modelos alternativos de estructura organizacional* posee un significado de relevancia. La jurisdicción puede ser desarrollada en el marco de un formato de “carrera por ascensos” en un modelo vertical y jerarquizado y, en ocasiones además –como en el caso chileno-, de concentración total del poder en la cúspide o, por el contrario, en un diseño de diferenciación únicamente funcional, denominada por alguna doctrina como paritaria.

Partiendo del supuesto de que los modelos estructurales definen las condiciones en las que el rol del juez se desarrolla, analizaremos además las implicancias derivadas de la existencia de ciertos dispositivos que se activan en el ámbito jurisdiccional, administrativo y disciplinario para hacer operativo el poder concentrado en la cúspide.

Las hipótesis de trabajo se resumen en las siguientes aserciones:

1. Los jueces desarrollan su rol bajo condiciones sistémico organizacionales caracterizadas por el control de la superioridad jerárquica.
2. El control proveniente de la cúspide estructural se origina en el diseño de la carrera judicial por ascensos y en la existencia de institutos específicos que dan operatividad al esquema de congestión de la cúspide.
3. El diseño de la carrera por ascensos y congestión en la cúspide *interviene* la decisión jurídica, torpedeando el proceso de selección de los elementos jurídicamente relevantes y orientándolo hacia la preeminencia de los intereses de carrera.
4. La estructura organizacional genera condiciones (sistémico-estructurales) que inciden (negativamente) en la juridificación de expectativas normativas.

---

<sup>3</sup> Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, pág. 383.

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas, 1997. *Organización y Decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Anthropos Editorial en coedición con Universidad Iberoamericana y Universidad Católica de Chile, pág. 14.

## II.- Los tribunales como sistema social decisional (subsistema)

Lo que distingue a los tribunales de todas las demás instituciones del derecho es el imperativo de decidir.

La decisión siempre está referida a una alternativa, uno ó más senderos posibles de elegir. Respecto a lo que habrá de juzgarse solo importan los valores del *código*, entendiendo como tal el esquema bivalente utilizado por el derecho para estructurar las operaciones propias y para distinguirlas de otros asuntos.

Si una operación se somete a un código binario (derecho/no-derecho), la respuesta a la pregunta de cuál de los dos valores se tiene que adjudicar, la dan los *programas* que sirven para especificar los puntos de vista de la selección. Los programas complementan la codificación, la llenan de contenido, pues indican cómo se asignan los valores del código.

Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, lo que implica, estructuralmente hablando, que el diseño organizacional debe estar al servicio de esa función.

## III.- *Sine spe ac metu, sin temor ni esperanza*

La decisión constituye una operación que posee una lógica predominante consistente en la consideración de los elementos jurídicamente relevantes y la exclusión de los que no tienen esta calidad. El imperio de la lógica propia de la decisión judicial requiere de ciertas condiciones sistémico-estructurales que aseguren la existencia de jueces con una posición o colocación institucional caracterizada por su independencia, la que se define por el mandato de sujeción del juez a la ley, que es a la vez premisa de su deducción y fuente de legitimación democrática. Es de este mandato que se deriva que la posición de los jueces sea concebida como externa a los sujetos en causa y al sistema político, y extraña a los intereses particulares de unos y a los generales del otro.<sup>5</sup> Aquella posición institucional que permite al juez decidir sin temor (al castigo) ni esperanza (de premio), es el estatuto de independencia que exige un Estado Democrático de Derecho.

Dicho de otra manera, lo que finalmente subyace a la independencia judicial, desde la óptica del Estado de Derecho, es relativamente sencillo. Los ciudadanos tienen derecho a exigir que, entre el juez que ve su caso y la norma jurídica aplicable al mismo, no se interponga nada ni nadie, ni siquiera el “Poder Judicial”.

---

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta. Madrid (España) 1995, pág. 579.

Lo afirmado hasta aquí presupone que, todo arreglo institucional o estructura organizacional de lo “judicial”, se justifica en la medida que constituya un instrumento funcional al ejercicio de una jurisdicción independiente, capaz de asegurar una eficiente juridificación de las expectativas normativas, lo cual, a nuestro juicio y desde otra óptica, constituye una condición de gobernabilidad en su dimensión de Estado de Derecho.

Para satisfacer adecuadamente las exigencias claves del desarrollo -sistemas financieros sólidos, mercados competitivos, coherencia legal, protección de los derechos de propiedad, inversiones efectivas en infraestructura, constante aumento de la capacitación y la productividad de la fuerza laboral<sup>6</sup>- se hace necesario asegurar un desempeño eficaz de las instituciones estatales.<sup>7</sup>

Un poder judicial puede ser eficiente y equitativo sólo si es independiente. La independencia judicial es importante por las mismas razones que el poder judicial en sí es importante, pues si no se puede confiar en que decidirá sobre los casos imparcialmente y conforme a la ley, no por presiones e influencias externas, su rol será distorsionado y la confianza pública en el gobierno socavada.<sup>8</sup>

#### **IV.- Un vistazo a los modelos**

En Francia, antes de la Revolución, los tribunales eran el brazo derecho de la monarquía. Éstos muchas veces ejercían una autoridad legislativa y judicial, y llegaron a ser considerados por gran parte del público como símbolo de la opresión y la arbitrariedad. Al mismo tiempo, en Inglaterra los jueces muchas veces protegían a terratenientes y ciudadanos de los caprichos del monarca. Estas diferentes historias han impactado en las maneras en que los poderes judiciales y

---

<sup>6</sup> Payne, Mark y otros, 2002: *La Política Importa, Democracia y Desarrollo en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington D.C.

<sup>7</sup> Wolfensohn, J. D. “A proposal for a comprehensive development framework. (A discussion draft)”, Washington DC. El Banco Mundial en enero de 1999 sostiene que los cuatro pilares estructurales del desarrollo son: buen gobierno, un sistema legal judicial efectivo, un sistema financiero bien organizado y supervisado y una red de seguridad y programas sociales efectivos. Sin la protección de los derechos humanos y de propiedad y un marco legal abarcador, el desarrollo equitativo es imposible. El gobierno debe asegurar un sistema efectivo que cuente con los elementos propios de un sistema legal y judicial eficiente, imparcial y honesto.

<sup>8</sup> Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial. En el mismo sentido, Margaret Popkin, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, ponencia “Independencia Judicial, Desarrollo y Democracia”, Quito, Ecuador, marzo 2005: la independencia judicial contribuye a la seguridad jurídica, la seguridad ciudadana y la protección de los derechos de las personas frente al Estado.

los arreglos para asegurar su independencia se han desarrollado en países regidos por derecho civil y por *common law*.<sup>9</sup>

Es así que existen básicamente dos modelos para la configuración del sistema judicial asociados a estas dos tradiciones. Presentan características divergentes y son aludidos, en general, como los ideales *jerárquico* y *paritario*, denotando sus peculiaridades estructurales.

El modelo de derecho civil tradicionalmente ha empleado un sistema de “carrera judicial”, cuyo origen directo es el diseño napoleónico. Éste (Bonaparte), coherente con su idea de que “*le plus grand moyen d’ un gouvernement, c’ est la justice*”, dotó a la misma de una estructura piramidal, férreamente jerarquizada, organizada como *carrera o cursus honorum*, gobernada por un vértice de notables de toga, *longa manu* del Ministro de Justicia, esto es, del poder político”.<sup>10</sup>

Este formato estructural implica que los jueces ingresan en los niveles más bajos y son ascendidos paulatinamente y, que dicho ascenso, es definido por decisiones en las que intervienen otros miembros de la organización.

Una variación de este modelo fue el surgimiento de los Consejos de la Judicatura que, en Europa, se orientaron a inhibir la influencia del poder ejecutivo sobre el judicial, y en América Latina mayoritariamente a morigerar el control excesivo de la Cortes Supremas sobre los jueces inferiores. Estos Consejos –sin perjuicio de la evaluación actual más bien crítica de sus resultados- tuvieron por inspiración el constituirse en garantes de la independencia de los jueces en sus dos dimensiones, externa e interna.

Los países regidos por el *common law* desconocen el concepto de “carrera” por lo que la noción de ascenso no tiene significación alguna. Los jueces integran los distintos tribunales bajo distintas fórmulas –elección, nombramiento- desde dentro o desde fuera del sistema judicial. Los jueces profesionales ingleses no se pueden identificar con una organización gubernamental separada en el sentido continental, son personas en su segunda profesión, abogados de extensa carrera, formados dentro de un gremio independiente cuyo *ethos* comparten.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial. Serie de Publicaciones Técnicas. Oficina de Democracia y Gobernabilidad. Agencia Para el Desarrollo. Washington, DC. Marzo 2002, pág. 13.

<sup>10</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, Derecho y Justicia en el Siglo XXI. Más difícil todavía. REJ. Revista de Estudios de la Justicia. N° 5-año 2005, pág 144.

<sup>11</sup> Damaska, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Ed. Jurídica de Chile.2000, pág. 80.

## V.- El sistema organizacional de la judicatura chilena

Tras la declaración de independencia, existían en nuestra justicia ordinaria jueces de menor cuantía, de conciliación, de letras y una Corte de Apelaciones en Santiago, que fue durante los primeros decenios de la República, el tribunal superior de justicia. La Corte Suprema fue creada en 1835, pero no fue sino hasta la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1902, que se convirtió en un tribunal de casación. Paralelamente dispuso de facultades correccionales, disciplinarias y económicas sobre todos los tribunales y se estableció que podría corregir por sí las faltas y abusos que cualesquiera jueces o funcionarios del Poder Judicial cometieren en el desempeño de su ministerio.

Con el correr del tiempo, fue aumentando el número de tribunales de primera y de segunda instancia, se suprimieron algunos y se crearon otros, manteniéndose siempre estable la estructura general básica, de tal forma que lo que hoy solemos entender por Poder Judicial en Chile, encaja, con un alto grado de ortodoxia y casi sin contratiempos, en lo que la teoría denomina –de las más variadas formas y aludiendo al mismo fenómeno organizacional- modelo napoleónico, piramidal, jerárquico o tecno-burocrático de organización de la magistratura.<sup>12</sup>

Este modelo instituye el “sistema de carrera por ascensos”, que implica una estructura compuesta de diversos niveles, en que se opera bajo la siguiente modalidad: los jueces ingresan en los niveles más bajos y son ascendidos paulatinamente, ascenso que es definido por decisiones en las que intervienen otros jueces aludidos como *superiores*, por integrar los niveles más altos. La columna vertebral de un sistema de este tipo es el régimen de nombramientos y promociones, el que idealmente debe contemplar un modelo por concursos transparente y competitivo que privilegie los méritos objetivamente verificables. En su ausencia, en nuestra judicatura, el nombramiento y ascenso es definido por reglas de antigüedad más un *lobby*<sup>13</sup> desplegado en un marco de completa discrecionalidad.

Al sistema de carrera por ascensos, se adiciona la característica de marcada concentración de facultades, en el vértice de la estructura, fenómeno que se conoce como “congestión de la cúspide”, que adquiere operatividad con la

---

<sup>12</sup> Flores Monardes, Alvaro. Gobierno Judicial: el caso chileno. La reforma olvidada. REJ. Revista de Estudios de la Justicia. N° 6-año 2006, pág 128.

<sup>13</sup> El *lobby* no solamente se traduce en las audiencias pedidas por los postulantes a los Ministros que votan la terna o quina. Se constata también que una fuente natural (aunque no necesariamente buscada por el favorecido) lo constituye el cargo de Relator de la Excm. Corte Suprema, lo que se aprecia por la sostenida inclusión en terna para Ministro de Corte de los postulantes que ejercen esa función y, consecuentemente, el significativo porcentaje de nombramientos. En algunos casos, incluso se procede al traslado directo del Relator al cargo de Ministro por resolución del máximo Tribunal.

existencia de institutos específicos de control desde los cuales provienen graves interferencias al proceso decisonal, a saber:

a) El sistema de calificaciones, al que se encuentran sometidos los jueces, se encuentra estrechamente ligado a las posibilidades de promoción en la carrera judicial. Sin embargo, no obedece a parámetros objetivos sino que, lejos de eso, queda entregado a la discrecionalidad del evaluador. El sistema se sustenta en ocho rubros evaluados: *responsabilidad, capacidad, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención de público*, abiertos todos ellos a su apreciación subjetiva, la que propicia la mecánica de *premio y castigo*, conforme el calificado, se ajuste o no, al molde de *buen juez* que posea el órgano calificador.<sup>14</sup>

b) El sistema disciplinario, persigue hacer a los jueces responsables por infracciones derivadas de deberes establecidos en cláusulas generales amplias o derechamente abiertas, cuyo contenido será acotado, conforme a la libre interpretación del juzgador del caso. Esta situación se ve agravada, con la ausencia de una graduación de las sanciones, en relación con cada conducta activa u omisiva no deseada, conforme la mayor o menor gravedad de la falta. Si bien el procedimiento ha sido objeto de recientes modificaciones, que en general mejoran el sustrato de garantías para el enjuiciado, está lejos de constituir un régimen capaz de satisfacer las exigencias de un estatuto de esta importancia que, de suyo, debe lograr hacer compatibles la imposición de la disciplina y el respeto de la inamovilidad, soporte básico de la independencia judicial.<sup>15</sup> En este punto, es

---

<sup>14</sup> Hasta la dictación por la Corte Suprema del Acuerdo sobre Sistema de Evaluación de Desempeño de Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de septiembre de 2007, era de ordinaria ocurrencia que un calificador evaluara con nota 7.0 todos y cada uno de los rubros, al tiempo que el siguiente pusiera nota 4.0 igualmente de corrido al mismo juez por el mismo período. Ninguna de las notas era fundamentada. La modificación introducida por el Acuerdo de 2007 no mejoró sustantivamente la situación pues si bien establece algunos parámetros que buscan objetivar el sistema, presenta profundas deficiencias técnicas. A modo ilustrativo y para seguir con el ejemplo dado, constatamos al revisar un alto número de papeletas de calificación efectuada por la Corte de Apelaciones de Santiago la tendencia a cumplir con la disposición del Acuerdo consistente en evaluar el desempeño general con nota 6.5. El acta exige que una nota más alta o más baja que ésta sea fundada por el calificador. Sin embargo, la discrecionalidad sigue siendo la regla a partir del cumplimiento formal de lo exigido, pues el calificador elige premiar o castigar, valiéndose de fundamentaciones tipo generadas por el sistema computacional. Así, es un fenómeno reiterado encontrar en un Acta de Calificaciones a un calificador que pone una nota más alta de 6.5, adjuntando la siguiente fundamentación: “ha demostrado desempeño superior en responsabilidad, eficiencia e iniciativa durante el período calificado”, mientras que el siguiente calificador apoya una nota más baja de 6.5 con la siguiente frase: “ha demostrado desempeño inferior a normal en responsabilidad, eficiencia e iniciativa durante el período calificado”. ¡Y están refiriéndose al mismo juez!

<sup>15</sup> Con anterioridad a la dictación por la Corte Suprema en el curso del año 2007 del Auto Acordado sobre Procedimiento para investigar responsabilidad disciplinaria de jueces y funcionarios judiciales (Acta 168-2007) el escenario para los jueces era desolador. No existía regulación que garantizara el derecho al acceso a la información, a la defensa, ni al recurso. El nuevo estatuto vino a mejorar al menos un aspecto central: el enjuiciado conoce la ruta que seguirá

importante recalcar que se considera esencial, en un diseño que efectivamente asegure la independencia de los jueces, el que los procedimientos de control disciplinario se depositen en órganos distintos de los que efectúan los controles jurisdiccionales.

Las falencias del régimen y sus resultados, influyen directamente en la carrera de los jueces, pues la imposición de sanciones se refleja en las calificaciones y les impide –al menos temporalmente– el ascenso.

c) El ejercicio de la superintendencia directiva, correccional y económica con asiento en la Corte Suprema respecto de todos los tribunales de la nación, activado –no siempre con sustento normativo<sup>16</sup>– bajo la fórmula de “facultades de oficio”, carecen de un marco regulatorio que asegure su ejercicio racional.<sup>17</sup>

---

el investigador, sus posibilidades y plazos. Sin embargo, este gran avance normativo se ve fuertemente opacado por la práctica institucional consistente en efectuar reproches al juez enjuiciado a través de las fórmulas “se observa al juez”, “se llama severamente la atención al juez” o “se representa al juez” que de ordinario se acompañan de “y en lo sucesivo...”, no obstante haber sido absuelto o sobreseído en la causa respectiva por no haberse verificado los presupuestos del merecimiento de sanción. Lo anterior se ve agravado por cuanto este reproche se ordena anotar en la hoja de vida del juez, sin derecho a recurso según opinión mayoritaria por no ser “formalmente” una sanción disciplinaria. Formalmente esta “observación” no figurará en la hoja de vida como una sanción disciplinaria propiamente tal, no obstante causará un daño inevitable en las calificaciones pues el sistema obliga a considerar las anotaciones de mérito y demérito del juez (AD 415-2007, AD 1835-2007, AD 790-2007).

En todo caso, la informalidad que acompañaba la amplia discrecionalidad en el ejercicio de las facultades disciplinarias aún se deja ver, por ejemplo, en la imposición de la medida de “traslado” al juez disciplinado, que no es una sanción establecida en la ley.

<sup>16</sup> AD 60-2006, Voto de minoría, Sr. Ministro E. Corte Suprema Sergio Muñoz: “3º.- Que en lo relativo a las competencias “directivas, correccionales y económicas” que inciden en asuntos no jurisdiccionales, el principio democrático importa la posibilidad de impartir instrucciones generales y permitir el ejercicio del derecho de petición para llegar a la autoridad superior en uso de los recursos que el sistema jurídico contemple, sin que se haya establecido en este tipo de materias la acción de oficio de los tribunales superiores, a quienes se aplica el principio de inavocabilidad, de hecho no existe norma que le confiera competencia en tal sentido”.

<sup>17</sup> A título ilustrativo: 1) Antecedentes Administrativos AD-175-2004 en que se sanciona al juez por su autoría de la tesis “Propuesta de Política Pública de Introducción del Enfoque de Derechos Humanos en el Trabajo del Poder Judicial de la República de Chile”, rendida en el Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización de la Universidad de Chile; 2) AD 117-2007 se reabre investigación archivada sin resultados y se sanciona al juez por hechos acaecidos fuera de su ejercicio ministerial investigados por la Corte de Apelaciones respectiva en enero de 2005, todo ello en el marco de un fuerte cuestionamiento mediático del magistrado por resoluciones sobre prisión preventiva; 3) AD-60-2006 se deja sin efecto terna (ejecutoriada) para juez de garantía confeccionada por Corte de Apelaciones tres meses después del juramento del juez que fue nombrado – y se encontraba en ejercicio desde entonces– por defectos formales respecto de los cuales no hubo reclamo de interesado. En el ámbito disciplinario el ejercicio de las facultades de oficio es especialmente sensible, tanto que al dictarse el Acta 168-2007 sobre Procedimiento Disciplinario, la Asociación Nacional de Magistrados de Chile planteó a la Excm. Corte Suprema, entre otras, una observación sobre el ejercicio de estas facultades lo que no fue acogido. Consecuentemente, tras la dictación del Acta 168-2007 estas facultades han seguido ejerciéndose.



Estos institutos tienen en común un par de características, que les hacen un peligro real y serio para la independencia personal del juez, situados como están en el contexto de un sistema de nombramientos y ascensos no objetivamente competitivo ni meritocrático:

- a) Están depositados en manos de la misma superioridad jerárquica que, vía recursos jurisdiccionales, revisa las resoluciones pronunciadas por los jueces que, de ser el caso, serán sujetos pasivos del ejercicio de esta multiplicidad de facultades.
- b) Su operatividad se encuentra diseñada sobre la base de amplios espacios de discrecionalidad, que hacen de la inamovilidad de los jueces más una aspiración, que una garantía funcional al derecho de los ciudadanos de contar con jueces imparciales sujetos exclusivamente a la ley.

Estas características de la configuración institucional son fuente de disfunción pues, como señala un prestigioso magistrado del Tribunal Supremo español, “*la yuxtaposición sistemática del plano jerárquico-organizativo y el propiamente jurisdiccional dan como resultado la difusión capilar de la dependencia en las actitudes y en las prácticas de los jueces*”.<sup>18</sup>

## VI.- Aquello llamado “Cultura Judicial”: un fantasma de traje gris

Explicando el sistema judicial, la doctrina nacional mayoritaria se ha orientado por recurrir a la idea de “cultura”. Así, el operar del sistema judicial y sus actores se describe bajo las características de lo que sería la *cultura jurídica nacional* y, específicamente, *la cultura judicial*, posición que pasa por alto el análisis estructural sistémico. Se sostiene que la cultura judicial denota formalismo, entendido como una versión deformada del positivismo jurídico y, de otra parte, corporativismo. Se agrega –aludiendo a una cierta cultura implícita– que los jueces se vinculan “en apariencia” a la ley, pero prefieren sus propias valoraciones las que,

---

En AD 1412-2007 se aplicó sanción al juez que había sido sobreseído sin formulación de cargos por la Corte de Apelaciones respectiva. La aplicación de esta sanción no sólo deja clara la decisión de ejercer las facultades aludidas sino que muestra que a la hora de hacerlo no se reconoce sujeción estricta al nuevo procedimiento, pues éste presupone que –llegado el caso– se ordene la reapertura a fin de la necesaria formulación de cargos –y defensa– del acusado. No parecía haber duda al respecto en la respuesta dada por la Excm. Corte Suprema a la Asociación Nacional de Magistrados de Chile sobre este punto: “*Que la atribución de esta Corte Suprema de disponer la reapertura de una investigación disciplinaria corresponde al ejercicio de la superintendencia que el artículo 82 de la Constitución Política de la República le confiere sobre todos los tribunales de la Nación y en ningún caso puede lesionar el derecho de defensa del afectado, si se considera que éste podrá hacerlo efectivo si se le formulan nuevos cargos, así como deducir igualmente los recursos dirigidos a impugnar las resoluciones a que de lugar dicha reapertura*”.

<sup>18</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, ob. cit, pág. 145.

de ordinario, callan. Se afirma, asimismo, que los jueces se vinculan de modo habitual a los criterios que mantengan los tribunales superiores. Finalmente se coincide en que, si se pretende cambiar el sistema, no bastan modificaciones normativas u organizacionales, sino que resulta indispensable un cambio en la cultura legal.<sup>19</sup>

Nuestro análisis se basa en la idea de que, el sistema judicial chileno “es lo que es” -un sistema incapaz de estabilizar eficientemente las expectativas normativas- principalmente por estar organizado bajo el formato de carrera por ascensos, en un diseño estructural jerárquico y de congestión en la cúspide. Desde esta perspectiva, *Cultura* es el nombre y *Judicial* el apellido de un fantasma de traje gris, que se ha aparecido con (demasiada) frecuencia en las reflexiones de los académicos y que urge espantar.

Nuestro enfoque, no niega que es posible identificar ciertas constelaciones de cánones caracterizadores del accionar de los jueces. Lo que se desestima, es la tendencia generalizada a dar por cierto que dichos cánones deben ser tomados en serio al punto de considerarlos “un tema” a la hora de pensar en posibles reformas. Desde luego, es verdad que para los jueces el “comportarse de una determinada manera”, institucionalmente hablando, no es un asunto que se pueda soslayar sin esperar consecuencias.<sup>20</sup> En ésto consiste la astucia del modelo: inducir

---

<sup>19</sup> Ver “La Cultura Jurídica Chilena”. Corporación de Promoción Universitaria, 1992, “Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile”, Felipe González, “El Poder Judicial en la Encrucijada”, Cuadernos de Análisis Jurídico, 1992, “Evolución de la Cultura Jurídica Chilena.”, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.

<sup>20</sup> La práctica de moldear integralmente la conducta de los jueces es cotidiana y se desarrolla en las diversas áreas de intervención de los niveles superiores preferentemente bajo las fórmulas “*se observa al juez*”, “*se llama severamente la atención*”, “*se representa al juez*”. Estas fórmulas incluso han establecido –al margen de toda regulación legal- una graduación, aparentemente ligada a cuan grave se estime la (no) falta. Así se puede observar en AD 790-2007, en que la Corte Suprema aprueba el sobreseimiento del juez sin formulación de cargos y, sin embargo, una mayoría de 12 votos decide “observarle por su conducta” frente a 4 votos que estuvieron por “llamarle severamente la atención”.

Los amplios espacios de discrecionalidad han conducido a que incluso los institutos diseñados con objetos específicos se usen para compeler a los jueces a comportarse del modo institucionalmente esperado y así:

1) En la calificación del juez se incorporan “mensajes” sobre su comportamiento futuro, no necesariamente en el área propiamente jurisdiccional, como por ej: “*debe el magistrado abstenerse de hacer declaraciones públicas que signifiquen críticas a otros órganos públicos*”, o se funda la baja nota, en nuestro ejemplo, en el rubro responsabilidad por “*actuaciones y declaraciones varias que revelan falta absoluta de criterio (críticas a ministros de corte y fiscales)*”. También al calificar se funda la baja nota en una resolución específica dictada por el juez, luego conocida y resuelta por la Corte en un sentido distinto: “*por otorgar libertad a narcotraficante*”.

2) Al disciplinar al juez, como ya hemos visto, se formulan reproches no obstante haber resultado absuelto o sobreseído. Esta mecánica está tan asentada en la cultura institucional que incluso ha llegado a verse que el mismo ministro instructor que conoce la causa disciplinaria y que llega a la conclusión de que no existen antecedentes que justifiquen la formulación de cargos, una vez hecha esta afirmación y propuesto el sobreseimiento para la causa, agrega a continuación: “*Sin embargo, y*

en los jueces una falsa conciencia de su modo de inserción, como independiente, en el aparato estatal, mientras se les controla –administrativamente- de forma capilar en el desempeño de su actividad jurisdiccional y en sus expectativas profesionales. La satisfacción de estas últimas exige ascender en el *cursus honorum*, para lo cual es preciso adecuarse a las *persuasivas* exigencias de conducta profesional y extraprofesional que se difunden desde el vértice.<sup>21</sup>

El respeto –irrestricto- de la jerarquía aparece como un *valor* del sistema. Se pierde de vista que, el orden de la diferenciación interna, regulariza la relación entre los subsistemas, alternativa o conjuntamente, sobre la base de la igualdad (segmentación) o, sobre la base de la desigualdad (rango). Se silencia, que la jerarquía tiene un sentido meramente organizativo- funcional, propugnándose, por el contrario, un mandato inequívoco, susceptible de ser resumido en una frase contenida en una resolución disciplinaria: “*el imperio del principio del respeto jerárquico que informa toda nuestra normativa estructural del Poder Judicial*”.<sup>22</sup>

Por este apego a un supuesto valor en sí mismo de la jerarquía, se reproducen una y otra vez los cánones caracterizadores de la conducta judicial. Nadie quiere escapar del molde, pues ello pone en riesgo las expectativas de carrera. La llamada cultura judicial, no sufre así cuestionamientos ni variaciones. Como indica Damaska: “*cuando los profesionales están estratificados en una cadena de subordinación (...) son presionados hacia la unidad y la obediencia. El espectro de las auditorías superiores propicia una ética de cooperación y la dinámica de la promoción jerárquica contribuye a crear un espíritu de “juego en equipo”. Aquellos funcionarios que desean hacer notar su impacto*

---

*no obstante lo antes expuesto, se sugiere que el Tribunal Pleno de esta Corte llame la atención a la referida funcionaria, a objeto que en lo sucesivo...*” AD 1631-2007.

3) Al conocer vía recursos jurisdiccionales resoluciones o sentencias, a la vez que se confirma o revoca, se despacha una reprensión al juez si se estima que ha incurrido en falta (de variadas índoles). Esta práctica es por mucho la vía más recurrente de control informal. La situación ha ido tan lejos que la Asociación Nacional de Magistrados de Chile ha efectuado solicitudes a la superioridad en el sentido de incorporar dichas observaciones en cuaderno reservado, en resguardo de la dignidad del juez. Recientemente con ocasión de la dictación del Acta 168-2007 la Asociación Nacional de Magistrados decidió solicitar formalmente a la Excm. Corte Suprema que cualquier conducta que merezca reproche sea conocida y resuelta bajo la reglamentación contemplada por dicho cuerpo normativo.

4) Al conocer de alguna materia en el Pleno pueden surgir iniciativas que traducen el ánimo de “reprender/guiar” la conducta de los jueces. En este sentido es muy demostrativo el Oficio 2236-2007 por el cual se pone en conocimiento de los jueces, que la Corte de Apelaciones de Santiago acordó “representar a los *jueces de garantía de la ciudad* la actuación que da cuenta el fundamento segundo (se refiere a una comisión de jueces de garantía que visitó los recintos penitenciarios para constatar las condiciones de los reclusos cuando Gendarmería de Chile pidió anuencia para ingresar imputados al CDP Santiago Sur ante la amenaza de lleno de Santiago Uno), debiendo abstenerse éstos en el futuro de incurrir en críticas y censuras al Poder Ejecutivo y funcionarios públicos...).

<sup>21</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, cit, pág. 144.

<sup>22</sup> AD 175-2004

*obstruyen el funcionamiento armónico y están en peligro de ser dejados de lado de cara a los ascensos*<sup>23</sup>

## VII.- Conclusiones

Hemos sostenido que, los tribunales se distinguen de todas las demás instituciones del sistema del derecho, porque poseen el imperativo de decidir y, que el imperio de la lógica predominante de la decisión judicial, requiere de ciertas condiciones sistémico-estructurales que aseguren la existencia de jueces con una posición o colocación institucional caracterizada por su independencia, la que se define por el mandato de sujeción del juez a la ley. A esta posición aludimos con la fórmula *sine spe ac metu*, o sin temor ni esperanza.

Al sostener que el imperio de la lógica predominante de la decisión judicial requiere de ciertas condiciones sistémico-estructurales, dimos a la pregunta, de los posibles *modelos* de estructura organizacional, un significado de relevancia.

Partiendo del supuesto de que los modelos estructurales definen las condiciones en las que el rol del juez se desarrolla, analizamos el modelo organizacional chileno y pusimos énfasis en las implicancias derivadas de la existencia de ciertos dispositivos que se activan, en el ámbito jurisdiccional, administrativo y disciplinario, para hacer operativo el poder concentrado en la cúspide.

Tras el estudio realizado pudimos constatar que:

- 1) Los jueces desarrollan su rol bajo condiciones sistémico-organizacionales caracterizadas por el control de la superioridad jerárquica;
- 2) Estas condiciones se sustentan en el diseño de la carrera judicial por ascensos y en la existencia de institutos específicos de control, con amplios espacios de discrecionalidad, que dan operatividad al esquema de congestión en la cúspide.

Y en fin, ¿qué consecuencia tiene para los ciudadanos que los jueces ejerzan su función bajo estas condiciones sistémico-estructurales? Insuperable es al respecto la reflexión de Piero Calamandrei en esta materia: *“la carrera tiene el peligro de transformarse en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado. El gusanillo que llega a transformarse en una obsesión en los períodos críticos de su vida en los que está próximo a alcanzar la antigüedad necesaria para aspirar al ascenso. Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente, por costumbre burocrática, a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia carrera”*.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Damaska, Mijan R.: Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado, cit, pág. 41.

<sup>24</sup> Calamandrei, Piero. Proceso y Democracia. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1960, pág. 100.

Si esto es así, podemos finalmente concluir que, la organización judicial, no está realmente al servicio de su función sistémica: la decisión jurídica. Lejos de eso, la organización *interviene* esta decisión, torpedea el proceso de selección de los elementos jurídicamente relevantes y orienta el proceso moviendo el eje, desde el aseguramiento de expectativas normativas, hacia la preeminencia de los intereses de carrera.

La decisión se toma con sujeción al código binario derecho/no derecho, no obstante la adjudicación de los valores del código, sólo acatan en apariencia los programas, solapando las razones de las razones.

En este escenario, se revelan como reformas ineludibles para instalar una semántica modernizadora, la abolición o, al menos la reformulación de la carrera por ascensos, y la descongestión de la cúspide estructural<sup>25</sup>.

Sólo así -y por última vez Calamandrei- el magistrado, una vez nombrado en el cargo judicial basado en títulos técnicos, podrá permanecer en él toda la vida, libre del conformismo, hijo bastardo procreado por el matrimonio del temor con la esperanza.

---

<sup>25</sup> Y estas propuestas no sólo se hacen en el plano doctrinario. En este mismo sentido se pronunció la Convención Nacional de Magistrados de Chile (Valdivia 2007) en la cual se postuló la separación de Funciones Jurisdiccionales y de Gobierno Judicial a fin de fortalecer la Independencia interna y externa de los jueces. Se votó, además, que la Corte Suprema debía avocarse sólo a funciones jurisdiccionales y que el Gobierno Judicial debía estar a cargo de un órgano autónomo, con competencias referidas a la evaluación de desempeño, régimen disciplinario, etc., con alguna forma de representación corporativa a fin de fortalecer la independencia.

Bibliografía:

- **Calamandrei.** “Proceso y Democracia”. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960
- **Ferrajoli, Luigi.** Derecho y Razón. Ed. Trotta. Madrid (España) 1995
- **Flores Monardes, Álvaro.** “Gobierno Judicial: El Caso Chileno. La Reforma Olvidada”. Revista de Estudios de la Justicia N° 6, año 2006
- **Ibáñez, Perfecto Andrés,** “Derecho y Justicia en el Siglo XXI. Más Difícil Todavía”. Revista de Estudios de la Justicia N° 5, año 2005
- **Luhmann.** “El Derecho de la Sociedad”. Herder y Universidad Iberoamericana. 2ª ed. 2005
- **Luhmann.** “Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo”. Ed Anthropos y Universidad Iberoamericana.
- **Mirjan Damaska.** “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”. Editorial Jurídica de Chile. 2000
- **Salvat y Mascareño.** “Los Dilemas Ético Valóricos de la Sociedad Chilena en el Marco del Proceso de Diferenciación y Autonomía del Sistema Jurídico”. Informe final proyecto Fondecyt N° 1040266.
- **Squella.** “Filosofía del Derecho”. Editorial Jurídica de Chile.
- **Vargas y Correa.** “Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno”. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria.
- “Pautas para Promover la Independencia y la Imparcialidad Judicial”. Serie de Publicaciones Técnicas. Oficina de Democracia y Gobernabilidad, Agencia Para el Desarrollo. Washington, DC. Marzo 2002
- La Cultura Jurídica Chilena. Corporación de Promoción Universitaria. 1992.
- “El Poder Judicial en la Encrucijada”. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 22. Escuela Derecho Universidad Diego Portales. 1992.