

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. APROXIMACION TEORICA. CONSAGRACION CONSTITUCIONAL Y CRITICA

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Universidad Católica de Valparaíso

1. La idea de independencia judicial comprende tres nociones distintas: la independencia del juez, la independencia del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional.
2. El origen de la independencia del juez, como concepto, tiene un sentido histórico: en los albores del estado moderno es el Monarca (o Príncipe, o Señor, en su caso) el que concentra en sí la función de juzgar, la que delega, conservando su competencia, en funcionarios que la ejercen en su nombre: funcionarios que, desde esta perspectiva, son sus subordinados y por tanto, sujetos a sus instrucciones: llegado el caso el gobernante puede ejercer directamente su potestad jurisdiccional y avocarse causas conocidas por sus funcionarios. Desde el momento en que este vínculo de subordinación desaparece se habla de un juez independiente en relación al Poder Ejecutivo. Esta independencia se manifiesta en la ausencia de una competencia del Poder Ejecutivo para dar órdenes al juez, así como en garantías que tienden a evitar que el Ejecutivo pueda ejercer influencia por otras vías sobre el juez: en particular, la institución de la inamovilidad.
3. Esta independencia adquiere relevancia bajo la vigencia del principio de Imperio de la Ley, según el cual todo órgano del Estado (incluyendo los de Gobierno y Administración) queda sometido a las normas generales; desde este momento el Ejecutivo puede llegar a ser parte en un proceso, y así la independencia frente a él se relaciona a un principio que, sin confundirse con ella, reposa sobre la misma razón funcional: el principio de imparcialidad¹. Si bien en procesos penales y civiles este principio pudo ser satisfecho bajo la jurisdicción monárquica, ducal, etc., desde el momento en que todo individuo -incluidos los titulares de órganos estatales- ha de someterse al Imperio de la Ley, la imparcialidad de un juez frente al Ejecutivo sólo tiene sentido en un status de independencia. Esto es: no sólo se le priva de la posibilidad de ordenar al juez cómo proceder, en general, sino que en particular se garantiza que no pueda hacerlo cuando Gobierno y Administración mismos (en su activi-

¹ La imparcialidad, como principio constitucional, debe entenderse incluida dentro de las garantías de un racional y justo procedimiento.

dad como órganos estatales y en relación a los titulares de tales órganos) deban someterse a la jurisdicción de un tribunal.

4. La razón funcional, tanto de la independencia frente al Ejecutivo, como del principio de imparcialidad, así como de otro ámbito que se discutirá más abajo (Nº 6), se funda en la labor a desarrollar por el juez: el concepto de la función jurisdiccional, el agotar el componente jurídico de un conflicto, desde la perspectiva del Imperio de la Ley, implica que en el conocimiento y juzgamiento de pretensiones encontradas el juez debe remitirse al derecho (normas, principios, idea de equidad, o cual sea el concepto concreto de derecho que se asuma), y no verse enfrentado a posibles consecuencias positivas o negativas, favorables o desfavorables, para él, derivadas de su fallo; éste debe ser dado, teóricamente, con prescindencia de compromiso moral, temor o interés relacionados con el caso concreto y con su solución en uno u otro sentido a través de la decisión judicial². Este es precisamente el fundamento funcional de la independencia judicial: asegurar la vigencia de una norma general y abstracta. Allí donde el juzgador puede quedar sujeto a una instrucción, o una situación especial que le mueva a adoptar una forma de proceder *ad hoc* en un caso, la norma, como mandato general y abstracto de conducta, pierde su entidad reguladora. La independencia frente al Ejecutivo y frente a las partes no es sino la otra cara de la vinculación del juez al derecho.

5. Si se repara en el hecho de que lo que puede impulsar al juez a seguir una instrucción sobre el proceso, o sobre el cómo configurar su decisión, está dado por su vinculación a quien ordena, y a las posibles consecuencias de la desobediencia (sanción, por ejemplo), se tiene entonces que el núcleo del concepto de independencia del juez se corresponde a lo esbozado arriba: por independencia del juez se puede entender aquella situación en que, situado el juez, no puede prever ni pueden derivarse para él consecuencias favorables ni desfavorables, ya sean materiales o morales, de su decisión judicial³. Una vez eliminada la facultad de otros poderes de impartir instrucciones al juez, se revela éste como el *quid* del asunto.

² Si se observa las causales de inhabilidad y de recusación de los jueces se puede verificar este enunciado en relación al principio de imparcialidad. El principio de imparcialidad y de independencia del juez se encuentran relacionados, pero no se identifican. El principio de imparcialidad alude esencialmente a la relación equidistante en que debe ubicarse el juez frente a todas las partes concernidas en un caso bajo su conocimiento, y a un determinado comportamiento objetivo derivado de esa relación, consistente, en esencia, en una cierta igualdad de trato: no favorecer ni perjudicar a ninguna de las partes, ni en el procedimiento, ni en la motivación de su decisión (salvo en lo ordenado por el derecho, se entiende). Ahora bien: para ser imparcial, el juez debe a su vez ser independiente de las partes.

³ Estas circunstancias 'externas' que pueden incidir en que un juez oriente su fallo en uno u otro sentido deben ser distinguidas de las propias convicciones y tendencias del juez. La independencia del juez respecto de las primeras puede intentar asegurarse a través de garantías institucionales, que nunca serán completas, ya que no pueden abarcar todas las posibles vinculaciones del individuo "juez" en su entorno social, político o económico; frente a las motivaciones 'internas' que llaman al juez a proceder en uno u otro sentido, y puesto que son consustanciales a la subjetividad humana, la posibilidad de control se ubica esencialmente en la Ciencia Jurídica, que puede aportar reglas de una argumentación jurídica racional, aportar los elementos teóricos metapositivos y la construcción de los sistemas dogmáticos, que tiendan a regular el momento subjetivo presente en la labor del juez.

6. De aquí que la independencia del juez deba ser también considerada y protegida al interior de la estructura judicial. Cada juez es independiente y ejerce soberanía legal: ningún juez es subordinado de, ni está sometido a ninguna instancia superior; los recursos procesales son medios "objetivos" de control de la aplicación del derecho, y los recursos disciplinarios deberían entenderse referidos a la conducta del juez y no al contenido de su juzgamiento (sin perjuicio de que en casos como la prevaricación, el juzgamiento pueda estar ligado a una conducta reprochable).

Como se dijo, la vía que tienen los tribunales superiores para imponer sus criterios sobre interpretación y aplicación del derecho son los diversos recursos procesales. Sin embargo, el hecho de que bajo nuestro derecho vigente sean los mismos tribunales que conocen de dichos recursos los que califican a los jueces y configuran las listas que en definitiva van a posibilitar su ascenso en la carrera judicial, produce en la práctica la ausencia de independencia personal del juez al interior del Poder Judicial; si de todos modos una decisión puede ser corregida vía apelación o casación, y de la mayor concordancia del juez con las posiciones interpretativas de la respectiva Corte, o con los intereses de alguno de sus integrantes, puede depender una mejor calificación y la inclusión en la respectiva lista ¿en qué medida puede sostenerse que se cumple la definición de independencia arriba expuesta? ¿En qué grado puede serle "indiferente" a un juez un "comentario" o "recomendación" de un "superior" judicial -que va a participar en la calificación y en la formación de la respectiva quina o terna- sobre la manera de fallar en un determinado y muy concreto caso?

Adicionalmente, la estructura constitucional de la facultad de remoción de un juez por falta de buen comportamiento, radicada en la CS, amerita dos comentarios. El primero se refiere a la posibilidad de acordar *de oficio* dicha remoción: de derecho se extiende a la CS la facultad otorgada al Presidente de la República para velar por la conducta ministerial de los jueces (Art. 32 N° 15), agravando la vinculación personal del juez a un superior que en principio sólo debería conocer de: a) sus decisiones y b) de sus conductas en cuanto constitutivas de faltas (jurisdicción disciplinaria) o delitos (jurisdicción criminal); la declaración de falta de buen comportamiento no se encuentra limitada *constitucionalmente* a ninguna conducta típica. Por otra parte, el procedimiento constitucionalmente previsto sólo requiere un par de informes y mayoría del total de los miembros de la CS. Con esto no pretendo entrar en la cuestión de si las garantías del principio de tipicidad y del justo y racional procedimiento son aplicables a un titular de cargo público en cuanto tal⁴, sino hacer hincapié en que el inciso III del Art. 77 representa una debilitación del principio de independencia del juez al interior de la estructura judicial, al abrir amplio campo al arbitrio de la CS. Lo mismo es aplicable al inciso final de dicho artículo si se piensa en el carácter 'sancionatorio' que puede tener un traslado, y en que éste puede ser propuesto al P.d.I.R. por acuerdo (esta vez, simple) de la CS.

7. La independencia personal del juez admite protección institucional; aparte la división funcional (cfr. N° 10 y 11) que elimina la posibilidad de dar órdenes a un juez, en nuestra Constitución esta protección se manifiesta en la inamovilidad y en la restricción de la facultad de trasladar al juez (art. 77 incisos I y IV, art. 81 inc. III para el TC). Estas garantías adquieren relevancia en el contexto de una judicatura

⁴ Lo que es discutible.

profesional, dependiente de su trabajo y la remuneración al mismo para su subsistencia y desarrollo material, ya sea personal o familiar. A través de la garantía de inamovilidad se logra un doble resultado. Por una parte, la permanencia del juez en su cargo no depende de otra autoridad. Cual sea el fallo del juez, podrá darlo sin tener que considerar como consecuencia no deseada una posible separación de sus funciones. Esta separación puede consistir también en la no renovación del nombramiento, en la hipótesis de jueces nombrados por un lapso de tiempo determinado: la perspectiva de obtener o no dicha renovación afecta la situación constitutiva de independencia del juez descrita en el N° 5.

Por otra parte, a través de la inamovilidad del juez se ve reforzada su función de control: la autoridad política no puede prescindir de un juez contrario a sus designios. Sin embargo, hay que enfatizar en especial el primer resultado: que la posición del juez sea tal que institucionalmente otros poderes -y en especial el Ejecutivo- no puedan tomar medidas cuyo resultado final pueda ser apreciado como perjuicio para el juez. Esto lleva a asociar esta idea, subyacente a la garantía de inamovilidad, a la incompatibilidad del cargo judicial con otros cargos cuya mantención dependa del Gobierno y Administración, o del Parlamento, y que puedan generar una relación de dependencia o interés económico para el juez. De no asumirse esta incompatibilidad, el efecto logrado a través de la prohibición de separar al juez de su cargo mientras dure su buen comportamiento se perdería si la perspectiva de una decisión judicial en un determinado sentido (contrario a los designios del "empleador") pudiera proyectarse como posible perjuicio en el ejercicio de algún otro cargo dependiente de tales poderes, y del cual el juez pudiera ser separado. Esta incompatibilidad no está consagrada aisladamente en nuestra Constitución, sino que debe entenderse, amén del argumento antecedente, incluida en el principio organizacional que informa lo que se analiza más adelante bajo el epígrafe "Independencia de la Función Jurisdiccional" (en especial, N° 11).

La restricción a la facultad de disponer traslados como garantía a la independencia del juez pretende evitar que, manteniendo 'formalmente' a una persona en el cargo de juez, se le pueda perjudicar, ya sea variando su categoría en el orden judicial, u obligando al juez a trasladar su domicilio: ambas circunstancias pueden ser percibidas por el juez como un eventual perjuicio⁵.

En nuestro sistema constitucional esta garantía es deficiente. Si bien el Presidente de la República requiere del acuerdo de la Corte Suprema para disponer el traslado de un juez, y adicionalmente este traslado debe mantener la categoría del cargo ocupado por el juez, no es requisito que éste consienta en dicho traslado. La deficiencia de esta regulación como garantía de independencia del juez radica en dos factores: por una parte el traslado de un juez, al no vincularse a su consentimiento, puede eventualmente ser apreciado por dicho juez como una circunstancia desfavorable (ya sea porque le impone el abandonar un determinado medio social, cultural, e, incluso -de importancia en nuestro país- le somete a un grado de aislamiento geo-

5 Piénsese, por ejemplo, en la disyuntiva a la que se ve enfrentado un juez al que se traslada de una ciudad a otra muy distante, cuando asumir ese traslado implica la pérdida de un puesto de trabajo para su cónyuge y la desvinculación de sus hijos de su entorno escolar y amical. Se olvida a menudo que son precisamente estas circunstancias extrainstitucionales, sociales o familiares, las que se ven afectadas por un traslado, y que por ello fundamentan, como garantía de la independencia del juez, las restricciones para disponer tales traslados.

gráfico -ver nota 5-). Con esto se lesiona el principio esencial enunciado en el N° 5. Por otra parte, la importancia que puede adquirir un juez como control del poder político puede variar fundamentalmente desde Santiago a -por dar un ejemplo- Punta Arenas. La solución del traslado de un juez demasiado acucioso en la investigación de causas 'incómodas' para el Gobierno o la Administración es una tentación que nuestra Constitución ofrece. El traslado puede llegar así a constituirse en un instrumento en manos del Presidente de la República o de la Corte Suprema frente a jueces 'rebeldes', y por esta vía adquirir incluso una dimensión sancionatoria. *De lege ferenda* sería interesante el introducir el consentimiento del juez para su traslado, como perfeccionamiento de la garantía a la independencia personal del juez.

8. Otra institución conocida en el derecho comparado es la de prohibición de rebajar el sueldo a los jueces. Como tema se plantea la posición económica de los jueces⁶ como categoría⁷. Usualmente, esta situación no va a estar directamente vinculada a alguna decisión en especial que se trate de influir, sino más bien destinada a cambiar la orientación general de determinada jurisprudencia. El manejo de recursos económicos es una posibilidad de ejercer presión sobre los jueces, o sobre un grupo de ellos, con la finalidad de obtener que abandonen sus cargos. La influencia se logra indirectamente, en el subsecuente proceso de nominación de los nuevos titulares. Y es por esto que el tema no se limita a la reducción de sueldos, sino que se extiende a toda oferta de premios o facilidades vinculados al retiro anticipado de un juez. Por otra parte, las medidas de presión de este tipo suelen concentrarse en los grados superiores de las instancias judiciales, donde se centralizan las decisiones finales y donde la eficacia de la presión ejercida se obtiene aunque sólo pocos individuos cedan a ella.

Puesto que la competencia sobre los recursos se encuentra radicada en la interacción entre Legislativo y Ejecutivo, la pregunta que surge es cómo evitar que este instrumento pueda ser usado para afectar la independencia personal del juez. También se puede ver comprometida aquí la independencia del Poder Judicial, como se verá más adelante (N° 17). No parece existir una relación necesaria entre independencia personal del juez y prohibición de rebajar sus emolumentos. Sin embargo, habría que considerar algunos criterios. Ellos son, por una parte, el criterio de igualdad: si eventualmente se argumentara la necesidad de disminuir gastos estatales, esta disminución no podría consistir exclusivamente en la reducción de salarios de los jueces; ni tampoco, al interior del Poder Judicial, de algunos jueces en particular -en especial si corresponden a los tribunales superiores-; y por otra, el de proporcionalidad: la distribución proporcionada de las disminuciones, en el resto del aparato estatal, y al interior del mismo Poder Judicial. Un tercer criterio dice relación con la independencia del Poder Judicial, y se refiere a los recursos mínimos necesarios para cumplir su función. En cuanto a los aumentos, el problema sólo se plantea en relación a premios y estímulos vinculados al retiro del juez; en particular si se establece con el carácter de ley meramente formal, esto es, para un caso concreto y no de modo permanente y abstracto. Sin embargo, esto parece quedar más bien vinculado a

6 Un tema distinto es dotar a los jueces de un salario digno como forma de evitar la corrupción judicial y como instrumento para atraer capacidad profesional al orden judicial.

7 Para distinguirla de la situación económica individual que se ha tratado en párrafos anteriores.

principios ético-políticos (como se verá más abajo) que a los de independencia judicial: si un juez cede a una oferta suculenta para retirarse de su cargo, será éste un retiro voluntario: de motivos moralmente cuestionables, pero voluntario: y el consecuente proceso de nominación a que dé lugar no será sino aplicación de la relación general entre poder político y judicial en los nombramientos judiciales -sin perjuicio de que también la conducta del 'oferente' sea en este caso reprochable desde el punto de vista de su legitimidad.

9. La independencia de la función jurisdiccional

Por función jurisdiccional se entenderá aquí aquella función estatal que tiene por objeto el agotamiento del componente jurídico de un conflicto. Agotamiento, tanto desde la perspectiva de la teoría de la cosa juzgada (como decisión definitiva de un conflicto), como desde la faceta de la posibilidad de aplicación de coacción para concretar dicha decisión. La referencia al componente jurídico de un conflicto alude a que la función jurisdiccional se extingue en la perspectiva jurídica: la solución del conflicto en el derecho, tanto en relación a los fundamentos que sustentan el fallo⁸ como en relación a las competencias del juzgador, y su concreción, en su caso, a través de la aplicación de la fuerza. Un conflicto puede extenderse -socialmente, por ejemplo- más allá del fallo judicial y su cumplimiento: pero la función jurisdiccional sólo puede limitarse a tomar lo que de jurídico tenga dicho conflicto, y agotarlo en una sentencia con fuerza de cosa juzgada, y su ejecución.

10. Esta breve explicación se hace necesaria a fin de delimitar la idea de independencia de la función jurisdiccional. En principio, observado en "estado puro", el contenido de la función jurisdiccional no se encuentra vinculado, por sí mismo, a un órgano estatal determinado. Tanto es así que en algunos casos el Estado permite a particulares el cumplimiento material de esta labor, y le otorga a su resultado el mismo valor final: la sentencia del juez arbitral no emana de la actividad estatal: pero la ley le reconoce el carácter de producto de la función jurisdiccional y le otorga su efecto. Sin embargo, en la noción del Estado Democrático de Derecho se reconocen ciertos principios organizacionales: así, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben revestir una legitimación democrática, y en lo posible, directa, emanada del soberano político (pueblo o nación). Igualmente, la idea de la separación de los poderes tiene por objeto -y esto suele olvidarse- la vinculación e interrelación de los mismos, con la finalidad de control recíproco⁹⁻¹⁰ y, por esta vía, limitación del

8 Que en nuestro sistema jurídico deberán consistir básicamente en una argumentación sobre la base de normas vigentes. La relación existente entre el texto de un cuerpo normativo (una ley, por ejemplo) y la norma, es otro problema.

9 El control a que se encuentran sometidos los jueces se expresa en el principio constitucional de la responsabilidad judicial, art. 76 CPR. Para el inciso I de este artículo rige el mismo mandato de legalidad de la regulación de la responsabilidad criminal que se menciona en el inciso II, en razón del art. 19 N° 3 i. antefinal y final. El sentido de este inciso puede entenderse como la habilitación constitucional para que el legislador establezca un tratamiento diferenciado entre miembros de la Corte Suprema y los demás jueces, en la regulación de esta responsabilidad: pero no puede interpretarse como una autorización para que la ley sustraiga a los jueces de la CS de alguna de las causales establecidas en el inciso I. También forma parte del control -y en este caso podría hablarse de un control entre órganos- la facultad de vetar por la conducta ministerial de los jueces que tiene el P.d.I.R.; y la de fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los magistrados de los tribunales superiores de justicia en casos extremos (esto es, notable

poder y garantía de la libertad individual. Esta "separación de poderes" se manifiesta en dos dimensiones: la división de funciones (separación material) y la separación personal (u orgánica). En las relaciones entre Gobierno/Administración y Parlamento se observa, por ejemplo, una estricta separación personal (vg. arts. 55 y 56 CPR); una interrelación restringida en las funciones de gobierno y administración (vg. arts. 40 N° 2, y 50 N° 2; 48 N° 1; 49 N° 5; 64) y el cumplimiento conjunto de la función nomogenética (vg. arts. 32 N° 8; 62; 65; y 67 a 70), con lo que podría denominarse un predominio del Congreso.

Con respecto a la función jurisdiccional, su rol de control en el Estado de Derecho es de carácter jurídico. La vinculación al derecho como exclusivo criterio decisor exige del juzgador la desvinculación (independencia) en relación a lo juzgado. De aquí que para cumplir el rol de control jurídico, bajo el principio de separación de poderes, la función jurisdiccional deba encontrarse disociada tanto material como orgánicamente de las demás funciones y órganos a controlar: de la función de gobierno y administración, y de la función nomogenética. Esto significa dos cosas: a) que los respectivos órganos de gobierno y administración, y el Parlamento, no pueden ejercer funciones jurisdiccionales, como a la inversa, que los órganos a los que se ha confiado la función jurisdiccional no pueden ejercer funciones de gobierno, administración o legislación; y b) que la titularidad de dichos órganos no debe coincidir en las mismas personas.

11. Este principio teórico se encuentra consagrado, precisamente, bajo la noción de exclusividad. Ella se encuentra formulada en el art. 73 de la C.P.R. en los dos sentidos expresados arriba: por una parte, exclusividad como separación orgánica: *La facultad de [conocer¹¹ de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado] = [función jurisdiccional] pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.* Sólo los tribunales pueden ejercer esta función. Por otra parte, como separación material: ni el gobierno/administración (la C.P.R. se limita a mencionar al Presidente de la República, debiendo entenderse aquí como jerarca de gobierno y administración y por tanto incluyendo la totalidad de estas funciones) ni el Poder Legislativo (compartido por P.d.I.R. y Congreso) pueden ejercer estas funciones. Expresado de manera sintética, el ejercicio de la función juris-

abandono de dichos deberes) que corresponde al Congreso (arts. 48 N° 2 lit. c) y 49 N° 1). La extensión de este último control es uno de los hitos en la delimitación de la dimensión de la independencia judicial frente al Congreso, y requiere un tratamiento que excedería el objeto de estas líneas. Queda planteada la pregunta.

10 La negativa de los tribunales ordinarios para conocer del ámbito contencioso administrativo bajo la vigencia de la Carta del '25 se funda en el errónea aplicación de este principio: el énfasis en la separación de las funciones, sin atender al objeto de esta separación. El control de los actos de la administración por parte de un tribunal no es ejercicio de facultades administrativas, sino propiamente jurisdiccionales: a falta de norma especial, contenidas dentro de las normas atributivas de jurisdicción común.

11 En los arts. 6 y 7 de la CPR y de esta facultad de conocer entregada a los tribunales puede fundamentarse la sumisión general de los órganos estatales a las resoluciones judiciales de instrucción, en la medida en que forman parte inherente a la jurisdicción (esto es, la facultad de ejercer la función jurisdiccional). Del sometimiento a la jurisdicción ordenado por la Constitución se deriva el deber de acatamiento de las resoluciones judiciales para todos los órganos estatales; por ello, la existencia de este deber no depende de su consagración legal.

diccional es incompatible con el ejercicio simultáneo de otras funciones (de gobierno, administración o legislativas) por parte de un mismo órgano.

12. El art. 73, además de prohibir el ejercicio de funciones judiciales en general al P.d.I.R. y al Congreso, les prohíbe en particular el ejercicio de aspectos específicos de la función jurisdiccional.

En primer lugar, la prohibición de avocarse causas pendientes, cuyo sentido original es precisamente desplazar las funciones del Ejecutivo hacia jueces independientes: el Ejecutivo no sólo pierde la facultad de instruir a los jueces el cómo fallar, sino que también la de atraer hacia sí el ejercicio de la jurisdicción. La prohibición en relación al Presidente de la República aparece clara. Con respecto al Poder Legislativo (P.d.I.R. + Congreso), sin embargo, se plantea una pregunta. ¿Qué sucede si se dicta una ley que incide directamente en un proceso pendiente? Si la ley lo es con carácter material (normatividad de carácter general y abstracto), su valor no debería discutirse. Sin embargo, si de su estructura se derivara que su vigencia y aplicación se habrán de restringir al caso o casos *sub lite*, habría que concluir, bajo el inciso I del art. 73, que se trata de una suerte de avocación, por parte del Legislativo, de causas pendientes, al intentar producir una solución de la causa a través de un acto legislativo *ad hoc*, y por lo tanto, de una ley inconstitucional.

La prohibición de revisar o calificar los fundamentos o contenidos de las resoluciones o mandatos judiciales, así como la de calificar la oportunidad, justicia o legalidad de dichas resoluciones (art. 73 i.I y final) tiene un sentido que excede la experiencia histórica del período de "desacato" a resoluciones judiciales entre 1970 y 1973. Tanto el jerarca del Gobierno y la Administración (P.d.I.R.) como el Congreso tienen en el Estado Democrático de Derecho una legitimación política directa, a través del voto popular¹². No así los tribunales; su legitimación consiste en vincular sus decisiones judiciales, primariamente, a la Constitución y a las leyes. Considerar los elementos jurídicamente relevantes de un conflicto y establecer una regla de derecho para, aplicándola, solucionarlo, son etapas esenciales de la función jurisdiccional. La fundamentación de una decisión judicial, que en su aspecto más genuino puede implicar una orden de aplicar la fuerza sobre un individuo, es precisamente el vínculo entre el derecho como norma de conducta y la posibilidad de su aplicación coactiva. En nuestro sistema jurídico dicha fundamentación deberá consistir en una argumentación idónea para sustentar la decisión judicial dentro de los textos normativos emanados, por regla general, de otros órganos del Estado. Establecer esa relación [*texto normativo (abstracto y general)- decisión definitiva del caso (concreto y particular)*] como fundamento de la aplicación efectiva de la fuerza (fundada directamente en la decisión judicial, y a través de ella, en el derecho objetivo) constituye un monopolio de los tribunales, monopolio que la comentada prohibición establece y protege.

En tercer lugar, la prohibición de hacer revivir los procesos fenecidos. Esto último no es sino reconocer a los tribunales la facultad de determinar el 'agotamiento' del conflicto, de dotar a sus decisiones de un carácter definitorio y definitivo. En otras palabras: si la función jurisdiccional es una función con un *telos*, una finalidad,

¹² Con excepciones en nuestro sistema. Por ejemplo, y en relación a la distorsión introducida a este principio por los efectos de la institución de los senadores no elegidos democráticamente, desde la perspectiva de quorum legislativos vid. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XV, 1993-1994, p. 48.

ya descrita, la garantía a la exclusividad en el ejercicio de esa función comprende también a su producto (las decisiones jurisdiccionales) y al carácter que éste reviste (efecto de cosa juzgada).

Dentro de este número cabe mencionar un punto que suele plantearse en relación a las atribuciones del Ejecutivo y en especial del Legislativo: la posibilidad de instaurar comisiones investigadoras. El mero hecho de investigar, en el sentido de reunir informaciones sobre cualquier hecho -y aun cuando de carácter criminal- no constituye ejercicio de funciones jurisdiccionales; ni siquiera respecto de procesos en curso. En este último caso podrá ser más o menos inoportuno, pero no atenta contra la facultad del tribunal de conocer y fallar¹³. Igual cosa la investigación sobre hechos relativos a causas pasadas y ya resueltas. Los límites que se distinguen aquí son precisamente los límites del ejercicio de la jurisdicción: una investigación no jurisdiccional sobre hechos no puede imponerse a particulares (ni afectar su libertad), por ejemplo, para citarlos como testigos; ni puede vincular consecuencias jurídicas a los hechos establecidos, ya que esa labor (juzgar) corresponde a la jurisdicción.

13. El principio subyacente a la idea de exclusividad de la función jurisdiccional es el mismo que justifica la de independencia personal del juez; la idea de un juzgador privado de la facultad de producir textos normativos incidentes en la materia a juzgar: su enfrentamiento a una masa dada de textos normativos (no necesariamente completa o a ser aplicada automáticamente por subsumión); desde la otra vertiente, la vigencia de normas, en su carácter de imperativos generales y abstractos. En la perspectiva política, la exclusividad refuerza adicionalmente la función de control de la actividad jurisdiccional sobre de la de gobierno, administración y legislación. Sin embargo, este principio de exclusividad en el doble sentido arriba descrito (Nº 11) tiene en nuestra Constitución excepciones.

14. Excepciones a la exclusividad en términos funcionales:

14.1. Posibilidad de un órgano de gobierno, administrativo o legislativo, de ejercer funciones jurisdiccionales.

a) Radicación de plenitud de funciones jurisdiccionales¹⁴.

Ejercicio de jurisdicción constitucional por parte del Senado conociendo de las acusaciones constitucionales de acuerdo al Nº 1) y de las contiendas de competencia según el Nº 3) del art. 49 CPR¹⁵.

b) Menoscabo de la facultad jurisdiccional de los tribunales para determinar el agotamiento de un conflicto; intervención en el producto de la función jurisdiccional:

13 Por lo menos en la medida en que esto no podría calificarse como una suerte de prejuicio al no existir en nuestro sistema constitucional una institución equivalente al *contempt of court* anglosajón.

14 Caso de un órgano que ejerce jurisdicción (art. 19 Nº 3 i. V) sin ser tribunal; excepción que, por lo dispuesto en el art. 73, para ser admisible debe encontrarse contemplada en la misma Constitución.

15 Dependiendo del carácter que se reconozca al procedimiento del Nº 2 del art. 49, podría incluirse también éste como un ejemplo de ejercicio de función jurisdiccional. En lo personal no me queda claro.

1) la facultad de indultar que tiene el P.d.L.R. Es interesante que para la jurisdicción ejercida por el Congreso no tenga lugar esta excepción (Art. 32 N° 16); en ese caso es el mismo juzgador (en un sentido amplio, acusador -Cámara de Diputados-, y juez, Senado-) quien conserva la facultad de indultar; y

2) la facultad de otorgar indultos generales que tiene el Congreso (art. 60 N° 16).

En ambos casos se faculta a otro poder del Estado para disponer del producto de la función jurisdiccional, de los cuales el primero se destaca como el más perturbador, ya que ni siquiera se ve sometido al mandato de generalidad (y por tanto, igualdad) que pesa sobre el legislador al conceder indultos.

14.2. Por su parte, a los tribunales se les reconoce una restringida función nomogénica y administrativa. El fundamento constitucional de estas funciones se encuentra, en las atribuciones otorgadas a la CS en el art. 79 inciso I, en especial a través de la superintendencia económica. El ejercicio de las mismas no atenta contra las incompatibilidades señaladas en los N° 7 y 11, en la medida en que no tienen por objeto la administración o la dictación de normas en general, sino referidas exclusivamente a su propia gestión orgánica; el ejercicio de estas funciones no puede implicar regulación de derechos particulares¹⁶; adicionalmente, su sentido es otro, y se vincula a la autonomía del Poder Judicial.

15. La independencia del Poder Judicial

La referencia al Poder Judicial, en contraste con el énfasis puesto en el juez y en la función, en párrafos anteriores alude al conjunto de jueces en su estructura orgánica, al que se encuentra confiado primeramente (aunque no en forma exclusiva¹⁷) el ejercicio de la función jurisdiccional. En esta dimensión se enfrenta al Congreso y al Presidente de la República en la perspectiva orgánica de la Teoría de la Separación de los Poderes. Desde el punto de vista constitucional, tres son los principios que marcan los contornos del Poder Judicial: un determinado status de sus integrantes (art. 78 CPR); la facultad de imperio (art. 73 i.III CPR); y ciertas atribuciones otorgadas a la Corte Suprema (art. 79 i.I, III, IV). Hay que destacar aquí que la Corte Suprema no es un superior jerárquico de los demás tribunales en lo que respecta al ejercicio de la función jurisdiccional: la unidad del Poder Judicial se da en torno a ella por la concentración de ciertos recursos dentro de su competencia (en especial, los de casación e inaplicabilidad) y por estas facultades no jurisdiccionales de superintendencia que, al otorgarse sobre todos los tribunales de la nación -con las excepciones previstas en el mismo artículo- dan a la CS una importancia adicional a la de su preeminencia dentro del Poder Judicial.

16. Como posibilidad de dar órdenes a la Fuerza Pública, y de dotarse de una cierta organización interna, la independencia del Poder Judicial puede precisarse como independencia orgánica o autonomía. Autonomía, primeramente, como plenitud de

16 Esto de particular importancia para evaluar la constitucionalidad de los Autos Acordados: así por ejemplo, la fijación de términos para interponer acciones constitucionales (como en la regulación por parte de la CS de la tramitación del Recurso de Protección) excede este marco y debe entenderse inconstitucional.

17 Todos los tribunales ejercen jurisdicción (esto es, la facultad de desarrollar y satisfacer la función jurisdiccional) art. 73 i. I. Y en principio, sólo ellos (con las excepciones vistas). Pero hay tribunales que no forman parte del Poder Judicial: art. 73. La misma Constitución menciona al menos tres: TC, TCE y tribunales electorales regionales.

facultades para cumplir su cometido: no sólo juzgar, sino trasladar la decisión judicial al campo de los hechos, en su caso, a través de la fuerza, y recurrir a ella en lo necesario para conducir los procedimientos. Este recurso directo a la fuerza pública es, a nivel constitucional, propio solo de los tribunales integrantes del Poder Judicial. En cuanto a las facultades de los tribunales en relación a otros órganos públicos, ver *sigua*, nota 11.

17. En un segundo sentido se habla de autonomía el sentido de autorregulación (correspondiendo aquí a la etimología del término), y también como facultad de algún grado de gestión administrativa, según ella se pueda entender dentro de la superintendencia económica de la CS., siempre hacia el interior de la estructura orgánica y con la reserva ya mencionada en el N° 6 respecto de la independencia del juez al interior de la estructura judicial. La idea de esta autonomía es crear un espacio de regulación y gestión excluido de los demás poderes, para permitir a la propia estructura judicial configurar sus "aspectos domésticos". No existe, sin embargo, una reserva frente al legislador: la ley siempre podrá entrar a regular estos aspectos.

Esto tiene una explicación: mientras que dentro de esta autonomía destaca la norma del art. 73 i. III., el status contemplado en el art. 78 y las facultades de los arts. 77 i. III y IV y 79 i.I son más bien opciones técnicas para reforzar el carácter orgánico del Poder Judicial y su gestión, pero que, una vez garantizadas la independencia del juez y la exclusividad de la función jurisdiccional en los términos discutidos, no constituyen elementos indispensables del Estado de Derecho o de la Teoría de la Separación de los Poderes. Su importancia se puede apreciar relativizada o potenciada en contraste con otro tópico de mayor importancia: los elementos materiales, de resorte gubernamental, administrativo y legal, de los que depende la existencia, funcionamiento y calidad del Poder Judicial. La posibilidad de cumplimiento de la función jurisdiccional por parte de los tribunales en general, y del Poder Judicial en especial, está supeditada a recursos materiales e institucionales cuya provisión es responsabilidad de otros poderes. Así, desde los espacios físicos de funcionamiento y su alhajamiento hasta los materiales de trabajo, y por sobre todo el personal de un tribunal y su calidad profesional pasan por la asignación de recursos económicos por parte del Ejecutivo. Vinculado a ello se encuentra la distribución y cantidad de tribunales en el territorio; más allá, las reglas que regulan el procedimiento, que inciden en la carga de trabajo de un tribunal y su facultad material de hacer justicia. Todos estos elementos quedan en manos de los poderes de Gobierno y Administración, y Legislativo; y sin embargo son la clave para diferenciar un Poder Judicial efectivo, capaz de asegurar una real vigencia de los arts. 6 y 7 y cumplir el mandato del art. 19 N° 3 de la CPR¹⁸, de una burocracia judicial a la cual se pueden aplicar sólo formalmente los demás preceptos analizados en este trabajo. Así, por ejemplo, poco valor tendrá la independencia personal del juez si como contrapartida de sus funciones el juez es retribuido de tal manera que su situación económica lo transforma en extraordinariamente vulnerable a influencias externas. De poco valor será la exclusividad de fundamentar consecuencias jurídicas derivadas de los textos normativos, puesta en manos de los tribunales, si las remuneraciones ofrecidas a los

18 No hay que descansar en repetir que lo que garantiza este precepto es, ante todo, la protección en el ejercicio de los derechos; misma que deberá darse en términos igualitarios, pero que deberá ser, ante todo, protección jurisdiccional.

candidatos a proveer sus cargos no pueden atraer, por lo menos, capacidades profesionales superiores al promedio, que se encuentren en condiciones de vincular sus decisiones al derecho vigente a través de razonamientos convincentes, coherentes y doctrinalmente sustentables. Las notables vocaciones de profesionales de brillante inteligencia que sacrifican legítimos intereses materiales por más elevadas satisfacciones éticas al servicio de la labor judicial¹⁹ son de destacar; pero precisamente por su carácter excepcional no pueden constituir la base de una organización institucional. Podría seguirse así contrastando sistemáticamente los principios de independencia del juez, exclusividad de la función jurisdiccional, autonomía (formal) del Poder Judicial con las condiciones materiales dadas para su actividad, y se tendría siempre como resultado la indisoluble relación entre ambas categorías.

Aislados preceptos constitucionales atacan este punto. El art. 74 establece como mandato al legislador que la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales se encuentra vinculada a la necesidad de los mismos para la *pronta y cumplida* administración de justicia. En otras palabras, ligada a criterios objetivos o, en todo caso, posibles de ser formulados con un alto grado de objetividad, relativos a la materialidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Es uno de los casos en que el control de la constitucionalidad de la ley orgánica respectiva podrá entrar al análisis de la idoneidad de las medidas contempladas en la ley (vg. cantidad y distribución de los tribunales) para cumplir con el efecto constitucional prescrito. El art. 86 impone la existencia de una partida en la Ley de Presupuestos para la organización y funcionamiento de los tribunales electorales regionales (en una interpretación extensiva, también del TCE), y la legalidad de la planta y remuneraciones del personal. No señala, sin embargo, criterio alguno para evaluar la dimensión económica de dicho ítem.

18. Establecer en la Constitución porcentajes o partidas fijas de recursos para el Poder Judicial no parece ser adecuado. La ponderación de las necesidades y aplicación de los recursos para su satisfacción es un tema complejo y, ante todo, variable en el tiempo, cuya fijación en una norma puede volverse en contra del fin perseguido, de asegurar al Poder Judicial recursos suficientes. Por otra parte, dejar sin normativa constitucional alguna las decisiones del Ejecutivo y el Legislativo en esta materia repele a la racionalización del poder que se pretende a través de la Constitución, en un punto tan importante como lo es su control y la vigencia del principio de imperio de la ley a través de su aplicación por los tribunales. En la comparación con otros sistemas se encuentra que la ausencia de normas de este tipo está compensada por la existencia de una tradición que consiste en dotar a los tribunales, no sólo de considerables facultades en el procedimiento, sino de generosos recursos materiales para su gestión. Esta tradición no existe en Chile. Siendo éste un problema esencialmente político, no corresponde profundizar aquí la cuestión; quizás tan sólo sugerir que una de las posibles vías de solución podría consistir en la combinación de procedimientos especiales (p. ej. con la participación de la oposición política y representantes del Poder Judicial -que no necesariamente tienen que ser jueces, o jueces de la CS-) con ciertos criterios objetivos (quizás en la concreción legal de *lo*

¹⁹ Jueces y funcionarios judiciales.

necesario para una pronta y cumplida administración de justicia) en la determinación de los respectivos montos y partidas de la Ley de Presupuestos²⁰.

19. Juez y política

En los párrafos anteriores se ha expresado una de las ineludibles vinculaciones entre Poder Judicial y política en términos generales. Para completar estas consideraciones sobre la independencia judicial se hace necesario, finalmente, encarar un mito que suele hacerse presente en el tratamiento de este tema, y que se concreta, por lo común, en la referencia a la idea de un juez no-político.

Política se distingue en los párrafos siguientes en tres dimensiones. La primera se refiere al ejercicio del poder político institucionalizado, sea cual fuere la forma en que se desarrolle. En un segundo sentido, más preciso, se habla de política como lo sustantivo de una conducta que consiste en la imposición autoritativa de valores y la resolución de conflictos sociales, bajo la forma del establecimiento de un orden jurídico en un sentido determinado, la asignación de recursos, la administración, etc. En un tercer sentido, lo político puede predicarse como adjetivo de cualquier conducta motivada por consideraciones relativas al ejercicio del poder político institucionalizado, o por convicciones y valores relativos al orden político estimado "conveniente", "bueno" o "ideal", o bien a aspectos parciales de ese orden.

20. En primer lugar, el juez ejerce una función estatal y en esta medida, ejerce parte del poder político institucionalizado; de hecho su función es en este sentido una de las políticamente más intensas ya que, excepción hecha del carácter ejecutorio de las resoluciones administrativas, es el juez el que decide (o debería decidir) en definitiva sobre la libertad de los ciudadanos en su contacto con el Estado. Supuesta la vigencia del Estado de Derecho, todo el orden jurídico-político se hace real y tangible para el individuo, en caso de conflicto, a través de la resolución judicial.

21. En segundo lugar, el material con que trabaja el juez es político. Las leyes consagran decisiones políticas²¹; en un sistema democrático, decisiones de las mayorías populares o representativas. Esto, que resulta claro en el caso de modificaciones o innovaciones legales controvertidas, generadoras de enfrentamientos de prensa y debates parlamentarios, suele olvidarse respecto de leyes cuya existencia ha perdurado en el tiempo; se pasa por alto que en estos casos no hay sino una decisión política por la permanencia del *status quo*. Ahora bien: es precisamente la relación del juez con la ley y con su función la que marcan la extensión de su actuar político en este campo: el juez no puede configurar autoritativamente el orden jurídico general: sólo puede librar decisiones para casos concretos; y en ello encuentra a su vez límites en el tenor de los textos normativos (salvo ausencia de los mismos, art. 170 N° 5 CPC). El principio de pasividad restringe adicionalmente la politicidad en esta dimensión, marcada por la dinámica de la iniciativa por estructurar el orden jurídico, económico y social.

²⁰ Cfr. arts. 77, 80 y 81 de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional sobre Tribunal Constitucional; y art. 53 de la Ley 18918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Ejemplos sobre criterios objetivos aplicables en la distribución de recursos se encuentran en los arts. 75 y 76 del DS. Supremo N° 291 del Ministerio del Interior, D.O. de 20.03.1993, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

²¹ En el segundo sentido especificado en el N° 19.

22. En tercer lugar, salvo casos bastante escasos, la tarea del juez no se resuelve en la mera aplicación de una norma 'perfecta' que permite una subsumión de circunstancias de hecho 'típicas' y la formulación de una decisión como resultado de un silogismo lógico.

La mayor parte de las veces, tanto la calificación de las circunstancias de hecho como "jurídicamente relevantes", y su carácter dentro del orden jurídico, así como la formulación de una norma decisoria, son resultado de un proceso complejo en cuyas etapas el juez ha de tomar decisiones cuyo margen de libertad es variable, dependiendo en gran medida de la densidad y coherencia de los textos normativos que pueda aplicar al caso. Como individuo el juez se ve inserto en un medio de lenguaje, convicciones y valores que necesariamente están detrás de sus decisiones. Esto no implica un juicio negativo sobre esta situación: el mismo proceso del juzgamiento implica la asignación de un determinado sentido a textos normativos, sentido que será traspasado a un medio "externo" (vg. ejecución forzosa). Esa asignación pasa por una decisión de él o los jueces que determinan cuál es el sentido que para ellos tienen dichos textos: en este paso el resultado de un proceso interno (subjetivo) adquiere un carácter externo y objetivo (vg. sentencia) transformable en realidad intersubjetiva, en caso de necesidad, por la fuerza.

En esta dimensión todo juez, en cuanto individuo, es portador de convicciones, valores, una visión de mundo, en su caso, de una ideología. Incluso aquel juez que insiste en un positivismo jurídico decimonónico y en una aplicación de la ley por vía de subsumión no hace otra cosa sino adherir a los postulados jurídico-políticos asociados al surgimiento histórico de la burguesía y su extremado afán por seguridad jurídica; se puede sustentar tal valor, estando consciente de su carácter de alternativa entre otras opciones políticas. Pretender, en cambio, una naturaleza a-política, "puramente jurídica" de tal posición, es disfrazar el proceso interno por el cual el individuo adhiere a ella, proceso de convicción subjetiva.

De aquí que la eliminación del elemento político-subjetivo en la actividad del juez no sea una finalidad posible, sino un postulado retórico al servicio de una entre tantas otras ideas políticas. Puede ser que un juez no se identifique con la ideología o el programa de un partido determinado, o -lo que sería grave- no tenga conciencia de la tendencia que muestran sus propias ideas políticas y convicciones éticas: pero en ninguno de estos casos se niega su dimensión política²².

La racionalización del proceso de juzgamiento no pasa, por ello, por la eliminación de los espacios de libertad del juez y sus convicciones y valores, sino por su control y, en especial, por su explicitación, para evitar que pseudo-argumentos puedan ocupar el lugar de los verdaderos motivos subyacentes a un fallo. Y por esto es más conveniente conocer la posición política del juez, ya que ello facilitará dicho control.

23. De lo anteriormente expuesto se puede explicar el por qué el tema del nombramiento de los jueces, que usual -e incorrectamente- se trata con ocasión del tema independencia judicial, se omitió en los tres acápitales anteriores. El nombramiento de un juez es siempre un acto político, en cuanto provee la titularidad de un órgano que va a ejercer parte del poder del Estado, que es poder político institucionalizado. En cuanto el propio juez conserva su dimensión política, el mecanismo de nombramiento no puede pretender, salvo a costo de autoengañarse, un juez no-político.

²² En el tercer sentido detallado en dicho punto.

Todo juez tiene una orientación política, esté o no consciente de ello; y todo órgano encargado de proveer a un cargo de juez intentará hacerlo en concordancia con su propia inclinación, individual o colectiva. En este sentido, la elección de un juez no lo politiza a él más allá de su propia naturaleza: sí puede, en cambio, contribuir a expresar una actitud política del elector²³.

24. De lo anterior se deriva que no existe relación alguna entre a-politicidad del juez y mecanismo de su nombramiento. Lo único razonable que podría subyacer a esta idea es el evitar vinculaciones personales del juez (a modo de lealtades con quien lo nombra). Sin embargo esta posibilidad no puede ser eliminada completamente por ningún sistema de nombramiento, salvo quizás por el del sorteo. Además, este punto ya queda entregado a lo que se ha denominado las motivaciones internas del juez, que el derecho sólo puede controlar en sus manifestaciones externas (conducta del juez y producto de su actividad: resoluciones) a través de toda una paleta de instrumentos que va desde el derecho criminal hasta los recursos procesales. Más importante que estas posibles lealtades hacia el designador pasado son las consideraciones que puedan incidir en la función del juez en vistas a un nombramiento futuro. Y aquí, como ya se ha dicho, debe señalarse que el sistema de nombramiento por cooptación, en la forma que lo consagra nuestra Carta, afecta la independencia del juez al interior del Poder Judicial, ya que reúne en una misma mano la posibilidad de promover a un juez y el control de su función. El juez que, para favorecer su nombramiento, siga los designios de quien será determinante en dicho nombramiento (la respectiva Corte), no puede llamarse independiente. Por el contrario, el juez que gane su convicción interna contra las posturas de la respectiva Corte, probablemente no será nombrado en la terna o quina respectiva.

Por otro lado, si lo que se pretende con la consigna de "no a la designación política de los jueces" es evitar su nombramiento ligado a intereses contingentes de partidos políticos, esto es una finalidad legítima: la conducta de los partidos debería anteponer en su política judicial la calidad de los nombramientos a consideraciones sobre posibles beneficios derivados del posicionamiento de personas más cercanas a sus filas en los cargos judiciales. Pero hay que recordar aquí que esto vale para toda persona o gremio que intervenga en la selección o nombramiento de los jueces; y aquí se vuelve a un argumento mencionado arriba: cuando un agente político expresa abiertamente su posición política, es más expedito el control de su conducta a través del contraste entre las motivaciones fundadas en esa posición, y otros criterios. En cambio, cuando un gremio se ampara en su "apoliticidad" para seleccionar candidatos que correspondan a sus propias preferencias y convicciones -y toda provisión de cargos en el poder político implica decisiones políticas-, fuerza es que quiera amparar sus motivaciones bajo rubros encubiertos, dificultando el control. Especialmente, cuando ni siquiera este gremio está consciente de experimentar este fenómeno.

25. A mi juicio, si la politicidad del juez no puede ser evitada, por consustancial a su carácter de individuo y ciudadano, para el mejor resultado del funcionamiento del

23 Esto es directamente proporcional al grado de politicidad de las facultades que se asignen al tribunal para el cual es nombrado el juez. Es esto lo que hace el tema de la elección de los jueces para el Tribunal Constitucional un tema tan agudo, y toma tan criticable la elección de dos de sus integrantes por parte del CSN, politizando así a su componente militar.

Poder Judicial en general, sería recomendable transformarla en pluralidad, lo que en términos de nombramiento significa incorporar a gremios en que distintas tendencias tengan influencia en el resultado total global de los nombramientos. En el fondo, esto no sería sino sistematizar y concretar en un solo momento este componente de la facultad del P.d.I.R. (de nombrar a los jueces), cuya orientación política sí puede cambiar de periodo en periodo. Por otro lado, y puesto que puede ser efectivo que el nombramiento por parte de tal o cual gremio genere alguna vinculación personal del juez *ex post*, la mejor garantía para superar esto es, por una parte, establecer requisitos de idoneidad para los candidatos, cuya existencia pueda ser cuestionada y controlada eventualmente en un procedimiento de carácter jurisdiccional²⁴ y de esta manera, asegurar una "calidad formal" del producto. Por otra, hacer los cargos atractivos, principalmente en términos de remuneraciones²⁵, a fin de elevar la posibilidad de aumento de la "calidad material" de los candidatos. Mientras más alta sea la capacidad profesional y científica del juez, más alto podrá suponerse (nunca asegurarse) su mayor independencia, y su propio control sobre los procesos de actuación y argumentación judicial que desarrolle.

26. Comentario Final

Con el retorno a la normalidad constitucional en 1990 se planteó, entre otros, el tema de una posible reforma al Poder Judicial. Tanto la pasada experiencia de falta de protección a los derechos y libertades fundamentales en el pasado próximo, como consideraciones sobre la eficiencia del Poder Judicial llamaron la atención sobre su estructura (generación, composición) y funcionamiento, y generaron propuestas sobre su reforma. Ellas encontraron una fuerte resistencia, tanto en la oposición política como en la jerarquía del Poder Judicial. Uno de los argumentos para rechazarlas fue la afirmación de que ellas atentaría contra la independencia del Poder Judicial. Tengo la muy personal impresión de que en dicha ocasión se operó sobre una vaga noción del concepto de independencia judicial; si bien ella se alzó repetidamente como valor a defender, escasamente se pudo señalar alguna vez cómo se vería afectada por los cambios sugeridos. Se ha tratado aquí de aportar el esbozo breve de algunos aspectos de la independencia judicial, al menos en sus rasgos fundamentales, junto a una apreciación crítica de su consagración en nuestro sistema constitucional, en la esperanza de que eventuales alegatos futuros en defensa de dicha independencia puedan contener alguna referencia concreta, más allá de su función retórica.

24 Si se establecen requisitos de idoneidad, o procedimientos calificadorios, pero la decisión de quien los evalúa o califica no es reclamable ante un tercero independiente, el procedimiento de selección sigue quedando al arbitrio del evaluador o calificador.

25 Pero no sólo en estos términos. Muchas normas que hoy regulan la actividad del juez pueden percibirse como sumamente limitantes en el desarrollo personal, social e incluso político de quien quiera asumirla.