

## ANÁLISIS COMPARADO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL\*

Pablo Ruiz-Tagle\*\*

Las urgentes e importantes modificaciones que precisa la función judicial chilena, se señala, deben proceder de un nuevo marco jurídico-teórico de sustentación. De acuerdo al autor, las proposiciones de reforma que se han formulado en los últimos tiempos —tanto las conservadoras como las aparentemente de avanzada— no sólo no resolverían los problemas existentes, sino más bien contribuirían a acentuarlos. En tal sentido, en el presente estudio se examinan distintas categorías y criterios que se emplean en el derecho comparado, con el objeto de ilustrar la situación de la judicatura chilena y orientar el rumbo de las reformas requeridas. A la luz de esos conceptos, se plantea que el debilitamiento del principio de unidad jurisdiccional y el desprestigio de los sistemas de calificación y ascenso han desarticulado la jerarquización de la función judicial en Chile. El razonamien-

\*Estudio realizado dentro del marco del Proyecto *Humanitas* del Centro de Estudios Públicos. El autor agradece la ayuda brindada por esa institución y reconoce la inspiración que le significara el trabajo desarrollado por el Instituto de Estudios Judiciales de la Asociación Nacional de Magistrados. No obstante, las ideas y opiniones expresadas en el texto no comprometen a las instituciones mencionadas.

\*\*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Chile y Master en Derecho en la Universidad de Yale. Profesor de la Universidad Nacional Andrés Bello y de la Universidad Diego Portales.

to legalista de los jueces, así como la actitud discreta de los mismos frente a la función judicial habrían también incidido en la agudización de la crisis actual.

Aquellos patriotas que primero pensaron nuestro país como una república, apoyaron sus sueños en las grandes transformaciones sociales que se produjeron en Francia alrededor de 1789. Entre los fundamentos que sirvieron para organizar la naciente República de Chile ocupó un lugar preeminente la idea revolucionaria de la desconfianza por los jueces y la iniciativa de reformar el sistema judicial. Estas ideas sirvieron para justificar la imposición de limitaciones y la exigencia de responsabilidad pública respecto de la labor judicial. Con ello, en un estado nacional naciente como el chileno, se aseguró la consolidación de un derecho centralizado y autónomo. Pero sobre todo, quiso evitarse la arbitrariedad y los abusos. En efecto, tanto en el Chile colonial como en la Francia del Antiguo Régimen los jueces representaron uno de los sectores más contrarios al cambio, comprometidos con el *statu quo*, la nobleza y los privilegios. Por eso, hasta el mismo Andrés Bello habló de la necesidad de aplicar el "hacha" en materia de reforma judicial. Bello dijo textualmente: "De este modo nos lisonjamos de que en la presente temporada constitucional podrán realizarse algunas de las obras indicadas en el discurso del Presidente, y en particular las leyes relativas a la redacción del código y al arreglo de los juicios... Para que esta reforma sea verdaderamente útil, debe ser radical. En ninguna parte del orden social que nos ha legado la España es tan preciso emplear el hacha. En materia de reformas políticas no somos inclinados al método de demolición; pero nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil no se ganase mucho derribándolo y sustituyéndole otro cualquiera. No sería tal vez una exageración decir que en él se echan de menos todas las garantías que tiene descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad y amparar el derecho. Y lo que a veces nos hace desconfiar de verlas introducidas entre nosotros es la preocupación que existe contra algunas de ellas, aun en la clase respetable de los magistrados y jurisconsultos".\* Sin

\*A. Bello, "Necesidad de Fundar las Sentencias", artículo escrito en el diario *El Araucano* y reproducido en *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios* (Valparaíso, 1979), 107-108. Véase también Mensajes del Código Civil, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal. Véase también Manuel E. Ballesteros *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile* (Santiago, 1890).

embargo, a pesar de la fuerza que tuvieron los ideales revolucionarios en patriotas como Bello, y en tantos otros, la verdad es que hoy el sistema de juicios y la función judicial presentan defectos igualmente graves a aquellos que se detectaron en el siglo XIX. Ahora incluso podna perpetuarse una poderosa casta judicial mediante la creación de un Consejo Nacional de la Magistratura y el establecimiento de una Policía Judicial. Con estas medidas podría consolidarse una especie de "corporativismo de los jueces" que colocaría a todos aquellos que ejercitan la función judicial por sobre el común de los ciudadanos. Los jueces podrían transformarse en una clase especial que goza de privilegios particulares y hacer oídos sordos a lo que demanda de ellos la sociedad chilena. Teniendo presente lo anterior, me he propuesto en este trabajo revisar algunas nociones de derecho comparado relativas a la función judicial que pueden servir para analizar esta importante materia.

### **1. Criterios de Comparación de los Sistemas Legales**

Comparar es fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.<sup>1</sup> En el derecho se utiliza la comparación como mecanismo de análisis. El derecho comparado es un método de análisis jurídico que consiste en el estudio de los principios de la ciencia legal por medio de la comparación de varios sistemas o instituciones jurídicas.<sup>2</sup> En el derecho comparado, la comparación debe tener un propósito manifiesto, mostrar claramente el criterio utilizado y tener en cuenta el contexto en el que se lleva a cabo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia (Madrid, 1984), Tomo I, p. 346.

<sup>2</sup>Tomado de *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minn.1986), p. 255. Este diccionario define *comparative jurisprudence* como: "El estudio de los principios de la ciencia legal mediante la comparación de los distintos sistemas legales". A mi juicio, el derecho comparado y la historia legal son los métodos dogmáticos de conocimiento del derecho más adecuados a este campo científico.

<sup>3</sup>Tornado de lecciones impartidas por el profesor Mirjan Damaska en la Universidad de Yale y R. Schlezinger, *Comparative Law* (New York, 1986), pp. 1-41. Schlezinger, al explicar el método comparativo, distingue las siguientes situaciones: 1) El método comparado aplicado a problemas domésticos que se subdivide en: a) Usar la solución legal foránea como

Para aclarar el propósito y el contexto en el cual se desenvolverá este trabajo es importante tener en cuenta que por función judicial se entenderá el ejercicio de las facultades judiciales o del oficio que es propio de los jueces y también la capacidad de actuar de una manera específica que caracteriza al poder judicial como poder del Estado. Es decir, en este trabajo la función judicial comprenderá aquellos modos de acción que pertenecen a la judicatura como departamento organizado del Estado y los medios por los cuales logra sus propósitos y ejercita los poderes que le son peculiares.<sup>4</sup>

La idea de este trabajo es revisar comparativamente algunos conceptos legales utilizados por autores anglosajones, como por ejemplo M. Damaska y B. Ackerman. Esta revisión comparativa se justifica porque en esos países la discusión sobre los jueces es más compleja y sofisticada. En efecto, en los países anglosajones aquellos que ejercen la función judicial ocupan un papel de primera importancia. Teniendo presente esta circunstancia, en este trabajo la comparación consistirá en explicar algunos criterios foráneos para hablar sobre la función judicial y luego intentar caracterizar la función judicial chilena a la luz de esos mismos criterios. En todo caso, conviene advertir que este trabajo no analizará jurisprudencia (sentencias) de los tribunales, sino más bien se limitará a comentar algunos aspectos de organización y la forma en que parecen operar los jueces.

Ahora bien, son múltiples las formas en que pueden agruparse los sistemas legales del mundo con el objeto de ser comparados entre sí. Por ejemplo, David clasifica los sistemas legales del mundo contemporáneo en cuatro "familias": 1) Familia romano-germánica; 2) Familia del *common law*; 3) Familia de los derechos socialistas, y 4) Sistemas filosóficos o religiosos.<sup>5</sup> Damaska, en cambio, propone como alternativa distinguir los

---

modelo, b) Usar la solución legal foránea como contraste o medio de ganar perspectiva. 2) El método comparado aplicado a transacciones que se producen a través de las fronteras internacionales, que se subdivide a su vez en: a) El derecho comparado en situaciones de conflictos de leyes o de derecho internacional privado, b) Problemas legales foráneos en la práctica legal doméstica, y c) Usar el derecho comparado en operaciones y litigios foráneos.

<sup>4</sup>Tomado de *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minn, 1986), 761. El profesor Carlos Peña me ha sugerido utilizar la expresión "sistema judicial" por ser éste un concepto más amplio que el de "función judicial". Yo he preferido insistir en la expresión "función judicial" para mantener la fidelidad a las ideas de los autores anglosajones que usaré para efectuar el análisis comparativo.

<sup>5</sup>R., David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid, 1968), pp. 10-18. David entiende por pertenecientes a la misma "familia"

sistemas legales según los siguientes criterios de comparación: 1) influencia de la religión o independencia de la misma (por ejemplo, oriental y occidental); 2) organización económica (por ejemplo, capitalista y socialista); 3) concepto del derecho que se tiene en la sociedad (según si el derecho es ciencia autónoma o forma parte de la moral o la política); 4) organización de la profesión legal (por ejemplo, profesión legal controlada por el Estado o profesión legal privada) y, finalmente, 5) la forma que tiene la función judicial (por ejemplo, sistemas legales de función judicial organizada jerárquicamente o función judicial de organización coordinada).<sup>6</sup> La clasificación que propone Damaska obviamente no es exhaustiva, pero los criterios en que se basa son a mi juicio más precisos que los propuestos por David. Por eso en este trabajo he elegido el esquema de Damaska como guía y modelo para realizar el análisis comparativo.

## **2. Criterios de Análisis Comparado de la Función Judicial**

Utilizando la clasificación de Damaska que agrupa los sistemas legales de acuerdo a la organización de su función judicial (Nº 5), en los párrafos que siguen voy a hacer un análisis comparado de la función de los jueces en Chile. También usaré algunas ideas desarrolladas por Ackerman, Ely, Schlezinger y otros autores anglosajones que han hecho interesantes análisis acerca de la función judicial. Los criterios de clasificación que pienso describir y después utilizar son los siguientes:

dos sistemas legales cuando en ellos existen semejanzas en cuanto a la técnica jurídica que empican los juristas, cuando las fuentes del derecho son semejantes y cuando ambos sistemas legales comparten los mismos principios filosóficos, económicos o políticos. Según David, el primer y segundo grupo que comprende la familia romano-germánica y el derecho anglosajón o *common law*, puede agruparse como derecho occidental, porque ambas familias comparten una base ética judeo-cristiana y postulan como modelo social la democracia liberal y la economía capitalista. Al derecho occidental se opone el derecho socialista que postula una base ética marxista y propone como organización social la democracia popular y la economía socialista. Asimismo, David considera que el cuarto grupo de sistemas legales, referido a los sistemas filosóficos o religiosos, por su diversidad no forma propiamente una familia. En este último grupo David comprende el derecho musulmán, el derecho hindú, el derecho del lejano oriente y el derecho africano. En verdad, la clasificación de David por la diversidad de criterios que utiliza parece una clasificación de Borges.

<sup>6</sup>Damaska, *op. cit.*

- 1) Sistemas legales de función judicial jerarquizada *versus* sistemas legales de función judicial coordinada;
- 2) Sistemas legales donde se privilegia el juez activo *versus* sistemas legales donde se privilegia el juez reactivo;
- 3) Sistemas legales donde se concibe la función judicial como mecanismo de solución de conflictos *versus* sistemas legales donde se la concibe como mecanismo de implementación de políticas;
- 4) Sistemas legales donde se privilegia una función judicial popular *versus* sistemas legales que privilegian una función judicial científica;
- 5) Sistemas legales que privilegian una función judicial comprensiva *versus* sistemas legales que privilegian una función judicial discreta, y, finalmente,
- 6) Sistemas legales que conciben la función judicial como interpretación de precedentes *versus* aquellos que la conciben como interpretación de estatutos legislativos o los que la entienden como interpretación constitucional.

Pienso que el uso combinado de estos criterios de análisis nos permitirá tener una mejor visión de la función judicial chilena y nos entregará herramientas más adecuadas para propiciar su necesaria y urgente reforma.

## 2.1 Función Judicial Jerarquizada *versus* Coordinada

La función judicial en un sistema legal determinado se puede organizar en forma jerárquica o en forma coordinada. La función judicial jerárquica corresponde a la noción clásica de burocracia y se caracteriza porque en ella un grupo de funcionarios o profesionales se organizan en diferentes grados de autoridad y atribución, tomando decisiones de acuerdo a criterios técnicos que son sometidos a revisiones sucesivas. En cambio, la función judicial tendrá una forma coordinada cuando en ella un grupo de personas, generalmente no profesionales, tomen decisiones organizándose todos en un mismo nivel de autoridad. Las decisiones que toma este grupo

de personas que actúa de modo coordinado, normalmente no se diferenciarán de los estándares compartidos por la comunidad a la que pertenecen.<sup>7</sup>

En cambio en aquel sistema legal donde la función judicial sea del tipo jerarquizada, los que tomen decisiones serán funcionarios que se diferenciarán del común de los ciudadanos. Ellos ocuparán su puesto permanentemente —muchas veces serán inamovibles— y su forma de decidir será rutinaria y especializada, lo que los hace asumir una visión institucional de su oficio que es incompatible con la figuración personal individual. En ellos prima un espíritu de cuerpo. Además, los funcionarios se organizarán en diversos niveles de autoridad. El poder en esta jerarquía vendrá desde la cima hacia abajo, menguando sucesivamente en niveles de autoridad decreciente. Esta jerarquización lleva a concebir la función judicial como ligada a una labor uniforme y ordenada de cooperación en equipo. Lo particular y poco importante lo resuelven los niveles más bajos de la organización y los problemas más importantes y generales se resuelven en la cima de la jerarquía. Según Damaska, la toma de decisiones en la estructura judicial jerárquica será del tipo "legalista", cuando los funcionarios toman decisiones particulares y los hechos están especificados en una norma. En cambio, será "consecuencialista", según si se espera que los funcionarios justifiquen la toma de decisiones, haciendo referencia a las consecuencias deseadas que se espera se deriven de esas decisiones. En este último caso puede pensarse, por ejemplo, en las alternativas que parezcan más atractivas, en términos de un objetivo organizacional previamente establecido.<sup>8</sup>

<sup>7</sup>M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven, 1986), p. 17.

<sup>8</sup>Ibídem, pp. 18-21. Hay también una interesante clasificación de las formas de toma de decisiones en J. Mashaw, *Bureaucratic Justice* (New Haven, 1983), pp. 23-34. Mashaw distingue las siguientes formas:

a) Racionalidad burocrática: Esta se define como la búsqueda de la decisión menos costosa de acuerdo a un criterio previamente establecido en una regla que define la forma de resolver. No se incluyen valores ni preferencias en las decisiones. Se supone que alguien previamente ya consideró valores o preferencias al establecer la regla de decisión. En consecuencia, se decide acumulando información sobre hechos y reglas y procesando esta información en forma coherente. Esto implica tener que usar personal seleccionado, definir específicamente tareas de los que toman decisiones, también supone especialización y división del trabajo, cooperación de funcionarios mediante reglas, líneas jerárquicas de autoridad y control;

b) Tratamiento profesional: Esta forma de toma de decisiones implica mirar las reglas instrumentalmente, teniendo como propósito servir a un cliente o usuario. Las decisiones de justicia son aquellas que mejoran el bienestar de los que sufren sus consecuencias. Los problemas deben

En un sistema legal donde la función judicial se ejercite en forma coordinada, el poder de decisión estará normalmente entregado a verdaderos *amateurs* que ejecutan funciones de autoridad en forma *ad hoc* o por un período limitado. Siendo limitado el tiempo en que cumplen sus funciones de autoridad, estos *amateur* de la justicia no pueden desarrollar una rutina, ni menos especializar sus labores. Las decisiones que ellos toman estarán permeadas por las características personales de los individuos que deciden. Normalmente no se desarrollará ningún espíritu institucional entre ellos. A veces, los que toman decisiones son asistidos por profesionales, pero entre ellos no se desarrollará ningún esquema de superioridad o inferioridad. El poder se distribuye horizontalmente en un mismo nivel, lo que obliga a coordinarse entre sí, para evitar colisiones de autoridad. Por ello, la estructura judicial coordinada implica casi siempre tener que mezclar labores administrativas y legislativas con aquellas que son sólo de carácter judicial. Finalmente, al no existir una jerarquía de poder en el esquema coordinado, todos los que toman decisiones permanecen más cerca de las situaciones de hecho. Consecuentemente, los que toman decisiones en una estructura judicial coordinada aplicarán criterios directamente conectados con las concepciones éticas, políticas o religiosas que prevalezcan en su comunidad y buscarán no apartarse del sentido común en sus decisiones.<sup>9</sup>

Damaska identifica la estructura judicial que prevalece en los países de derecho continental con la organización jerárquica de la función judicial y la estructura judicial del derecho anglosajón o *common law*, con la organización coordinada de la función judicial. El proceso en los países de derecho continental, consecuentemente con la jerarquización de su función

resolverse con el menor costo posible para favorecer al cliente. La recolección de datos necesarios para tomar decisiones se hace en forma intuitiva, de manera que se conozca la realidad particular de los clientes. Se usará la entrevista personal como método de recolectar información y el consejo personal se incorporará en la decisión. Se usarán equipos profesionales multidisciplinarios coordinados y toda la simbología profesional para aplicar racionalmente una decisión que proporcione confianza al cliente en un esquema de servicio profesional. Finalmente:

c) Juicio moral: Esta forma de tomar decisiones implica la aplicación racional de valores morales a los casos particulares. La decisión parte por una definición de valores morales y luego consiste en decidir adoptando una actitud ética que permita resolver conflictos, en forma consecuente con el criterio moral elegido. En este esquema se privilegia el desarrollo de una intuición moral independiente. La interpretación de los hechos y el derecho se realiza tomando en cuenta el contexto. La toma de decisiones se concibe como un proceso intuitivo.

<sup>9</sup>Damaska, *op. cit.*, pp. 23-28.

judicial, consistirá en una metódica sucesión de etapas que siguen los casos a medida que ingresan y salen de los distintos niveles jerárquicos. Allí los casos son revisados sucesivamente por funcionarios con autoridad cada vez mayor, todos ellos sometidos a una cadena de subordinación. Para que el proceso avance adecuadamente en la cadena jerárquica, el funcionario a cargo asume la dirección del mismo privilegiando el testimonio escrito y la prueba documental. En cambio, en los países anglosajones —debido a la organización horizontal coordinada de su función judicial— el proceso se da focalmente, en un juicio producido en su integridad y sin interrupción por una sola vez. En esta clase de proceso, que consistirá en un día que se otorga a las partes ante el tribunal, ellas mismas asumirán un papel directivo y se privilegiará el testimonio en vivo y la comunicación oral.<sup>10</sup>

La función judicial en Chile está organizada en forma jerárquica. En efecto, si aplicamos al sistema legal chileno los criterios de derecho comparado recién expuestos, a primera vista tenemos que reconocer que por pertenecer a la tradición legal continental y por estar influida por el derecho español y francés, la función judicial chilena es del tipo jerarquizada. Sin embargo, el debilitamiento del principio de unidad jurisdiccional, la correlativa aparición de poderosas jurisdicciones especiales, como por ejemplo la militar, sumado además al gigantismo del ejecutivo en cuanto a la producción del derecho, han desdibujado en parte la jerarquización que caracterizó la organización de la función judicial chilena. Asimismo, el progresivo debilitamiento y desprestigio de los sistemas de calificación y ascenso en la organización judicial han terminado por alterar los mecanismos de control característicos de la jerarquía judicial chilena. Incluso más, la mayor demanda por justicia y el número creciente de casos que deben resolver los tribunales, ha producido de hecho la implantación de una coordinación en la función judicial, que es especialmente notoria en los juzgados del crimen. Allí, los jueces rara vez ejercen su poder directamente sobre los casos y son, en cambio, una línea coordinada de actuarios y otros oficiales subalternos, generalmente legos, los que manejan directamente la toma de decisiones judiciales. Esta organización de hecho ha llevado a cometer excesos graves. Por ejemplo, ha derivado en lo que se conoce como "justicia de mesón", según la cual funcionarios subalternos —los del mesón— se las arreglan para desincentivar a aquellas personas que acuden al Tribunal en busca de justicia, imponiéndoles molestias, cargas burocráticas y dificultándoles el acceso, hasta producir el abandono de las legítimas peticiones de justicia.

<sup>10</sup>Ibíd. pp. 29-70.

Todo esto para alivianar la carga excesiva de trabajo de los tribunales chilenos.

Por otra parte, se suman a estos problemas de organización en la función judicial chilena los criterios o tipos de razonamiento que parecen imperar entre algunos jueces para adoptar sus resoluciones. Por ejemplo, el estilo legalístico-literal, profundamente acendrado en algunos sectores de la jurisprudencia chilena, hace que las decisiones judiciales chilenas sean muchas veces ejercicios de argumentación gramatical que parecen estar muy lejos de las realidades concretas a las que se refieren. Las consecuencias que producen las decisiones judiciales son rara vez tomadas en cuenta en las sentencias que resuelven los casos de acuerdo al criterio "legalista-literal". Sin embargo, coexisten con estas formas "legalistas-literales" formas de resolver los casos de tipo "clientelista-profesional" que es especialmente característica del enfoque con que algunos abogados integrantes asumen sus funciones en los tribunales superiores del país. En este caso, se vinculan las decisiones legales a las necesidades de las partes o "clientes" involucrados en los casos judiciales. Los jueces, como avezados profesionales, dictan las sentencias que más parecen convenir a los involucrados en el proceso. La coexistencia del enfoque "legalista-literal" con el "clientelista-profesional" produce en los hechos un debilitamiento adicional de la jerarquización judicial chilena, porque implica una creciente falta de claridad en cuanto a los diversos criterios que se usan para resolver los casos sometidos a conocimiento de los tribunales. Todo esto puede derivar, quizás, en una acentuación del carácter coordinado de los criterios con que resuelven los casos los jueces chilenos.

## 2.2 Función Judicial Reactiva *versus* Activa

En los distintos sistemas legales, la función judicial puede ser concebida en forma reactiva o activa, según la noción que exista de la relación entre el Estado y la sociedad. La función judicial será reactiva si la tarea del Estado consiste en sostener las prácticas sociales existentes y en cambio será activa, si el Estado está autorizado para imponer y perseguir visiones particulares de lo que es bueno, asumiendo un papel directivo, empujando la sociedad en una dirección deseada.<sup>11</sup>

Allí donde la función judicial sea concebida como una función reactiva, los tribunales discutirán problemas de personas particulares, aconte-

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 72.

cidos en un tiempo determinado. El análisis legal consistirá en verificar si las acciones sometidas a escrutinio se desvían de las normas ya institucionalizadas y por eso la actividad de los abogados consistirá en hacer aparecer la conducta de su contraparte como desviada y la propia como institucional. Serán aquellas partes, que originalmente disputan, las que estarán en una posición mejor para mostrar los hechos y para desarrollar los criterios que son relevantes para alcanzar una decisión justa. En este caso la decisión justa será aquella que más se adecuó al contexto donde debe aplicarse. En cambio, la función judicial activa consistirá en identificar estructuralmente las actividades que pueden ser socialmente reorganizadas (sean éstas desviadas o institucionalizadas) y de ese modo evitar o mejorar las ineficiencias e injusticias que se están generando a partir de ellas. La concepción activa de la función judicial no retrocede ante la necesidad de cambiar las instituciones existentes. Por ello, en un proceso judicial activo no son las partes litigantes las más indicadas para dirigirlo. Más bien será un funcionario el que en este esquema debe llevar el control del litigio pudiendo expandir el proceso activamente en la dirección que le parezca. Consecuentemente con lo anterior, la decisión judicial activa será muy compleja.<sup>12</sup>

Ni Damaska ni Ackerman identifican sistema legal alguno con la concepción reactiva de la función judicial, pero por la celebración del individualismo, de lo privado y la mayor importancia que se concede a los grupos frente al Estado, puede decirse que los sistemas legales que existieron en Europa y en Inglaterra en el siglo pasado concibieron la función judicial en forma primordialmente reactiva. Según Damaska, la concepción activa de la función judicial es típica de los países socialistas. Sin embargo, tanto Damaska como Ackerman creen que en este siglo, en los países anglosajones y en los países europeos, se ha desarrollado con fuerza la concepción activa de la función judicial.<sup>13</sup>

En todo caso, ni el modelo reactivo ni el activo se dan en forma pura en la realidad. Con frecuencia, en un mismo sistema legal se pasa en el

<sup>12</sup>B. Ackerman, *Reconstructing American Law* (Cambridge, 1984), pp. 24-37.

<sup>13</sup>Damaska, *op. cit.*, pp. 84-88 y 72. Dice Damaska en una nota al pie de esta última página: "La doctrina del activismo liberal norteamericano es un caso puntual. De acuerdo a esta doctrina, la autonomía del individuo y la interferencia limitada del gobierno en la vida social continúa siendo considerada como decisiva, pero, al mismo tiempo, la responsabilidad gubernamental en la solución de problemas sociales es reconocida en forma creciente, principalmente para corregir un conjunto restringido de imperfecciones del mercado". B. Ackerman, *Reconstructing American Law* (Cambridge, 1984), pp. 1-6, 32 (traducción del autor).

tiempo desde una forma de concebir la función judicial a la otra y viceversa. Por ejemplo, la función judicial chilena fue originalmente concebida en forma reactiva, pero en este siglo de modo creciente ha ido adquiriendo mayor actividad. Particularmente, las jurisdicciones especiales tienen en Chile una forma claramente activa. Por ejemplo, la jurisdicción militar desarrollada en los últimos años entrega la función judicial a los fiscales militares, que por la actividad con que se desenvuelven parecen verdaderos *marshall* de la justicia. A su vez, ciertas leyes especiales, como por ejemplo la Ley de Seguridad Interior del Estado, la Ley Antiterrorista, la legislación de menores, la legislación laboral y cierta clase de legislación económica pretenden que la función judicial adopte una postura comprometida y activa. Por ejemplo, en algunos casos estas leyes pretenden que la función judicial asuma un carácter preventivo y, por supuesto, ésta implica mayor actividad judicial. En resumen, la función judicial chilena, concebida originalmente en forma reactiva y considerada tradicionalmente en esos términos, es hoy una función judicial de actividad creciente en muchas áreas.

### 2.3 Resolver Conflictos *versus* Implementar Políticas

Directamente ligada a la clasificación anterior (reactiva *versus* activa) está la clasificación que distingue entre la función judicial como mecanismo de resolución de conflictos y la función judicial como un modo de implementar políticas. En efecto, la función judicial reactiva normalmente tendrá como propósito ser un mecanismo de solución de conflictos. En cambio, la función judicial activa estará orientada a servir como mecanismo implementador de políticas y programas del Estado.

Si la función judicial se concibe como mecanismo de solución de conflictos, las reglas procesales serán muy importantes y estarán orientadas a balancear la situación de las partes litigantes, buscando igualarlas lo más posible. Las partes serán lo más importante del proceso. Ellas controlarán el litigio en todas sus partes y la toma de decisiones dependerá enteramente de lo que ellas aportan al juicio. El abogado cumplirá una función clave. Su función será "traducir" a términos legales lo planteado por las partes. Las decisiones, una vez dictadas, no podrán revocarse. En cambio, cuando la función judicial se conciba como un medio de implementar políticas o programas del Estado, las reglas procesales tendrán una importancia adjetiva. Todo el proceso estará organizado de acuerdo a instrucciones flexibles. Las partes serán miradas como participantes poco importantes, porque el proceso será manejado por un funcionario público. Este funcionario puede

resolver el programa o política que se ha de implementar y, por supuesto, puede hacer valer en su decisión consideraciones extrañas a las partes mismas. Además, normalmente el que toma la decisión tendrá un vínculo fuerte con el Estado y los abogados no tendrán importancia, sino en la medida que se vinculan a las instituciones cuyas políticas deben implementarse. Por supuesto, las decisiones judiciales podrán ser alteradas cada vez que parezca necesario.<sup>14</sup>

Tampoco parecen existir sistemas legales determinados a los que pueda aplicarse esta clasificación. Damaska señala que aunque resulte paradójico, en los sistemas legales anglosajones se concibe la función judicial, alternativamente, como mecanismo de solución de conflictos y como implementadora de políticas del gobierno. Lo mismo sucede, según Damaska, en los países de derecho continental.<sup>15</sup> Según Damaska, es en los países socialistas donde más se privilegia, aunque no exclusivamente, la concepción de la función judicial como implementadora de políticas y programas de gobierno.<sup>16</sup>

En Chile, tradicionalmente se identifica el propósito de la función judicial, tanto en materia civil como en materia criminal, con la resolución de conflictos. Sin embargo, existen en nuestro país importantes instituciones como el Consejo de Defensa del Estado que intervienen en los procesos que tiene interés el Fisco o directamente como parte para precisamente asumir la defensa judicial de las políticas del gobierno. Existen, además, tribunales tales como la Comisión Antimonopolios o el Tribunal de Aduanas cuyo propósito es implementar políticas del gobierno en un área determinada. Es más, siguiendo esta misma línea de implementación judicial de políticas del gobierno, ahora último surgió y luego fue eliminado el cargo de Procurador General de la República que cumplía una labor muy semejante a los funcionarios de rango similar que existen en los países socialistas.

#### 2.4 Visión Judicial Científica *versus* Visión Judicial Popular

La función judicial puede organizarse privilegiando una visión científica o un punto de vista popular, según la forma en que los jueces

<sup>14</sup>Ibíd. pp. 97-178.

<sup>15</sup>Ibíd. pp. 97-98.

<sup>16</sup>Ibíd. pp. 147-178.

conciben la utilización del lenguaje legal. Los jueces adoptarán una visión judicial científica cuando conciban el lenguaje legal y el derecho como un conjunto de conceptos técnicos cuyo significado se explica por sí mismo. En este caso el razonamiento judicial se llevará a cabo sin hacer referencia al lenguaje que usualmente utiliza el ciudadano común. En cambio, los jueces tendrán una visión popular de su oficio cuando conciban el derecho y el lenguaje legal como directamente vinculado al lenguaje que utilizan en forma usual los ciudadanos.<sup>17</sup>

La idea que prevalece en los países de derecho continental, donde el proceso de adjudicación es un proceso altamente tecnificado y el derecho se concibe como una ciencia que manejan profesionales, es un buen ejemplo de la función judicial científica. Por su parte, la utilización de jurados que prevalece en ciertas clases de litigios en los países anglosajones, donde el proceso de adjudicación, las pruebas judiciales y el lenguaje jurídico son accesibles a la participación y entendimiento de los ciudadanos comunes, es un ejemplo de la función judicial popular.

En Chile la función judicial es concebida como una actividad científica desarrollada por profesionales y respecto de la cual la perspectiva del ciudadano común no tiene mayor relevancia. Esta concepción científica de la función judicial deriva de la tradición continental a la que pertenece el sistema legal chileno. Por ejemplo, el lenguaje legal chileno está tan desvinculado del lenguaje que utiliza el ciudadano común, que incluso para determinar el significado de una palabra común, los jueces y abogados tienen la costumbre interpretativa de recurrir a la autoridad dogmático-lingüística del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Sólo por medio de las definiciones de autoridad del Diccionario de la Academia se determina el sentido natural y obvio y el uso general de las palabras contenidas en las leyes. Toda esta forma de proceder muestra cómo la concepción dominante en el derecho chileno considera la función judicial como una actividad científica.

Sin embargo, en forma paradójica, esta concepción científica y tecnificada de la función judicial chilena se ha visto erosionada en el último tiempo por el desmedido crecimiento de la jurisdicción de equidad que se ha desarrollado a la sombra del Recurso de Queja. Digo que esta concepción tecnificada de la función judicial se ha erosionado porque la fuerza de convicción de la concepción judicial científica o tecnificada, al igual que la fuerza de convicción de la ciencia en general, se apoya en la capacidad

<sup>17</sup>B. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, 1977), pp. 1-21, 88-156 y 185-188.

explicativa que ésta pueda tener. Esta capacidad explicativa se ha debilitado con la creciente jurisdicción de equidad, donde se resuelve sin explicaciones y en la cual muchas veces las partes afectadas sufren la sensación de arbitrariedad judicial de la que se quejaba Andrés Bello.

## 2.5 Visión Judicial Comprensiva *versus* Visión Judicial Discreta

Así como la función judicial puede estar organizada alrededor de una visión científica o popular, así también ésta puede privilegiar una visión comprensiva o una visión discreta de los conflictos legales. Los jueces tendrán una visión comprensiva cuando conciban su función como una tarea vinculada a algún patrón general de conducta o conocimiento. Por ejemplo, cuando sometan su actividad judicial a un conjunto de principios abstractos y generales. En cambio, los jueces tendrán una visión discreta cuando desarrollen su actividad en forma minimalista, vinculando cada una de sus decisiones a un conjunto de prácticas y principios diferentes, sin que existan unidad ni coherencia entre ellos.<sup>18</sup>

Ackerman dice que la visión comprensiva del juez puede estar vinculada a cualquier conjunto de principios, por ejemplo, iusnaturalistas, marxistas o existencialistas, pero desarrolla su caracterización de la función judicial, principalmente respecto de visiones comprensivas kantianas y utilitarias. Ahora bien, la visión judicial discreta puede adoptar cualquier forma conceptual, pero generalmente se da combinada con visiones pragmáticas, agnósticas u otras que se caracterizan por asumir una actitud de deferencia hacia lo que decide la legislatura. Los jueces que adoptan una visión discreta de su función, adjudican en forma casuística, sin buscar ninguna coherencia ni unidad en sus decisiones.

En Chile parece predominar la actitud discreta frente a la función judicial. Es cierto que podemos identificar algunos jueces chilenos que ejercen su función de acuerdo a visiones comprensivas iusnaturalistas o kelsenianas, pero la mayoría de los miembros del poder judicial no reflejan directamente esas ideas en su actividad diaria. En efecto, la mayoría de los que ejercen la función judicial en nuestro país asumen en los hechos una actitud discreta, desarrollando en forma mínima y casuística los principios y explicaciones que guían sus decisiones. Es bueno tener presente, eso sí, que las visiones discretas de la función judicial pueden ser más flexibles y adaptables a los cambios, sobre todo en aquellos sistemas legales donde la

<sup>18</sup>Ibíd. pp. 12-13 y 41 y ss.

función legislativa es activa y donde se ha producido una alternancia democrática del poder, como ha sucedido en Chile.

## 2.6 Adjudicación por Precedentes, Legislativa o Constitucional

La forma más básica de razonamiento judicial es la que se hace sobre la base de ejemplos, sobre la base de precedentes. Según este método legal la solución dada en un caso debe usarse como ejemplo para resolver otro. Levi señala que este tipo de razonamiento legal consta de tres etapas. La primera consiste en identificar las similitudes que se observan entre los casos; la segunda en anunciar la regla de derecho que se usó para resolver el primer caso; y, finalmente, la tercera consiste en hacer aplicable la regla legal anunciada en la segunda etapa, al caso que se pretende resolver. Este proceso no puede caracterizarse como la aplicación de reglas conocidas a hechos diversos. En verdad, en la interpretación de precedentes lo que sucede es que las reglas son descubiertas en el proceso de determinar las similitudes o diferencias que existen entre caso y caso.<sup>19</sup>

Cuando la función judicial se entiende como interpretación legislativa, también el razonamiento legal opera en forma parecida al método de los ejemplos antes explicado, con algunas variantes. En efecto, en el caso de la interpretación legislativa el punto de referencia del razonamiento legal cambia. La regla de derecho se desprende del estatuto legislativo y el espíritu del mismo, para luego aplicarse al caso concreto. El juez debe dirigir su razonamiento a ubicar la regla de derecho que está implícita en las categorías impuestas por la legislatura. La consecuencia producida cuando se sigue este tipo de razonamiento legal es que los jueces son menos libres cuando aplican una ley que cuando deciden de acuerdo a un método de precedente puro, como el antes descrito.<sup>20</sup>

La función de la judicatura también puede ser concebida como interpretación constitucional. En estos casos, aunque el texto constitucional sea escrito, la libertad y discrecionalidad de que gozan los jueces es enorme. Casi todas las constituciones ordenan en categorías ambiguas un conjunto de ideales que en una comunidad dada están en conflicto. Estas categorías, junto a los conceptos o estándares que se derivan de ellas, sirven como punto de referencia para usar el mismo método antes descrito, esto es, el

<sup>19</sup>E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago, 1949), pp. 1-3.

<sup>20</sup>Ibíd. pp. 6-7.

método de razonamiento legal mediante ejemplos. Ahora bien, en la interpretación constitucional tanto los casos como las reglas de derecho que se usan para solucionarlos, son sumamente abiertos en cuanto a su definición, por eso el juez con poder de interpretación constitucional, es tremendamente libre y discrecional en sus resoluciones.<sup>21</sup>

En los países anglosajones donde existe el *common law* se concibe la función judicial principalmente como interpretación de precedentes y como interpretación constitucional. En los países donde prima el *common law* hay también interpretación judicial de estatutos legislativos. La conciliación de esta interpretación legislativa y la interpretación de precedentes ha derivado en una interesante discusión académica.<sup>22</sup> Pero ha sido la función de interpretación constitucional atribuida a los jueces, particularmente en los EE. UU., la que ha derivado en la más interesante y profunda argumentación académica. En efecto, en los EE. UU. se concibió a los jueces como guardianes de la Constitución y la judicatura como la rama del gobierno que representaba menos peligros respecto de los derechos garantizados en la Constitución.<sup>23</sup>

Esta concepción de los jueces derivó en el caso *Marbury v. Madison* que proclamó la autoridad judicial para revisar, bajo la Constitución, la acción de otras ramas del gobierno. De aquí se deriva el problema de la objeción contra-mayoritaria o antidemocrática que se ha esgrimido en contra de la interpretación constitucional realizada por los jueces. Esta objeción consiste en destacar que los jueces son generalmente inamovibles e irresponsables de sus decisiones desde el punto de vista de la teoría democrática. Comparados con los legisladores, los jueces tienen menos controles sobre su acción, y los ciudadanos nada pueden hacer contra las decisiones judiciales que son por definición inmodificables. Entonces, hay que buscar una justificación a la interpretación judicial de la Constitución que sea convincente desde un punto de vista democrático. Algunos autores han postulado como justificación el resguardo de valores e intereses de largo plazo que hacen los jueces cuando interpretan la Constitución. Según éstos, la Corte realiza la función de servir como símbolo místico al combinar el pasado, el presente y el futuro mediante la argumentación en torno a

<sup>21</sup>Ibíd. p. 7.

<sup>22</sup>G. Calabresi, *A Common Law in the Age of Statutes* (Cambridge, 1985).

<sup>23</sup>*The Federalist Papers* ed. C. Rossiter, N° 78, titulado: "The Judges as Guardians of the Constitution" ("Los Jueces como Guardianes de la Constitución").

principios constitucionales.<sup>24</sup> Otros creen que la interpretación judicial de la Constitución se justifica sólo cuando está destinada a obtener más participación de los ciudadanos en el proceso democrático y cuando asegura procedimientos equitativos para todos. Según esta última posición, la Corte no puede afectar directamente las decisiones políticas, porque esto sólo es legítimo hacerlo mediante el juego democrático.<sup>25</sup>

Todas estas discusiones son también relevantes para países de derecho continental porque en ellos, especialmente a partir de la segunda mitad de este siglo y generalmente por influencia norteamericana, se han creado Tribunales Constitucionales que separados de la judicatura ordinaria tienen el poder de interpretar la Constitución y dirimir conflictos entre poderes del Estado. Chile no es una excepción en esta materia. Tal como en la mayoría de los países de derecho continental, en el nuestro se ha introducido la interpretación judicial de la Constitución entregando esta función al Tribunal Constitucional y a la Corte de Apelaciones por la vía del Recurso de Protección. Con ello se ha producido una especie de constitucionalización del derecho y un aumento consiguiente del poder y la discrecionalidad de los jueces. En efecto, al incorporar el Recurso de Protección en el texto constitucional de 1980 la tendencia a la constitucionalización de nuestro derecho se ha acentuado, porque se entrega a la jurisdicción común la posibilidad de resguardar directamente las garantías individuales.<sup>26</sup>

Además, de acuerdo a la Constitución vigente se asigna a los jueces un papel más activo que en el pasado, porque junto con reconocerles la adjudicación constitucional del Recurso de Protección les otorga la facultad de nombrar directamente senadores designados, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de Seguridad Nacional, entre otros organismos de primera importancia. Ante esa nueva realidad, los jueces chilenos no pueden sustraerse al juego institucional de frenos y contrapesos que caracteriza la democracia representativa. Tampoco pueden creerse eximidos de responder por su gestión ante la ciudadanía. Por el contrario, si los jueces en nuestro país permanecen sin responsabilizarse ante el público por sus actuaciones, acentúan su inamovilidad y sus decisiones siguen siendo inmodificables, tendrán serias dificultades para legitimarlas, sobre todo cuando ellas se refieren a materias constitucionales.

<sup>24</sup>A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven, 1986), pp. 1-29.

<sup>25</sup>J. Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge, 1980), p. 181.

<sup>26</sup>R. Schlezinger, *Comparative Law* (New York, 1986), pp. 357-361.

### 3. La Función Judicial Chilena de Acuerdo a Criterios Expuestos

En todo caso, es bueno hacer presente que ninguna de las diversas concepciones de la función judicial antes caracterizadas son correctas en sí mismas. Todas ellas son alternativas válidas frente al ejercicio de la función pública de juzgar. Lo importante es quizás no confundir estos criterios, postulando alguno de ellos como el ideal, sirviendo el criterio contrario en la realidad. Si se cae en esa clase de error, puede complicarse la operación de la función judicial y desdibujarse el sistema jurídico.

Desafortunadamente, en Chile no contamos con un número suficiente de estudios empíricos que sirvan para verificar la validez de las afirmaciones que se han hecho en cuanto a las características comparadas de la función judicial chilena. A pesar de esta limitación, y apoyados en los criterios antes expuestos, la función judicial chilena parece caracterizarse comparativamente por tener una estructura jerárquica y burocrática, que resuelve en forma "legalista" sin tomar en cuenta las consecuencias de sus decisiones. La actitud de los jueces frente a la relación entre el Estado y la sociedad es generalmente del tipo reactiva, porque ellos conciben su misión como un servicio vinculado a la resolución de conflictos entre particulares. Asimismo, los jueces chilenos conciben su oficio como una actividad altamente tecnificada de características científicas, pero su actitud deferente hacia la legislatura los lleva a adoptar una postura discreta y generalmente no comprensiva de su función. Finalmente, aunque nuestro sistema judicial es del tipo continental donde el juez fue concebido originalmente para realizar una función casi mecánica de declarar la voluntad del legislador, hay signos claros de progresiva constitucionalización del derecho y una tendencia al aumento de la discrecionalidad judicial. Espero que esta caracterización comparativa de la función judicial chilena, a pesar de no haber podido ser refrendada por estudios empíricos, sirva como modelo de análisis y como medio de ganar una perspectiva crítica, para evaluar diversas propuestas que se han hecho en nuestro país en relación con la judicatura. Eso es lo que intentaremos adelantar en los párrafos que siguen.<sup>27</sup>

<sup>27</sup>Ver E. Fuenzalida, "Las Fluctuaciones Sobre la Demanda por Justicia en Función del Cambio Social", en *Boletines del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica* (Santiago, 1974); F. Fueyo, *Interpretación y Juez* (Santiago, 1976); A. Cúneo, "La Corte Suprema de Chile, sus percepciones acerca del derecho, su rol en el sistema legal y la relación de éste con el sistema político", en *Administración de Justicia en América Latina* (San José, Costa Rica, 1980); C. Cerda, *La realidad del Proceso, 1982-1984* (Santiago, 1984); *Justicia y Democracia, Bases de Discusión, Proyecto Alternativo*,

#### 4. Propuestas de Reforma a la Función Judicial Chilena

Analizaremos a continuación diversas propuestas recientes que buscan introducir reformas a la función judicial chilena. Entre ellas trataremos las propuestas conservadoras de reforma judicial que tienden al fortalecimiento de la organización del poder judicial y a su defensa, como también aquellas propuestas no tan conservadoras que buscan liberar al juez, otorgándole más independencia en el ejercicio de su función o en su forma de designación. Todas estas propuestas nos parecen muy interesantes, pero a nuestro juicio carecen de un claro diagnóstico sobre la realidad judicial chilena. Quizás por la ausencia de suficientes estudios empíricos en esta área, quizás también por el resquebrajamiento que en estos últimos años han sufrido las mejores tradiciones republicanas en nuestro país, quizás la petrificación por la que atraviesa nuestra judicatura ha hecho que fallen las intuiciones muy particulares que caracterizan las propuestas que ahora comentaré.

Seminario de Profesionales y Técnicos Humanistas Cristianos (Santiago, 1984); H. Fruhling, "Poder Judicial y Política en Chile", en *El Ferrocarril* (Santiago, noviembre, 1986) y G. Gómez, "Corte Suprema: Análisis de Algunos de sus Comportamientos", en *El Ferrocarril* (Santiago, noviembre, 1986); J. Correa A., "¿Un País sin Justicia?", *Economía y Sociedad* (Santiago, agosto, 1987). Véase también el interesante libro *La Cultura Jurídica Chilena* (Santiago: Corporación de Promoción Universitaria 1988), especialmente los artículos de E. Barros, "Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica" donde se critica el positivismo chileno; también el artículo de A. Bascuñán, "El Concepto de Derecho y el Problema de las Fuentes del Derecho. Rol expresivo e instrumental del Derecho en la sociedad"; aquí se discuten las fuentes del derecho en Chile y finalmente el ensayo de J. Correa S. "La Cultura Jurídica Chilena en Relación a la Función Judicial"; donde se caracteriza la función judicial chilena a la luz de textos nacionales. Véanse también los trabajos historiográficos de G. Vial y B. Bravo que muestran los pocos cambios que ha tenido la función judicial. Por ejemplo, B. Bravo en *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile, 1924-1973* (Santiago, 1978), pp. 182-187, caracteriza la judicatura en Chile durante la vigencia de la Constitución de 1925 mostrando los pocos cambios que han afectado esta institución, comparada con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Más recientemente el trabajo de A. de Ramón, "La Justicia Chilena entre 1875 y 1924", *Cuadernos de Análisis Jurídico* 12, Universidad Diego Portales (Santiago, octubre, 1989), puede agregar interesante información a esta tesis.

#### 4.1 La Propuesta Conservadora de Fortalecimiento Judicial

El gobierno militar que ahora termina siempre tuvo una visión conservadora de los jueces y su función. Las reformas globales que caracterizaron la acción del gobierno militar en diversas áreas, algunas de ellas llamadas modernizaciones, no alcanzaron la función judicial. Como los jueces tradicionalmente mantenían el *statu quo*, sin representar una amenaza para el régimen, el gobierno militar y sus asesores buscaron progresivamente reforzar su posición.

Un ejemplo de estas propuestas conservadoras es la que hizo el Ministro Jaime del Valle después de servir la cartera de Justicia. Del Valle propone el "fortalecimiento del poder judicial" como la situación óptima. Para ello propuso, tal como muchos otros, la creación de una Escuela Judicial, el mejor acceso de los jueces a bibliotecas jurídicas, mejoras económicas importantes, particularmente respecto de las jubilaciones. También propuso la creación de nuevos tribunales, la incorporación de la informática en los tribunales para controlar el seguimiento de causas, entregar información relativa a legislación y jurisprudencia, incorporar el procesamiento de textos, formularios y determinar la necesidad de creación de nuevos tribunales de acuerdo a las causas que se tramitan. Del Valle también concibió las reformas a los códigos como medios de mejorar y fortalecer el poder judicial. La mejor coordinación de la Corporación de Asistencia Judicial, el sistema carcelario, la protección a los menores y el cambio de actitud de los abogados son también ideas que Del Valle postuló para fortalecer la función judicial chilena.<sup>28</sup>

Jaime del Valle junto a otros ministros de Justicia en el período militar, especialmente Mónica Madariaga, intentaron mejorar el acceso a la justicia creando más tribunales y modernizando algunos organismos auxiliares de la administración de justicia. Por ejemplo, el Servicio de Registro Civil, el Instituto Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores y la Corporación de Asistencia Judicial. Algunas de estas mejoras se inspiraron en una concepción de mayor profesionalismo y modernización judicial y tuvieron la oposición de los sectores más comprometidos con "actitudes corporativistas", como por ejemplo algunos abogados y jueces de los Tribunales Superiores. Sin embargo, el problema de estas mejoras profesionales y modernizadoras es que también representan la posición conservadora característica del gobierno militar, porque en ellas se dio por

<sup>28</sup>J. Del Valle, "El Fortalecimiento del Poder Judicial Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.15 (Santiago, 1988), pp. 37 a 46.

supuesto que la "situación óptima" para el poder judicial es su "fortalecimiento". Aun más, esta concepción conservadora postula indirectamente la idea que las reformas que se propongan respecto del sistema judicial, en ningún caso puedan desdibujar las formas actuales de funcionamiento de la judicatura. Esto se confirma, además, con las señales claras que encontramos en la concepción de Del Valle, que aunque comprometido con algunas medidas de modernización a la judicatura chilena, muestra una actitud de autocomplacencia injustificada hacia la situación del Poder Judicial.<sup>29</sup>

Siguiendo esta misma idea de reforzar el poder de los jueces y agregando una defensa de la labor desarrollada por la judicatura en estos últimos años, el profesor Miguel Otero hizo una interesante propuesta de reforma, también con características conservadoras. En efecto, Otero señala que "hay serios errores en cuanto a la razón de ser de los Tribunales, su funcionamiento, su importancia en la preservación del Estado de Derecho y su verdadera responsabilidad en el resultado del proceso".<sup>30</sup> Otero propone sugerencias concretas de reforma, entre las cuales están el perfeccionar la carrera funcionaria, reestructurar los juzgados, incrementar los medios

<sup>29</sup> *Ibíd.* pp. 37, 45 y 46. J. Del Valle dice al referirse al sistema carcelario:

"No se crea que esto es sólo una realidad chilena; por el contrario, después de conocer otros sistemas carcelarios, aun de países más desarrollados que el nuestro, puedo decir que en el caso de Chile, dentro de su gran modestia, se percibe labor, mejoras permanentes y una decidida voluntad del Ministerio del ramo y del sacrificado personal de Gendarmería para solucionar paulatinamente los problemas que los afectan." El Ministro Del Valle agrega:

Yo me atrevo a asegurar hoy día ante ustedes que nuestro Poder Judicial aun con sus defectos y carencias, es de lo más docto, recto, incorruptible y organizado de nuestro continente, y que está a la altura y en muchos casos sobrepasa a otros poderes judiciales de países desarrollados del resto del mundo".

<sup>30</sup> M. Otero, "La Administración de Justicia", en *Renovación Nacional* (Santiago, 1986), 7 a 10. El profesor Otero dice que sin una administración de justicia independiente, adecuada y oportuna no hay Estado de Derecho. También afirma que el conflicto penal sólo lo deben resolver los tribunales, en cambio en el conflicto civil los tribunales actúan a petición de parte. Propone reconocer las distintas realidades socioeconómicas en que incide la administración de justicia, los medios anticuados con que ésta funciona y tener en cuenta la responsabilidad compartida de los jueces con la responsabilidad de los poderes legislativo, ejecutivo y también la de los abogados y organismos auxiliares en la administración de justicia y sus defectos.

materiales, aumentar el número de tribunales, reajustar las remuneraciones y mejorar las leyes de procedimiento.<sup>31</sup>

Sin embargo, tal como la propuesta de Del Valle la propuesta de Otero no da cuenta de importantes problemas existentes en la judicatura nacional. Nada dice Otero respecto de la extensión de la justicia militar, de la forma de hacer cumplir mejor la calificación de los funcionarios judiciales ni de las formas de controlar a los jueces cuando se excedan en sus atribuciones. Su propuesta es una alternativa de fortalecimiento tal como la de Del Valle, con el agregado de haber asumido una postura directamente defensiva de la labor que han desarrollado los jueces en estos últimos años. La imagen de los jueces fortalecidos y alegando irresponsabilidad en la administración de justicia que han desarrollado en estos años, parece, por decir lo menos, una imagen distorsionada de la realidad.

A mi juicio, el refuerzo de la estructura judicial que proponen Del Valle y Otero supone en gran medida petrificar la organización jerárquica de adjudicación "legalística" de nuestra judicatura con todos sus problemas e incoherencias. También implica desconocer el creciente activismo judicial que caracteriza la necesidad de prevención criminal internacional, por ejemplo, en la lucha antiterrorista, contra el narcotráfico y contra la delincuencia juvenil en sectores marginales. La propuesta conservadora desconoce la realidad judicial chilena porque hace caso omiso de la progresiva utilización que el Gobierno ha hecho de la función judicial para implementar sus políticas, por ejemplo, en materias tributarias, financieras y cambiarias mediante la intervención de organismos tales como la Comisión Antimonopolios, el Procurador General de la República y el Consejo de Defensa del Estado. La propuesta conservadora es autocomplaciente respecto de la labor del poder judicial en estos últimos años, en circunstancias que importantes jueces hacen mención a la crisis del poder judicial. La actitud crítica de los jueces respecto de su función se hace oír, tanto desde aquellos que adoptan perspectivas discretas o restringidas de su labor, como también por parte de aquellos pocos que tienen una visión más comprensiva de su situación. Entre estos últimos encontramos principalmente iusnaturalistas y también kelsenianos. Por último, nada dicen los

<sup>31</sup> *Ibíd.* pp. 8-10. El profesor Otero fue el impulsor de una reciente reforma procesal. Entre las propuestas concretas más interesantes que ha impulsado Otero están las relativas a la despolitización del proceso de ascenso y calificación, la propuesta de abrir la carrera de actuario del crimen a egresados, licenciados en derecho o abogados y la simplificación de los procedimientos especialmente en lo relativo a los plazos, compulsas, suspensiones, recusaciones, medidas para mejor resolver y en cuanto a la tramitación de los recursos.

partidarios de la concepción conservadora acerca de los problemas que acarrea la progresiva "constitucionalización" de nuestro derecho, producida especialmente a partir del uso intensivo del Recurso de Protección y el mayor protagonismo político y social que la actual Constitución atribuye a los jueces. Tampoco se refieren directamente al aumento de la discrecionalidad judicial, producida por la abusiva utilización del Recurso de Queja que sirve para resolver gran parte de las materias contenciosas.

<sup>32</sup>C. Cerda, "Exigencias primordiales de la jurisdicción del presente y

#### 4.2 Independencia Judicial Personalizada

Paradójicamente, en sectores distantes al gobierno militar, que se autocalifican como depositarios de ideas más avanzadas, la idea del fortalecimiento de la función judicial es también un *leitmotiv* de su concepción acerca de la judicatura. En estos grupos la idea de fortalecimiento no se concibe como vinculada al refuerzo institucional de la estructura judicial, sino como ligada al fortalecimiento de una especie de libertad interior o independencia personal del juez. El mejor representante de esta concepción de la judicatura es el Ministro Carlos Cerda, quien dice: "Podemos programar decenas de reformas, incluso las que conciben audaces entes burocráticos; pero de poco o nada servirán si no se hacen con el juez y para el proceso que requiere la sociedad en desarrollo. [Y agrega] Soy un convencido que si el Poder Judicial chileno se ha hecho sentir en los últimos lustros de manera más bien negativa, se debe a que quienes lo integramos hemos ignorado o preterido fundamentalmente dos cosas: lo que realmente debemos ser en tanto jueces y cómo realmente debemos hacer en cuanto juzgadores".<sup>32</sup>

Cerda propone que el juez sea una "personalidad", que "juzga consigo mismo", "a través de sí" y que el juicio jurisdiccional sea "el fruto del

del mañana", en Seminario sobre el Poder Judicial en una Sociedad en Desarrollo realizado en la Universidad Diego Portales (Santiago, 1984), p. 2. Hay que considerar el hecho de que el Ministro Cerda tiene una idea muy particular de lo que se entiende por independencia de los jueces. En doctrina, con la palabra independencia se ha querido significar muchas cosas, entre ellas inamovilidad de los jueces, desvinculación de los jueces respecto del poder ejecutivo y legislativo, independencia orgánica de los jueces de todo poder, vinculación de los jueces sólo a la ley y también independencia personal de los que ejercen la función judicial. El Ministro Cerda concibe la independencia como independencia personal del juez, como una libertad interior casi mística. Véase en relación con el concepto de independencia judicial el libro de D. Simón, *La Independencia del Juez* (Madrid, 1985).

razonamiento judicial", que "prescripción alguna atará su resolución [la del juez]" y que "el primer parámetro de justeza de la decisión [judicial será]: que se atenga a la propia conciencia que sea libre".<sup>33</sup> Toda la propuesta de Cerda tiende a reforzar en los jueces esta idea personal de independencia personalizada. Cerda propone incluso que esta "personalidad" judicial independiente se refleje en la estructura institucional de la judicatura en una "fuerza unificadora de quienes se empeñan en los mismos fines trascendentes", adquiriendo un "espíritu corporativo, de cuerpo que [le] parece prerequisite de un verdadero Poder Judicial". "A la postre [dice Cerda], no es tanto la potestad estatal como una colectiva fuerza interior la capaz de mover la judicatura".<sup>34</sup>

Esta personalidad judicial Cerda pretende apoyarla en una infraestructura institucional, orgánica, funcional y administrativa adecuada. Para ello patrocina la idea de crear un Consejo Superior de la Magistratura que designe y califique los magistrados de la Corte Suprema, controle el presupuesto, el bienestar, la computación, la biblioteca y la administración en general. También propone crear un centro de estudios judiciales, como asimismo una oficina de relaciones públicas del poder judicial. Pretende, además, instaurar un sistema de seguro judicial, similar al seguro de salud, crear juzgados vecinales, aumentar los jueces de primera instancia, incorporar la jurisdicción contencioso-administrativa, la justicia castrense y la policía local a la jurisdicción ordinaria y propugna la creación de una policía judicial y de un organismo auxiliar pericial múltiple. Finalmente, propone la unificación del procedimiento civil, la reposición de procesos de menor cuantía, entregar la iniciativa para conducir el procedimiento a los jueces, privilegiar la oralidad y la cercanía con las partes, reforzar la única instancia, hacer más dialogado el proceso penal y suprimir algunos fueros desiguales.<sup>35</sup>

La idea de independencia personalizada de los jueces que tiene el Ministro Cerda parece estar vinculada a una visión comprensiva iusnaturalista radical. Toda la propuesta de Cerda está diseñada para entregar un poder casi omnímodo a los jueces. Como si sólo un cambio personal, una experiencia interior pudiese resolver los problemas de la función judicial en nuestro país. Las propuestas que hace Cerda de crear nuevas instituciones, reforzar la actual estructura judicial y mejorar los procedimientos no se

<sup>33</sup>Cerda, *op. cit.* pp. 3-4.

<sup>34</sup>Ibíd. p. 12.

<sup>35</sup>Ibíd. pp. 13-24.

diferencian mayormente del fondo de la propuesta conservadora, porque ambas tienden a fortalecer la posición del poder judicial. Incluso el argumento del Ministro Cerda tiene también una variante exculpatoria inaceptable. En efecto, la ausencia de "personalidades judiciales místicas" que detecta Cerda en nuestro poder judicial puede servir de eximente de responsabilidad para la ineficiencia que los ciudadanos detectan con toda razón en nuestros jueces. Por lo demás, no se ve de qué forma las propuestas de cambio que hace Cerda pueden asegurar la inclusión, permanencia y desarrollo de los jueces místicos independientes en el poder judicial chileno.

El problema con la concepción de independencia judicial personalizada que postula el Ministro Cerda es que en los últimos años se ha demostrado cuán peligroso puede ser un grupo de jueces que no responde ante nadie. En efecto, la concepción de Cerda así como la concepción conservadora de Otero y de Del Valle se asemejan en que no postulan con claridad una forma de control y responsabilidad del accionar de los jueces.

En estos últimos años el poder judicial no ha sido tocado en ninguna de sus partes sustanciales y en medio de la confusión constitucional y legislativa que caracteriza el período militar, los jueces han gozado de más independencia que nunca. La justicia ha quedado más postergada que nunca, cuando los independientes jueces de Chile se ganaron con obsecuencia la simpatía del gobierno y con ella consiguieron una ausencia total de control y responsabilidad a su labor, una casi total independencia orgánica y un sistema de autogeneración que derivó en nepotismo. La independencia judicial irresponsable de estos últimos años ha servido para entronizar una casta nepotista en un poder del Estado. Sólo en materia económica los jueces siguieron siendo dependientes. La verdad es que esto se justifica plenamente porque ellos son funcionarios públicos, pero contra esta dependencia los jueces han manifestado innumerables veces su disconformidad. Reafirmando entonces lo dicho, en este último período ni el legislativo ni el ejecutivo, ni el Colegio de Abogados, ni ninguna otra institución, han controlado verdaderamente a los jueces. Ni siquiera los militares están en una situación de irresponsabilidad pública semejante. Los propios jueces perpetuaron la Corte Suprema y pretendieron, en complicidad con el Gobierno, controlarse a sí mismos, usando como garrote y zanahoria el sistema de ascenso. Qué pena da decirlo, pero qué mal lo han hecho algunos jueces chilenos habiendo sido independientes e irresponsables.<sup>36</sup>

<sup>36</sup>Basta recordar aquí la doctrina de los jueces relativa a las resoluciones de los Consejos de Guerra, a los recursos de amparo en estados de emergencia o sitio que sólo se consagra legislativamente por las autoridades militares *ex post facto*, basta recordar las declaraciones de

Entonces, llama poderosamente la atención que estas ideas de independencia y fortalecimiento hayan prendido en personas de ideas avanzadas, como Cerda, y que incluso apoyados por el trabajo comparativo de otros autores como el profesor Humberto Nogueira, estas mismas ideas hayan llegado a formar parte del programa de la Concertación por la Democracia.<sup>37</sup> La paradoja es enorme, porque en los trabajos de Nogueira se hace un delicado análisis de las actitudes de la Corte Suprema en relación al debilitamiento del principio de unidad jurisdiccional y las facultades del Poder Judicial, del cual se desprende que esta situación se ha producido principalmente debido a las limitaciones que se han autoimpuesto independientemente los jueces.<sup>38</sup>

Presidentes de la Corte Suprema poniéndose al servicio de la Junta Militar o aquellas referidas a los desaparecidos. Basta recordar algunos fallos importantes como el del Ministro Echavarría en el caso Quemados, el de la Corte Suprema en el caso Letelier, el de la Corte Suprema en relación a la Ley de Amnistía, etc. En ninguno de estos casos había un precepto legal que esclavizara a los jueces y sin embargo, se llegó a resultados más que discutibles. Lo que también llama la atención es la ausencia de buenas sentencias, de decisiones en las que se note conocimiento profundo y razonado del derecho. Todo esto es producto de la irresponsabilidad judicial que se deriva de una independencia mal entendida. Ver además entre otras opiniones recientes, entrevista al ex magistrado Sergio Dunlop publicada en diario *La Época* el día 7/5/89, titulada: "Hay jueces de la Corte Suprema que tienen 30 o 40 parientes colocados en el Poder Judicial"; la entrevista al prestigioso abogado de la Vicaría de la Solidaridad Roberto Garretón publicada en *La Época* el día 8/8/89, titulada: "Varios ministros han abandonado sus deberes", y la reciente resolución que exoneró al juez René García Villegas publicada en *La Época* el día 13/1/90.

<sup>37</sup> H. Nogueira, *Algunas Bases Constitucionales y Propuestas de Reforma de la Organización del Poder Judicial* (Santiago, 1988) y "El Poder Judicial, su Crisis Actual y Vías Alternativas de Solución", expuesto en el Seminario sobre el Poder Judicial en una Sociedad en Desarrollo, Universidad Diego Portales (Santiago, 1988). Véase "Programa de Gobierno, Concertación de Partidos por la Democracia", publicado en diario *La Época* (Santiago, 1989), pp. 4-5. Véase también entrevista al profesor Manuel Guzmán Vial publicada en diario *El Mercurio* el día 14/1/90.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, "El Poder Judicial", pp. 36-48. Nogueira parece compartir la visión personalizada del Ministro C. Cerda cuando dice en la página 46: "Si bien la vida está en manos de Dios en última instancia, la dignidad de la vida humana está siempre en manos de los hombres, en especial de los hombres que cumplen la delicada y trascendental labor de aplicar justicia", y cuando agrega en la página 47: "Las instituciones pueden llegar a ser perfectas pero si fallan los hombres encargados de salvaguardarlas, la sociedad, la comunidad de personas que la conforma no tendrá más que cosecha de frustración y amargura".

El profesor Nogueira hace un estudio comparado muy interesante, que agrega a la propuesta de independencia personalizada un análisis más detallado de la misma y un punto de vista comparativo de recientes reformas judiciales hechas en países europeos y latinoamericanos. Desgraciadamente, las ideas de independencia personalizada de Cerda y Nogueira, tal como han sido materializadas en el programa de la Concertación, pueden implicar la perpetuación del *statu quo* en el Poder Judicial y la legitimación final de una casta de jueces que ha aportado poco a la justicia en nuestro país. Nogueira no cita bibliografía crítica de las reformas judiciales que se han hecho en los países que menciona. Por ejemplo, las críticas que se han hecho al sistema del Consejo Nacional de la Magistratura. Nogueira sólo comenta en su trabajo las leyes que han creado los Consejos citados y casi no menciona bibliografía crítica referida a ellos.<sup>39</sup>

## 5. Proposiciones Comparativas de Reforma

El propósito de este trabajo no es entregar proposiciones de reforma, sino más bien comentar algunos criterios de análisis que se usan en derecho comparado para hablar de la función judicial y mostrar cómo pueden aplicarse a la discusión de estas materias en Chile. No creo posible hacer proposiciones coherentes de reforma sin contar con una base de estudios empíricos en los cuales los criterios de análisis hayan podido verificarse adecuadamente. Es necesario hacer un diagnóstico claro y revisar nuestros conceptos a la luz de las experiencias judiciales comparadas antes de proponer reformas, porque en caso contrario se vuelve a caer en el intuicionismo que caracteriza las propuestas conservadoras e independentistas, respectivamente.

<sup>39</sup>Sólo como botón de muestra de bibliografía crítica referida a la idea de un Consejo Nacional de la Magistratura cito el "Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia en Argentina", publicado en *Reforma Constitucional* (Buenos Aires, 1986), pp. 62-63, que dice: " Como alternativa para superar el riesgo de politización se ha sugerido introducir el llamado Consejo de la Magistratura. Este organismo, parcialmente integrado por representantes del Poder Judicial y de los otros poderes, tendría a su cargo el nombramiento de los jueces. La experiencia de este método de designación en algunos países que, como España, lo han adoptado, ha sido negativa. Ha conducido a un enquistamiento del poder Judicial, a la consolidación de una suerte de *establishment* de los jueces, impermeable a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad".

Por medio de entrevistas, muéstreos estadísticos, encuestas, seguimientos de causas, etc., debería determinarse cómo funciona la jerarquía judicial, la coordinación de organismos judiciales y el sistema de toma de decisiones en nuestra judicatura. También debería determinarse empíricamente cuándo los jueces desempeñan una función activa o reactiva. Lo mismo debe hacerse, para aclarar cuándo se usa el sistema legal para solucionar conflictos o cuándo para implementar programas estatales. Asimismo, es importante saber en qué materias los jueces han adoptado visiones discretas y en qué materias han adoptado visiones comprensivas. Es necesario, a su vez, estudiar cómo puede hacerse más accesible el lenguaje legal al ciudadano común, para que exista un mayor compromiso de la sociedad con el derecho. Por supuesto, hay que determinar cuáles son las áreas donde se ha impuesto una adjudicación del tipo constitucionalizada y dónde se produce mayor discrecionalidad en las decisiones de los jueces. Finalmente, hay que hacer estudios sobre los mecanismos de control y responsabilidad de los jueces y de los funcionarios judiciales, para mejorarlos. En todas estas iniciativas son fundamentales la participación y el concurso crítico de las Escuelas de Derecho y sus académicos, que durante un tiempo largo parecen haber estado dormidas en nuestro país. Es hora de despertar y comprometer importantes esfuerzos en la reforma judicial.

Se trata de hacer realidad, y no sólo en los textos, la responsabilidad político-constitucional de los jueces por notable abandono de sus deberes. De hacer realidad la responsabilidad del Estado por el error judicial de hecho y de derecho. De hacer efectiva la responsabilidad del Poder Judicial por sus labores propiamente judiciales, legislativas (por ejemplo, autos acordados) y administrativas (por ejemplo, ascensos y exoneraciones). Se trata también de discutir si esta responsabilidad debe ser subjetiva, es decir, vinculada a los conceptos de culpa o dolo, o en cambio objetiva, es decir, originada en resultados determinados que producen daño. También es conveniente analizar si los magistrados, funcionarios judiciales y demás auxiliares de la administración de justicia deben ser personalmente responsables de los errores cometidos en materias civiles o penales. En fin, el tema requiere de una discusión seria que no puede evadirse, menos ahora que entramos a un verdadero Estado de derecho. Se trata de resolver el problema clásico de quién custodia a los custodios.<sup>40</sup>

Y todo esto no puede abordarse sin escrutinio público y en un profundo debate académico, porque las intuiciones de mejora que pueden surgir

<sup>40</sup>Ideas tomadas de G. S. Tawil, *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia* (Buenos Aires, 1989).

de la experiencia forense o de la experiencia comparada que caracterizan las propuestas conservadora e independentista antes comentadas, deben confrontarse con un número mayor de estudios serios en esta materia. En un Estado de derecho democrático una ambigua conceptualización de la independencia judicial y de su fortalecimiento no puede servir para excusarse de las responsabilidades públicas que la función de juzgar necesariamente conlleva.

Sin embargo, a pesar de todas las advertencias anteriores sobre la necesidad de realizar estos estudios empíricos, como resulta que he dicho en la introducción de este trabajo que me he inspirado en los ideales de la Revolución Francesa, es en nombre de esos ideales que ahora me apoyo para presentar provisionalmente mis propias intuiciones sobre las reformas a la función judicial en Chile. Insisto, entonces: lo que sigue son sólo intuiciones personales. No hay nada nuevo en lo que voy a proponer (*nihil novo sub sole*), lo nuevo sería quizás hacerlo realidad.

Si resulta que nuestra judicatura es del tipo jerarquizada burocrática (esto no lo digo peyorativamente, las burocracias, como lo postula Max Weber, son el tipo de organización más racional que hasta ahora se conoce), un buen criterio de reforma puede ser ajustar los engranajes de control, ascenso y responsabilidad en la jerarquía judicial. Ajustar los controles intermedios de las Cortes de Apelaciones, por ejemplo, y agilizar el control que ejerce la Corte Suprema. Organizar más objetivamente la carrera funcionaria y activar los ministros visitadores. Darles más tiraje a los ascensos a todo nivel. Por ejemplo, que un ministro o juez esté dos años en su puesto y si no asciende en ese plazo tenga que salir del Poder Judicial. Este plazo puede parecer excesivamente breve, pero los estudios históricos del profesor Armando de Ramón demuestran que es similar al plazo promedio en que los jueces han ascendido en la jerarquía judicial en el pasado.<sup>41</sup> Además, sería conveniente entregar el control administrativo del Poder Judicial a una Corporación de Organización Judicial dependiente del Ejecutivo no controlada por los jueces y con atribuciones exclusivamente administrativas. Por otra parte, sería bueno designar los jueces publicando sus antecedentes en el *Diario Oficial*, con un plazo para que cualquier ciudadano se oponga, siendo en definitiva el Congreso quien confirme el

<sup>41</sup>Ibíd A. de Ramón en nota 27, pp. 44-47. El profesor Enrique Barros en la exposición pública de un borrador de este trabajo en el Centro de Estudios Públicos criticó especialmente esta propuesta como peligrosa para la necesaria inamovilidad judicial. Yo me apoyo en la evidencia histórica para mantener esta proposición, especialmente en el trabajo de A. de Ramón. Allí se muestra que el grueso de los jueces entre 1875 y 1924 fueron promovidos a cargos superiores en plazos similares a dos años.

nombramiento a propuesta del Ejecutivo. La opinión del Colegio de Abogados en la nominación, ascenso y control de los jueces debe ser, asimismo, tenida en cuenta. Deberían también definirse más áreas de especialización en primera instancia, especialmente en las materias donde se requiere una posición más activa del juez, por ejemplo en el área financiero-cambiaria, antiterrorista, asuntos de narcotráfico, etc.

Otra medida positiva puede ser estimular el uso de los recursos legales ordinarios y desincentivar el uso del Recurso de Queja, usando expresamente, por ejemplo a nivel de la Corte Suprema, el sistema del *writ of certiorari* que faculta al tribunal a elegir sólo algunos casos que someterá a su conocimiento. También es conveniente insistir en la publicación ordenada de las sentencias y estimular la fundamentación razonada de las mismas. Restringir el uso del Recurso de Protección para evitar la constitucionalización excesiva de nuestro derecho. Para ello hay que terminar con el uso excesivo del derecho de propiedad como "llave mágica" que abre todas las puertas del sistema legal chileno. Hay que usar el Recurso de Protección para reforzar un sistema de libertades e igualdades que sea el mismo para todos los ciudadanos, hay que usar el Recurso de Protección para luchar contra las prácticas discriminatorias. Además, es necesario recordar que en nuestro sistema legal existe un Tribunal Constitucional, así que debe restringirse el uso del Recurso de Protección en materias que puedan ser de competencia de este tribunal.

Asimismo, hay que extender la burocracia judicial a los sectores marginales, reforzando la competencia de los juzgados de policía local y la atención legal gratuita que ha mejorado ostensiblemente en estos últimos años en algunos lugares y promover la mejor vinculación de los jueces con los organismos policiales a nivel local. También es importante dar efectiva protección contra la delincuencia, y para ello debe centralizarse y organizarse mejor la fuerza pública para dedicarla a sus labores propias y poder coordinar a nivel local la labor de los jueces con la de estos organismos. Vinculado a esta idea está el compromiso que deben asumir la fuerza pública y los jueces con la reforma del sistema carcelario, de manera de proveer una adecuada rehabilitación a los reclusos que la requieren.

En definitiva, siguiendo el consejo del decano Roscoe Pound, es bueno en materias relativas a la propiedad y los bienes aplicar estrictamente el derecho y en forma más bien reactiva y discreta. En cambio, en las decisiones judiciales que afecten a las personas en su honra, libertad e igualdad debe adoptarse una actitud más flexible, más comprensiva, más humanitaria, más activa y equitativa. En materias de macroeconomía debe privilegiarse una concepción comprensiva de la función judicial que sea

consecuente con la implementación de los programas estatales. En todas las materias debe buscarse acercar más el derecho a los ciudadanos, divulgando, aunque no diluyendo, las técnicas legales lo más posible. Finalmente, hay que pensar también en cómo coordinar la función de interpretación judicial legislativa estricta, con la creciente constitucionalización, internacionalización y globalización de los conflictos legales que deriva en una mayor discrecionalidad de los jueces.

Y suma y sigue. Pero como dije antes, para generalizar las propias intuiciones y proponer reformas coherentes hay que contar con un diagnóstico claro de la realidad. Este trabajo ha pretendido iniciar una conversación sobre algunos criterios de derecho comparado que pueden servir como hipótesis de trabajo en estudios empíricos futuros y como un recuerdo nostálgico de esos ideales criollos republicanos que se inspiraron en los poderosos ecos de la Revolución Francesa de 1789. □