



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

DOCTORADO EN DERECHO

EL ACCOUNTABILITY JUDICIAL COMO CONTROL EXTERNO DE LAS
DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA EN LA CULTURA LEGAL CHILENA

POR: GABRIELA EUGENIA FLORES CALVO

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica de Chile para optar al grado de Doctor en
Derecho

PROFESOR GUÍA: DR. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Santiago – 2020

© 2019, Gabriela Eugenia Flores Calvo

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica que acredita el trabajo y a su autor

Diciembre 2019

A mi esposo por el incondicional apoyo en todos los momentos difíciles en los que necesite aliento para seguir. A mi pequeña Sofia por todo el tiempo en el que no la acompañé. A Lucia mi Agencia de *Accountability* por sus consejos e inmensa paciencia.

Agradezco a mi madre quien me enseñó a luchar y ver la vida siempre con una mirada positiva aun en los momentos más difíciles. A mis compañeros constantes A, L. Y S. A mi profesor Dn. José Luis Cea por ser la guía que me acompañó a lo largo del camino y a todos quienes me colaboraron dándome su tiempo, cariño e información, decirles nuevamente ¡Gracias!

TABLA DE CONTENIDO

	PAG.
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
INDICE DE ILUSTRACIONES	x
ABREVIATURAS	x
TABLA DE CASOS	xii
RESUMEN	xiii
INTRODUCCION	1

PARTE I

EL ACCOUNTABILITY COMO MECANISMO EN LA CULTURA LEGAL

CAPÍTULO I

PENSANDO EN ACCOUNTABILITY?: UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

1. <i>Accountability</i> la palabra clave ¹ en la cultura de las democracias modernas	11
1.1 Su Origen: La Transformación Semántica de <i>Accounting a Accountability</i>	15
1.2 <i>Accountability</i> como concepto	23
1.2.1 Su Naturaleza Conceptual: Origen y aspectos relevantes	23
1.2.2 Características del debate conceptual del <i>accountability</i>	28
1.2.3 Aplicación conceptual del <i>accountability</i> : Perspectivas Teóricas	36

¹ El término palabra clave fue utilizado por William Raymond en su libro Palabras Claves un vocabulario de la cultura y la sociedad. En él explica cuál la razón por la que le da ese nombre y señala que lo hace en dos sentidos conexos, son palabras significativas y vinculantes en ciertas actividades y su vinculación (2000). p.19.

1.2.3.1	Perspectiva democrática: El control ciudadano	36
1.2.3.2	Perspectiva Constitucional: prevención del abuso de poder	40
1.2.3.3	Perspectiva Social: La sociedad (pueblo) como factor determinante	44
1.2.3.4	Perspectiva Cultural: Una condición necesaria.....	46
1.2.4	Los Usos del <i>Accountability</i> : Su comprensión dual	48
1.2.4.1	<i>Accountability</i> como Virtud.....	50
1.2.4.2	<i>Accountability</i> como Mecanismo	53
1.2.5	La operacionalización del <i>accountability</i> desde su naturaleza polifórmica y su característica sinonímica	56
1.2.5.1	Tipologías del <i>Accountability</i> como Mecanismo	58
1.2.5.2	Sinónimos del <i>Accountability</i> : La aclaración necesaria	64
1.3	Cómo opera el <i>accountability</i> como mecanismo en el balance entre la independencia y el control	68

CAPITULO II

ACCOUNTABILITY E INDEPENDENCIA JUDICIAL

2.	Su impacto en el poder de decisión del Juez	74
2.1	<i>Accountability</i> Judicial: Una Visión diferente	77
2.1.1	<i>Accountability</i> Judicial una amenaza a la independencia judicial	80
2.1.2	Los Jueces deben ser Accountable: La independencia judicial es un concepto amorfo y mal entendido	84
2.1.3	La independencia y <i>accountability</i> judicial una mirada diferente	88
2.2	Mecanismos de Control: tradicionales y nuevos de <i>accountability</i> judicial.....	93
2.2.1	Mecanismo Tradicionales de <i>Accountability</i>	97
2.2.1.1	La Apelación judicial el mecanismo tradicional	97
2.2.1.2	Impeachment un procedimiento legislativo	99
2.2.1.3	La selección judicial: nombramiento, mérito y votación	102

2.2.1.4 Guardianes de la independencia judicial: Los Consejos de la Judicatura	107
2.2.2 Nuevos Mecanismos de <i>Accountability</i>	113
2.2.2.1 <i>Accountability</i> profesional o de pares	116
2.2.2.2 La opinión y escrutinio público y los Medios de Comunicación Social (MCS)	118
2.2.2.3 Ombudsman, las Cortes de Queja.....	121
2.3 Niveles de Independencia y <i>Accountability</i> Judicial: La cultura de la Protección Judicial.....	125
2.3.1 El <i>Accountability</i> y la Independencia Institucional: La colectividad judicial	129
2.3.2 El <i>Accountability</i> y la Independencia de Comportamiento: El Juez como persona	134
2.3.3 El <i>Accountability</i> y la independencia decisional: el juez individual.....	139
2.4 La Conducta Judicial: Reglas que regulan su comportamiento	147
2.4.1 Los Principios Básicos de la Independencia Judicial – Las Naciones Unidas (ONU)	150
a. Independencia Institucional e Independencia del Poder Judicial	150
b. La Libertad de Expresión y Asociación	151
c. Competencia Profesional, Selección y Formación	151
d. Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo	151
2.4.2 Código Bangalore de la Conducta Judicial Un código pionero	152
2.4.3 Jueces Protegidos e Independientes: El comportamiento judicial en su decisión	155
2.5 El Juez Supremo independiente o <i>accountable</i> ?	161
2.6 El <i>Accountability</i> y la Independencia Judicial: Es posible una reconciliación?:una conclusión anticipada	170

CAPITULO III

LA CULTURA LEGAL COMO CARACTERÍSTICA DETERMINANTE PARA LA APLICACIÓN DEL ACCOUNTABILITY JUDICIAL A LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA

3. La Cultura Legal	173
3.1 El Término Cultura Legal.....	176
3.2 Características de la cultura legal y su relación histórica.....	182
3.2.1 La independencia judicial y la cultura legal: una cultura de independencia judicial	187
3.2.1.1 Estructura institucional.....	187
3. 2.1.2 Estructura constitucional	190
3.2.1.3 Normas legislativas y salvaguardas constitucionales	191
3.2.1.4 Las Facultades Adjudicativas: Jurisprudencia de las Cortes	192
3.2.1.5 Códigos de conducta y ética judicial	194
3.2.1.6 La confianza de la sociedad en las Cortes desde una visión de apoyo y respeto a la independencia judicial.....	197
3.2.2 La cultura legal del rol judicial	201
3.2.3La cultura legal y el <i>accountability</i> judicial una cultura tradicional.....	205
3.3 La cultura legal chilena: estado de su situación.....	209
3.3.1 Primer período: Su evolución	211
3.3.2 Segundo período de estudio: después de su evolución.....	218
3.3.3 La Cultura Jurídica externa en Chile: Una mirada introductoria.....	221
3.4 La Cultura Jurídica y la Independencia Judicial en Chile: una cultura de independencia mirada desde una perspectiva histórica	228
3.5 La Cultura de <i>Accountability</i> : La valoración social y judicial.....	240

PARTE II

EL ACCOUNTABILITY DE LA CORTE SUPREMA TEORÍA Y PRÁCTICA

CAPITULO IV

ACCOUNTABILITY JUDICIAL COMO MECANISMO DE CONTROL DE LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA EN UNA CULTURA LEGALISTA

4. Una protección histórica	247
4.1 La Independencia Judicial de la Corte Suprema chilena.....	250
4.2 La Función Judicial: Cómo deciden los Jueces Supremos?.....	256
4.3 <i>Accountability</i> Judicial como mecanismo de control a las decisiones de la Corte Suprema: Un Poder Judicial de hecho.....	265
4.3.1 <i>Accountability</i> de la Corte Suprema en la Constitución chilena.....	265
4.3.2 <i>Accountability</i> de los Jueces Supremos. ¿Funcionan los mecanismos tradicionales?.....	270

CAPITULO V

EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL: LA REALIDAD A TRAVÉS DE SUS DECISIONES EN LOS “CASOS DIFÍCILES”

5. Realidad del comportamiento judicial.....	274
5.1 La Jurisprudencia como un valor democrático en la cultura legal chilena	278
5.2 La Corte Suprema y su comportamiento ante la transformación	280
5.3 Metodología: Análisis de Contenido aplicado a la investigación jurídica.....	281
5.3.1 El Proceso para el análisis	284
5.3.2 Atlas.Ti: Un Software de apoyo al análisis legal	290

5.4 Proceso de Codificación (Codebook)	291
5.4.1 Teorización de los Códigos Seleccionados: Los fundamentos de nuestra selección.....	303
5.4.1.1 Alejamiento Normativo.....	307
5.4.1.2 Separación de Funciones Estatales	314
5.4.1.3 Los Problemas Éticos.....	319
CONCLUSIONES	324
BIBLIOGRAFIA	332

INDICE DE ILUSTRACIONES

Figura 1-6	285
Figura 2-6	294
Figura 3-6	295
Figura 4-6	296
Figura 5-6	298
Figura 6-6	306

ABREVIACIONES

CEP	Centro de Estudios Públicos
CONAMA	Comisión Nacional del Medio Ambiente
DL	Decreto Ley
ICANN	Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números en
Estados	Unidos
LBA	Ley de Base del Procedimiento Administrativo
LBMA	Ley de Base del Medio Ambiente
MCS	Medios de Comunicación Social
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OED	Oxford English Dictionary
ONGs	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
SST	Sensible Sentencing Trust

RESUMEN

La presente tesis doctoral analiza el *accountability* judicial como mecanismo de control a las decisiones de la Corte Suprema, considerando en él lo fundamental de la cultura legal como factor determinante en la protección de la independencia sobre el *accountability* de los jueces supremos. Su objetivo fue mostrar que aun cuando las decisiones de la Corte Suprema en los “casos difíciles” no siempre encuentran su fundamento en la norma positiva, quienes deciden no son *accountable* evidenciando con ello no que han perdido su independencia cual es la concepción tradicional, sino que la han excedido.

INTRODUCCIÓN

Los jueces de las Cortes Supremas han llegado a interferir con sus decisiones¹ en las agendas del ejecutivo y legislativo, convirtiéndose en reguladores y gestores de políticas públicas, apartándose así, de su función primigenia, que es resolver las controversias entre las partes.² En toda cultura legal desarrollada, los jueces han dejado de ser simples árbitros y parte de aquella institución tradicional que deciden disputas sin desviarse de la regla y siempre administrando justicia rectamente³. Ahora, se han convertido en lo que el juez Richard Posner en su análisis de la Corte Suprema Americana, ha descrito como una “superlegislatura”⁴ que puede proclamar nuevas leyes o nuevas formas de relaciones⁵. Dejando atrás la idea de la auto-restricción, en la que no solo quedaban excluidas ciertas áreas del gobierno del escrutinio judicial, sino en la que el juez supremo era la boca que pronuncia y ejecuta la ley⁶, distanciado de la controversia política⁷, aislado del escrutinio público⁸ y con un estatus y respeto elevados⁹.

Y no es que pongamos en duda que los jueces supremos puedan ser ciudadanos ejemplares, sin embargo, no podemos dejar de lado que son seres humanos, con intereses propios, con debilidades, que pueden ser corruptos, incompetentes, colaboradores con ciertos regímenes¹⁰ o tener ciertas preferencias políticas o de políticas públicas. En esta realidad pueden incumplir con sus deberes y decidir llevados por esos intereses propios y debilidades, principal no exclusivamente, cuando deben resolver

¹ Influenciadas por sus propias preferencias políticas y persecución de fines extralegales asentados en preferencias ideológicas, culturales o propios intereses más que en la norma legal. Lo que en derecho comparado se conoce como “Activismo Judicial”, término introducido por Arthur Schlesinger Jr. en un artículo de la revista Fortune en enero de 1947, titulado "El Tribunal Supremo".

² LIBERTAD Y DESARROLLO (2012), pp. 9-10.

³ CONTESSE (2005) p.282.

⁴ POSNER (2005) p. 60 y ss.

⁵ CARRINGTON y CRAMTON (2009a) p.590.

⁶ MONTESQUIEU, (2005) p. 187.

⁷ MALLESON (1999) pp. 9-10.

⁸ Ibidem. p. 41

⁹ MALLESON (1999) p. 66.

¹⁰ KOSAR (2016) p. 28.

aquellos “casos difíciles”, caracterizados por la resonancia político y/o social y la controversia generada en su entorno. Demostrando, con sus fallos, que no son monumentos a la imparcialidad, y que sus decisiones no necesariamente se apoyan en la norma legal o en los elementos de interpretación auxiliares a ella.¹¹

Este nuevo rol, ha llevado a expertos a cuestionarse sobre la necesidad de hacerlos *accountable*, es decir, que den explicación de sus actos y se les aplique mecanismos de control a su desempeño, ambas, características propias de un sistema democrático y sin perjuicio de las normas de responsabilidad civil, penal, política y administrativa que les sean aplicables, poder revisar su trabajo y analizar los fallos que pronuncian.

La respuesta, ha generado controversias teóricas, toda vez que su aplicación significa tocar algunos principios constitucionales como la independencia judicial y la separación de poderes.¹² La independencia judicial, tema central en el Derecho Constitucional, es la que se convierte en la preocupación principal de toda la comunidad jurídica, sobre todo porque hay una cultura legal que sostiene que los jueces supremos deben ser independientes para decidir los casos puestos en su conocimiento, libertad que les permite, sin presiones ni interferencia o influencia alguna solucionar las controversias¹³.

Para algunos¹⁴, el poder judicial debe ser *accountable* porque el concepto de independencia judicial es amorfo y ha sido mal entendido, para otros¹⁵, el *accountability* judicial se convierte en una amenaza a la independencia judicial, y hay quienes¹⁶ consideran que es posible alcanzar una posición moderadora de ambos principios bajo la

¹¹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) pp. 9-10.

¹² Para Mad Andenas (2007) p. 1, hay una tensión perpetua entre la independencia judicial y el *accountability*, se generan controversias e incluso en algunas ocasiones crisis constitucionales. Se limita al ejecutivo en cuanto a su intervención en las decisiones judiciales.

¹³ DINH (2008) p. 65.

¹⁴ BEAUCHAMP y KING (2010); SEIDMAN (1988) y GARDNER (2006); entre otros.

¹⁵ DAY (2008); WHITE (2002); SAKALA (2005); REDISH (1999); COKE (2010) y otros.

¹⁶ LIPPMAN (2008); STEVENS (1999); PIMENTEL (2009); BURBANK (2003); GAR (2007); CONTINNI y MOHR (2007).

premisa de que ambos son “la cara de la misma moneda¹⁷”, porque un judicial *accountable* sin independencia es débil y un judicial independiente sin *accountability* es peligroso¹⁸.

En la experiencia extranjera y nacional¹⁹, se han llegado a consensos en indicadores relacionados a la protección de la independencia judicial. Parte de ellos, han estado enfocados en mejoras salariales, la administración de los recursos, capacitación del personal judicial, la creación de instituciones judiciales como la Academia Judicial en Chile y en la aprobación de normas vinculadas a la transparencia y probidad en la función pública que obliga al poder judicial a “Rendir Cuentas²⁰”, también en lo que respecta a la aplicación de indicadores cuantitativos a la labor de los jueces, que tienen relación con su nombramiento, salario, mejoras tecnológicas, infraestructura, sistemas informáticos y responsabilidad, entre otros²¹.

Y ello, ha sido posible porque en el discurso democrático a través del cual se legitiman los estándares que permiten a los gobiernos cumplir sus promesas, el *accountability* ha sido tratado como virtud, más cercano a la responsabilidad, al deseo de actuar bien, de manera transparente, justa y equitativa. Y no es que la aplicación de estos indicadores, no hayan aportado importantes conclusiones respecto de tratar de garantizar la independencia judicial con un *accountability* como virtud, sino que lo han hecho más desde una visión de la relación con el ejecutivo y el legislativo en casos de corrupción, o cuando se trata de acusaciones constitucionales.

Sin embargo, la reacción es contraria cuando se piensa en indicadores cualitativos de carácter externo relacionados con un *accountability* como mecanismo donde un fórum sea capaz de cuestionar los fallos del poder judicial.

¹⁷ BURBANK y FRIEDMAN (2002) p.11.

¹⁸ BURBANK (2003) p.325; *Cfr.* AMERICAN JUDICATURE SOCIETY (2005) p. 4.

¹⁹ DECKER, CHRISTIAN y VARELA (2011) pp. 15- 42 y ss.

²⁰ Artículo 102.- Código Orgánico de Tribunales.

²¹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 5-6. (Versión en Inglés).

Ahí el consenso no solo ha sido difícil, sino imposible,²² sobre todo en los sistemas jurídicos, como el chileno, caracterizado por una cultura legal que aun aceptando que hay manifestaciones de cambio, todavía resultan irrelevantes, frente a la influencia del positivismo exegético donde no florece la dogmática basada en principios, sino en un legalismo cercano a la glosa y alejado de la argumentación práctica²³, priorizando así, sobre el *accountability*, el blindaje a la independencia judicial de cualquier contaminación externa que pueda invadir esa independencia tan celosamente resguardada.²⁴

Ante esta situación, cobra relevancia la necesidad de estudiar el *accountability* no ya como virtud sino como un mecanismo de control, libre del uso de sinónimos, como la responsabilidad, la transparencia, el control, la rendición de cuentas, que pueden ser y usando la analogía que Christopher Hood hace cuando analiza la relación transparencia-*accountability*, “gemelos siameses, partes que se complementan, o parejas disparejas”²⁵, pero no sinónimos. De igual manera lo hace la cultura legal, fundamental en la aceptación de un cambio que permita su aplicación a las decisiones del alto tribunal y que los magistrados no solo se sientan y acepten ser *accountable*, sino que en la práctica lo sean. Entonces su análisis ya no solo es necesario sino imprescindible para conocer lo que distingue a una sociedad de otras, sus reglas formales, la manera distinta de procesar la ley y esa “*reacción química*”²⁶ al sistema legal, más cuando no existen trabajos que traten la cultura legal, la independencia judicial y su relación con el *accountability* como mecanismo de control²⁷. Y esta es una parte de la originalidad de esta tesis.

²² LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 13.

²³ PEÑA (1994) p. 36.

²⁴ VALLE (2006) pp. 86-92.

²⁵ HOOD (2010) p. 989, específicamente se refiere con el uso de este término a la relación entre *accountability* y transparencia, pero lo utiliza para describir la cercanía del *accountability* con los demás conceptos señalados.

²⁶ PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (2003) pp. 153-157.

²⁷ En el *accountability* como mecanismo se deben considerar varias figuras inmersas en él, tales como: es externo, hay una interacción social (cultura externa), implica autoridad de quienes llaman a *account* lo que significa tener el derecho a pedir una explicación pero también a imponer una consecuencia o una sanción. CURTIN y NOLLKAEMPER (2005) p. 4.

La otra, se relaciona con lo que sucede con la Corte Suprema y su cultura legal que a lo largo de su historia constitucional nos muestra que a pesar de tener sus funciones claramente establecidas y los cambios tendentes a hacerla más responsable, se mantuvo con una suerte de pasividad respecto de asuntos que le hacían más incómodo y más difícil el ejercicio de su jurisdicción como un poder absoluto, centrándose concretamente en la idea de que solo aplican la ley y no crean Derecho. Si bien, a través de la doctrina es posible probar que la protección de la cultura legal a la independencia judicial es efectiva, no hay estudios que en la práctica y a través de métodos de estudio empírico diferentes como son los métodos de Análisis de Contenido y el de la Teoría Fundamentada, nos demuestren efectivamente que de *iure* la independencia judicial es una cosa y de *facto* es otra. Pero además que permitan su replicabilidad, aun cuando no se haga un recorrido completo de las sentencias de nuestro más Alto Tribunal, lo resaltable de nuestro esfuerzo es que sobre los resultados que obtuvimos, otros investigadores, mediante la utilización de nuestros códigos base y la teorización de los mismos, podrán hacer un análisis más amplio con ponderaciones similares.

Ante lo descrito, nos planteamos una hipótesis por demostrar que consiste en sostener que la cultura legal chilena tanto interna como externa valora la independencia judicial de la Corte Suprema, tanto que ha dado paso a que los jueces supremos abandonen los principios, la norma y los modos de razonamiento legal, subjetivizando sus fallos en los “casos difíciles”, extralimitando su independencia, llegando demasiado lejos, incluso más allá de los nuevos límites del llamado neomodernismo que ya no espera que el juez sea solo un interprete de la ley, sino que se conecte con pueblo y sus necesidades²⁸ y por ello no son *accountable*, ni lo serán mientras la cultura legal priorice la independencia sobre el *accountability* judicial y esa relación hasta hoy existente cambie.

Consecuentemente, nos planteamos un objetivo central, que es el liberar al *accountability* de términos relacionados para entenderlo como un mecanismo y así poder

²⁸ VERGARA (2018) p. 23.

analizar su relación con el principio constitucional de la independencia judicial y la cultura legal tanto interna y como externa. Mostrando a través de un análisis empírico que la independencia de iure no es la misma que la de facto, que en los hechos los jueces supremos no pierden su independencia cuando fallan alejados de la norma legal, sino que la exceden y por ello no dan explicaciones ni reciben una sanción.

Para alcanzar este objetivo, se hizo necesario identificar el marco de nuestra investigación a través de delimitar nuestro estudio a la aplicación del *accountability* judicial como mecanismo de control a las decisiones de la Corte Suprema chilena, haciendo un análisis de la cultura legal interna y externa a través de la historia constitucional de este alto tribunal desde los inicios de la república hasta los tiempos actuales, y un estudio a través del análisis de contenido y la teoría fundamentada, de sus fallos en los “casos difíciles” que se presentaron en los últimos años (2007-2017).

Proponemos el uso del término *accountability* en el idioma primigenio, cual es el inglés y como concepto, alejado de sinónimos relacionales. Implícitamente sostenemos que al ser la cultura legal fundamental en la idea de la independencia y el *accountability* judicial se hace necesario un cambio en la concepción tradicional de independencia judicial, para dar paso a lo que denominamos una “cultura de *accountability*” que considere entre otras cosas, la valoración social (interacción social) del judicial cuyo fundamento no es la independencia del juez en sentido de evitar la injerencia de los otros poderes en las decisiones judiciales, sino la independencia ética y moral del juez referida a esa independencia subjetiva²⁹ o personal que es necesario rescatar porque que cada vez más nos deja sin moral³⁰.

Todo lo descrito y cada paso de nuestra investigación no habría sido posible sin una guía metodológica de investigación. Como dice Hernán Corral³¹, guía que nos

²⁹ CHAIRES (2004) p. 531.

³⁰ CORTINA (2000) p. 20.

³¹ CORRALES (2008) p. 11.

servirá para alcanzar un determinado fin. Y es ese camino recorrido el que paso a explicar.

Nuestros capítulos relacionados con la Corte Suprema, han sido estructurados a través del método histórico en el que el análisis de las formas de producción y aparición del derecho nos dejaron ver la función judicial a lo largo de la vida de la judicatura chilena. Fueron las fuentes historiográficas las que nos permitieron hacer una explicación de cómo fue su comportamiento en los distintos periodos de tiempo que parten en nuestra investigación desde la creación de la república y su primer cuerpo constitucional. Es a través de estos instrumentos y su selección que vemos la protección histórica a la independencia judicial, que no solo se encuentra en la norma positiva; pues el poder real que detenta, es el resultado de convenciones constitucionales y prácticas informales que no son necesariamente consecuencia directa de la ley, sino de una cultura legal que desde los inicios de la vida republicana, va configurando lo jurídico y dentro de él lo judicial.

En nuestros restantes capítulos la dogmática como método propio de las ciencias jurídicas estuvo también presente en nuestra investigación, entendida como aquella que parte su análisis de ciertos dogmas, o proposiciones expresadas en la doctrina legal³² y de otras ciencias como la sociología, nos permitió a través de la sistematización deductiva garantizar nuestra conclusión. En nuestro estudio no solo describimos el derecho positivo (la Constitución Política y las leyes que regulan la función judicial) sino, que lo interpretamos y relacionamos con los resultados derivados de él en las decisiones judiciales de los “casos difíciles”. Una variante en nuestro análisis ha sido no solo considerar que el derecho es conocer la ley y que ella es la única fuente genuina del derecho, sino que también lo es la cultura legal, entendida como ese conjunto de normas y valores que ejercen influencia dentro de una comunidad, dando a los jueces una suerte de protección de “*influencias externas impropia*”, dejándolo libre de presiones pero también libres de sanciones, no necesariamente porque su proceso de selección o

³² CORRALES (2008) p. 58.

remoción determinen su independencia, sino muchas veces porque es la cultura la que la valora³³.

Entonces considerando que la cultura y lo que en ella está inmerso puede influir en el Derecho, estudiamos la jurisprudencia con el objetivo de alcanzar una noción y dar luz a las ideas abstractas contenidas en ellas, y así poder acercarnos más a entender los justificativos racionales que van más allá del texto y que caracterizan algunas sentencias en las que se pueden evidenciar carencias de motivación legal. Para mostrar que lo que sostiene la teoría no siempre es lo que puede verse en la práctica. En este recorrido nos acompañaron dos métodos propios de las ciencias sociales.

Por lo tanto, el resultado de toda esta sistematización puede verse reflejada a lo largo de su desarrollo. Y es así que en nuestro primer capítulo se delimita el concepto del *accountability* de forma restringida como mecanismo, en el que el sujeto de la obligación debe explicar, justificar y enfrentar consecuencias por sus acciones (sancionado).

Para desarrollar esta relación actor-fórum se examina el origen de su concepto, sus características esenciales y las perspectivas de su aplicación conceptual. Se considera además, su naturaleza multifuncional, multiforme y sinonímica, su operacionalización y contribución en el balance entre la autonomía e independencia de quienes detentan poder y su respectivo control. Autores como Mark Bovens quien nos da la noción del *accountability* como mecanismo, Melvin Dubnick y Ezzemel y Cardoso de quienes extraemos información importante sobre el origen de la palabra y el concepto, Shedler, Mulgan, Fisher y otros nos permitieron estudiar el *accountability*, su naturaleza multifórmica y sinonímica y nos sirvieron para completar la base de nuestro estudio del *accountability* como concepto.

³³ ABRAHAMSON (1996) p. 79.

Nuestro segundo capítulo tiene como objetivo principal el mostrar que la confianza del público en el sistema judicial descansa en la habilidad de los jueces de cumplir con su función constitucional de proteger, cumplir la Constitución y la ley y decidir imparcialmente, dejando de lado sus propios intereses, elementos importantes de una democracia constitucional. Se estudian algunas concepciones de la independencia y el control que se ejerce sobre la conducta judicial, principalmente y no exclusivamente, en lo que respecta a las decisiones de la Corte Suprema, en la que los valores arraigados en la cultura legal resultan siendo más importantes que las reglas formales en el funcionamiento de la justicia.

Como es parte de nuestra investigación el análisis de la cultura legal, nuestro tercer capítulo hace una revisión de qué se entiende por cultura legal y su relación con la independencia judicial, la ética, la moral y con quienes, como los otros poderes del estado, ejecutivo y legislativo, la prensa y la academia, entre otros, forman parte de la cultura legal externa. Nuestro trabajo se centra en tres variables que condicionan la aplicación del *accountability* judicial: el rol judicial con su estructura y la normativa legal; la ética y la moral en la función judicial y la cultura externa y su disposición a sancionar el comportamiento judicial.

Dado que la cultura es una condicionante para la aplicación del *accountability* judicial se plantea la necesidad de un cambio a través de lo que denominamos “cultura legal de *accountability*” que de manera transversal permitiría modificar el sistema legal vigente haciendo que la independencia y el *accountability* logren el balance adecuado que permita a los jueces explicar sus decisiones. Nuestra guía fueron los estudios hechos por Agustín Squella, José Luis Cea, Jorge Correa, Pablo Ruiz Tagle, Carlos Peña y otros quienes se dedicaron e hicieron grandes aportes al conocimiento de la cultura judicial interna.

En nuestro cuarto capítulo estudiamos a la Corte Suprema desde la cultura legal y su protección histórica a la independencia judicial, que no solo se encuentra en la norma

positiva; pues el poder real que detenta, es el resultado de convenciones constitucionales y prácticas informales que no son necesariamente consecuencia directa de la ley. En este capítulo se abordan tres aspectos importantes: El modo en el que se ha gestado la cultura jurídica y como en ella se va configurando lo jurídico y dentro de él lo judicial; la función jurisdiccional relacionada con la decisión judicial en los “casos difíciles” caracterizada por sentencias carentes de motivación legal; y la no aplicación de los mecanismos de control existentes a través de los cuales se puede exigir a la Corte Suprema dar explicaciones por sus decisiones, significando con ello que aun cuando el derecho lo exige los hechos lo niegan.

Y finalmente, nuestro último capítulo se encuentra caracterizado por un análisis empírico que parte con el uso de una metodología distinta a la tradicionalmente utilizada en el estudio de jurisprudencia, cual es el análisis de contenido y la teoría fundamentada. A partir de ambas, y con el apoyo de un Software (Atlas.Ti) revisamos el contenido de una sentencia representativa, donde el tribunal ha excedido su independencia. La selección tiene como base de datos el estudio realizado por Libertad y Desarrollo plasmado en una serie de libros denominados “Sentencias Destacadas” (2007-2017) complementado con las referencias entregadas por diferentes estudiosos del derecho. La codificación de este caso representativo, de nuestro *caso difícil*, nos permitió probar nuestra hipótesis y dejar sentadas las bases para que futuras investigaciones puedan replicarla, ampliando la base de nuestra investigación.

CAPITULO I

PENSANDO EN *ACCOUNTABILITY*: UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL NECESARIA

1.- *Accountability* la palabra clave³⁴ en la cultura de las democracias modernas

El análisis del rol de los jueces de la Corte Suprema y su tránsito por el camino del *accountability*, no estaría completo si no se revisa qué se entiende por *accountability*, la palabra y el concepto. Examinar su noción, nos permitirá situarla dentro del contexto judicial chileno, en el que el término tiene reciente data y su debate teórico y práctico ha sido escaso.³⁵

Si bien varios académicos³⁶ han dedicado sus estudios a determinar si un país carece o no de éste y a proponer la aplicación de estándares para un *accountability* efectivo³⁷, la atención sobre su significado, sobre todo cuando se utiliza el término, como sinónimo de transparencia, de confianza, de responsabilidad, de eficacia y de calidad entre otros, ha sido escasa, ha generado confusión y limitado su estudio, tanto que para el profesor Francisco García, Chile está en el peor de los mundos sobre todo cuando se habla del *accountability* de los jueces, y principalmente de los de la Corte Suprema³⁸.

Hoy vivimos en la era del *accountability*³⁹, y no debe sorprendernos que éste término sea el que mayor uso tiene en el vocabulario político y constitucional de Europa,

³⁴ El término, “palabra clave” fue utilizado por William Raymond en su libro *Palabras Claves* un vocabulario de la cultura y la sociedad. En él explica la razón por la que le da ese nombre y señala que lo hace en dos sentidos conexos, son palabras significativas y vinculantes en ciertas actividades. (2000) p.19.

³⁵ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p 13.

³⁶ José Francisco García, Francisco Javier Leturia, Juan Enrique Vargas Viancos, Mauricio Duce Julio, entre otros.

³⁷ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p.8.

³⁸ *Ibidem*. p. 13.

³⁹ FISHER (2004) p. 495, señala que en esta era se debate mucho sobre el *accountability*, incluso ha hecho su entrada en lo que ella denomina la cultura popular, se ha convertido –señala- en un concepto muy deseado. (traducción propia).

Estados Unidos y de toda democracia liberal. Su rol es fundamental para la ley y la práctica constitucional, tanto que para los políticos, jueces y actores sociales, cualquiera sea su punto de vista o adherencia política-ideológica, su objetivo final es que haya más y mejor *accountability*⁴⁰.

En un contexto como este, pensar en la teoría de la auto restricción judicial⁴¹, en la que el juez solo interpreta la ley, ya no es suficiente. El poder de los jueces se ha extendido demasiado, tanto que ha llegado a interferir, con sus decisiones⁴² en las agendas del ejecutivo y legislativo. Se exceden con su función y hacen de legisladores, reguladores y gestores de políticas públicas⁴³. Se han apartado de su función original⁴⁴, y se han convertido, en lo que el Juez Posner en su análisis de la Corte Suprema Americana ha descrito, en una “Superlegislatura” que puede proclamar nuevas leyes o establecer nuevas formas de relaciones.⁴⁵ Es tal su poder de decisión, más de los jueces de la Corte Suprema, que se hace necesario que sean verdaderamente *accountable*⁴⁶.

Este cambio, ha cobrado relevancia en el mundo democrático, los líderes y observadores de la política, líderes de partidos, asociaciones cívicas, organismos internacionales activistas, ciudadanos periodistas y académicos han descubierto las bendiciones del *accountability*⁴⁷. Tanto así, que se ha convertido en un término con el que ya nadie está en desacuerdo, principalmente, porque evoca la promesa de

⁴⁰ BAMFORTH y LEYLAND (2013) p.1.

⁴¹ El Diccionario Black’s Law la define como la “filosofía sobre la decisión judicial por medio de la cual los jueces se abstienen de incluir sus creencias personales sobre el bien común y en cambio tratan meramente de interpretar el derecho de acuerdo a lo establecido en la legislación y en los precedentes judiciales. (2001) p. 382.

⁴² Influenciadas por sus propias preferencias políticas y persecución de fines extralegales asentados en preferencias ideológicas, culturales o propios intereses más que en la norma legal. Lo que en derecho comparado se conoce como “Activismo Judicial”, término introducido por Arthur Schlesinger Jr. en un artículo de la revista Fortune en enero de 1947, titulado “El Tribunal Supremo”. p. 77.

⁴³ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) pp. 9-10.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ CARRINGTON y CRAMTON (2009a) p. 590.

⁴⁶ Kelly Varsho, en su trabajo “*Who is Paying the Highest Price Judicial Independence?*”, sostiene que al tener los jueces poder, deben ser *accountable* al público. pp. 445-452; Cfr. Para Mauro Cappelletti los jueces ejercen poderorigina responsabilidad. (1983) p. 4.

⁴⁷ SCHEDLER (1999) p. 13

transparencia, confianza, legitimidad, control, desempeño, ética y justicia⁴⁸, sin embargo, y a pesar incluso del énfasis puesto en la importancia de las garantías constitucionales como los mecanismos de elección y el *check and balance* (Separación de Poderes)⁴⁹, no siempre hay *accountability*.

Como concepto se mantiene evasivo⁵⁰, poco explorado, esquivo, ambiguo⁵¹ con fronteras poco claras y con una estructura interna confusa⁵², se ha convertido en un concepto en constante expansión, complejo y camaleónico⁵³, que puede llegar a significar diferentes cosas para diferentes personas⁵⁴. No tiene una dirección formal y requiere de constantes aclaraciones y complejas categorizaciones⁵⁵. Esta ambigüedad y la poca claridad lo han debilitado⁵⁶, en consecuencia no es posible determinar cuándo una institución o un funcionario está sujeto al *accountability*, cuándo una determinada práctica califica como una forma de *accountability* o cuándo los mecanismos y arreglos existentes son suficientes, insuficientes, efectivos o ineficaces.⁵⁷

Entonces antes de pensar en el *accountability* de los jueces de la Corte Suprema chilena, es necesario primero aclarar el concepto y no dejarlo como un término evasivo, sin dirección formal y sujeto al uso de conceptos o figuras sinonímicas, que lo que han hecho es debilitarlo en su verdadero objetivo, y aun cuando el deseo de contar con el *accountability* sea obsesivo como una forma de asegurar el desempeño óptimo de quienes gobiernan y deciden, en la práctica se convierte en un gran problema, sobre todo si está mal entendido o si en el afán de traducirlo se hace uso de términos que tienen características similares pero no cumplen con lo que se debe entender por *accountability*.

⁴⁸ DUBNICK y KAIFENG (2009) pp. 4-5.

⁴⁹ MONCRIEFFE (2010) p. 26.

⁵⁰ SCHEDLER (1999) p. 13.

⁵¹ ERKKILA (2007) p. 2.

⁵² SCHEDLER (1999) p.13.

⁵³ SINCLAIR (1995) p. 219; *Cfr.* MULGAN (2000) p. 555.

⁵⁴ BOVENS (2010) p. 947; *Cfr.* BEHN (2001) pp. 3-6 ;DUBNICK, Melvin (2014) p. 4.

⁵⁵ MULGAN (2000) p. 555.

⁵⁶ OLSEN (2014) pp. 106-108; *Cfr.* DUBNICK (2014) p. 26; BROOKS (1995) pp. 214-233.

⁵⁷ BOVENS (2007a) pp. 447-448.

Por ello, en nuestro intento por aclarar y justificar el uso de este término en su origen primigenio, sin traducción, partiremos estudiando qué se entiende por *accountability* como palabra, desde sus orígenes hasta su transformación en un término clave en la cultura de las democracias modernas, luego abordaremos el problema de su ambigüedad conceptual desde que se acentúa con la limitación de su traducción que tiene al idioma español y el uso de sinónimos como responsabilidad y transparencia, entre otras.

En el proceso de estudiar el *accountability* como concepto, responderemos a tres preguntas y haremos un análisis sobre su operacionalización como mecanismo, con esto pretendemos ver si su aplicación es posible en el sistema legal chileno (Corte Suprema). Alcanzar nuestros objetivos significará: primero respondernos qué se entiende por *accountability* como concepto, tomando en cuenta su origen, las características esenciales de su debate y las perspectivas de su aplicación conceptual considerando en ello, la importancia de la cultura legal en el control del poder.

Segundo, veremos cuáles son las características de los usos del *accountability* como virtud y como mecanismo, señalando que en la presente investigación el uso será restringido a mecanismo: donde el *accountability* se entenderá como una relación entre un actor y un fórum en el que el actor tiene la obligación de dar explicaciones y justificar su conducta y el fórum a sancionarla (legal o moralmente).

Para finalmente ingresar a examinar cuál es su naturaleza multifuncional, multiforme y sinonímica, considerando las formas o tipos de *accountability* relacionados con nuestra investigación y los sinónimos que en ellos se enmarquen y su operacionalización como mecanismo, viendo si contribuye o no al balance entre la autonomía e independencia de quienes detentan poder y su respectivo control.

1.1. Su Origen: La transformación semántica de *accounting a accountability*

Accountability es una de las palabras utilizadas con más frecuencia en el vocabulario constitucional en Europa, en Estados Unidos, en América Latina y en la mayoría de las democracias liberales. Ha adquirido gran importancia, en la política, la academia, en discursos populares y en las discusiones de derecho y la práctica constitucional. Si bien como cita Dubnick, no fue considerada por Raymon Williams como parte de la lista de palabras importantes para la comprensión de los cambios culturales de una sociedad, su uso cada vez más frecuente y la creciente obsesión por el *accountability*, bien pueden darle el derecho a reclamar una posición como palabra clave en la cultura contemporánea.⁵⁸ Derecho que nace con su historia como palabra, desde su origen etimológico, su definición y su uso. Y es en el antiguo Egipto y Mesopotamia donde comienza a aparecer los primeros vestigios del *accountability*. En la antigua Sumeria, región al sur de Mesopotamia, con el uso de montos teóricos, obligaciones estandarizadas y otros procedimientos de contabilidad no empíricos, se da inicio a lo que se denominó proceso presupuestario en el que se discutía el déficit de alimentos respecto de los montos teóricos presupuestados, las discusiones que al respecto se generaban, son las que permiten considerar la existencia de un antiguo *accountability* humano.⁵⁹

En el antiguo Egipto también se evidencia la existía de un sistema de *accountability* basado en una cuidadosa división de labores, en la asignación de determinados objetivos, el reporte regular de los objetivos alcanzados y la conclusión de las labores faltantes. Pero además en una estructura de premios (en provisiones) que tomaba en cuenta, la categoría del trabajo, la posición jerárquica y la responsabilidad. Era un sistema contextualmente dependiente, podía darse entre individuos ante el escriba responsable de la anotación de los ingresos, podía estar apuntalado por normas sociales

⁵⁸ DUBNICK (2014) p.28.

⁵⁹ CARMONA y EZZAMEL (2005) p.11.

que determinaban el control y vigilancia en la realización de ciertas tareas o podía presentarse entre un individuo y el estado o viceversa.⁶⁰

En la relación individuo-estado, el *accountability* se dio a través de la verificación del cumplimiento de metas previamente establecidas relacionadas con la medición de desempeño y de la identificación de diferencias existentes entre los objetivos determinados y los alcanzados. La base de este sistema de *accountability* humano se encontraba en los reportes que cada parte entregaba y en los que se daba prueba del alcance del *accountability* propio, determinando con ello el límite de control al que estaba sujeto cada individuo.

En cuanto a la responsabilidad que el individuo tenía hacia el estado se encontraba establecida por el desempeño y el alcance de los objetivos y expectativas que el Estado tenía de los individuos.⁶¹ Entonces era el estado el que debía cumplir con los compromisos asumidos, principalmente con aquellos relacionados con la dotación de alimentos que permitían la sobrevivencia de la población. En este sistema de *accountability*, el proceso desde el cumplimiento hasta la sanción, se encontraba fundado en normas religiosas, y creencias sociales.⁶²

En este primigenio sistema de *accountability* la actividad se encontraba limitada a la inscripción de las transacciones y al control del cumplimiento de las tareas asignadas por el Estado a los individuos,⁶³ lo que hoy podríamos considerar como la aplicación restrictiva de la condición, en la que una parte está obligada por otra a hacer algo.⁶⁴ Entonces podríamos decir que desde sus orígenes este fenómeno cultural fue capaz de expresar promesas de contribución, de resultado y de proceso.⁶⁵

⁶⁰ CARMONA y EZZAMEL (2005) p. 19.

⁶¹ *Ibidem* p. 21.

⁶² *Ídem*.

⁶³ CARMONA y EZZAMEL (2005) pp.1-23; *Cfr.* Según los profesores Melvin Dubnick y Justice Jonathan (2004), Elster (1999), Chang (1998) y Roberts (1982), las raíces del *accountability* se encuentran en Atenas y China.

⁶⁴ DUBNICK (2014) p. 30.

⁶⁵ DUBNICK y YANG (2011) p. 173.

En cuanto a su etimología la palabra *accountability*, deviene de un sustantivo compuesto por dos partes: el adjetivo-*accountable* y el sufijo-*bility*. Para obtener un significado, bastaría con unir ambas raíces, lo que no parece una tarea difícil, pero que sin embargo, deja de serlo, cuando el significado restringido de su etimología no condice con el uso que ha adquirido la palabra en nuestra época.⁶⁶ Y la razón de ello, se encuentra en el adjetivo-*accountable* cuya raíz nace en lenguas antiguas como el Francés y el Latín. En ambas aparece como un término complejo que proviene del verbo *aconter* o *acomptare*(*a-+conter*) *contar, que a su vez se une al verbo latino computare* cuyo significado se refiere a calcular. Tomando literalmente el significado, una persona tiene la capacidad (*able*) de entregar una cuenta o un cálculo.⁶⁷ Por lo tanto, en el sentido más estricto de la palabra una persona *accountable*, sería aquella con la capacidad o la habilidad de contar o calcular, sería un contador, un *bookkeeper* o un tenedor de libro en la rama de la contabilidad.⁶⁸

Esta raíz etimológica no respalda en nada el uso que desde 1960 y 1970 se le comienza a dar al *accountability*⁶⁹, sobre todo cuando se convierte en un término de uso obsesivo⁷⁰, donde nada está libre de esta “palabra mágica”⁷¹. Se hace *accountable*, a los políticos, a los maestros, a los padres, a las organizaciones, incluso se traspasan fronteras y naciones, y como los pueblos quiere saber como están gobernados, entonces se hace recaer en el *accountability* todo el peso de los gobiernos democráticos.⁷²

Como en su etimología, no es posible encontrar la respuesta al significado que tiene en la actualidad, entonces pasamos a revisar su definición en el Diccionario Oxford English Dictionary (OED)⁷³, en el que *accountability* es: aquella cualidad de ser

⁶⁶ DUBNICK (2012) p. 10.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ DUBNICK (2012) p. 11; *Cfr.* OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2000); CARMONA y EZZAMEL (2005) p.8.

⁶⁹ *Ibidem.* p.27.

⁷⁰ DUBNICK (2012) p. p. 24.

⁷¹ POLLIT y HUPE (2011) pp. 641-658.

⁷² DUBNICK (2014) p. 27.

⁷³ OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2000).

accountable, de dar cuenta sobre algo, responder por nuestra conducta, desempeño o labor, tener responsabilidad, obligación y responsabilidad y que frecuentemente es utilizada con una palabra modificatoria (*accountability* político, *accountability* legal y *accountability* financiero, etc.)⁷⁴. Pero además, este diccionario evoca a consultar el significado de *accountableness*.

De la definición entregada por el OED, tres aspectos son importantes a considerar: el primero, el uso de un sustantivo abstracto que califica una cualidad o característica; segundo, su ambigüedad, es decir que su significado se encuentra íntimamente relacionado a sinónimos; y tercero, que generalmente está acompañado por un término modificatorio que es el que determina su contexto de aplicación⁷⁵, en palabras de Melvin Dubnick el *accountability* definido así, presenta un problema de inconmensurabilidad⁷⁶, es decir no es posible ni comparar ni saber cual es mejor.

Respecto del primero, el término sufre de lo que se denomina definición circular, es decir, se usa el término que se define como parte de la definición. Lo que significa que para comprender el significado de *accountability* debemos remitirnos a *accountableness*, cuyo significado refiere a tener la cualidad o característica de ser *accountable* y *accountable*, significa estar sujeto a *accountability*. Como señala Burgess⁷⁷ esta imagen invoca a un perro persiguiendo su cola convirtiéndose en un ejemplo de definición con ausencia de claridad que no permite abarcar su historia conceptual⁷⁸.

Segundo, desde su definición tampoco se puede encontrar un significado exacto porque en ella se califica una cualidad o característica *in abstracto*, se la relaciona con

⁷⁴ La traducción es propia. El texto original señala: The quality of being accountable; liability to account for and answer for one's conduct, performance of duties, etc. (in modern use often with regard to parliamentary, corporate, or financial liability to the public, shareholders, etc.); responsibility. Freq. with modifying Word; *Cfr*: accountableness, answerability, public accountability n. at public adj. and Special uses.

⁷⁵ DUBNICK (2014) p. 30.

⁷⁶ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p. 7.

⁷⁷ BURGESS (2008) p.214. (Traducción propia)

⁷⁸ BRANDSMA (2014) p. 149.

sinónimos y términos modificatorios. El uso de sinónimos ha generado mayor confusión, principalmente cuando se utiliza el término en una lengua o en un contexto diferente al inglés, y ello ha acentuado su ambigüedad. Tenemos la palabra *accountability* que en el idioma inglés se da por sentada, sin embargo, en otros idiomas el término fue adoptado solo por necesidad, como es el caso de Japón, o por la cercanía de las relaciones con gobiernos anglosajones como es el caso de Israel.

Solo con la finalidad de ejemplificar lo complejo que resulta el uso de este término veremos la experiencia japonesa y la de otros países. En el diccionario de la lengua japonesa, la palabra *accountability* se encuentra transcrita como *akauntabiritii*. En ese mismo diccionario, es posible encontrar diecisiete (17) términos relacionados con la palabra Responsabilidad, de los cuales ninguno puede ser relacionado con noción que se tiene del *accountability* en la lengua inglesa. Lo mismo sucede con la experiencia israelí debido a la imposibilidad de encontrar una palabra equivalente en hebreo.⁷⁹

En idiomas como el holandés, danés y alemán, es posible hacer la distinción entre *accountability* y responsabilidad, sin embargo, las traducciones que se hacen del *accountability* están más cercanas a términos relacionados con obligación o deber (*duty* or *obligation*). En finlandés la traducción de *accountability* está referida a una obligación (*ie velvollisuus*) y son tres los términos empleados para describir el *accountability* como obligación, *tilivelvollisuus* (traducido a nuestro idioma significa pago); *kirjanpitovelvollisuus* (teneduría de libros) y *vastuuvollisuus* (*vastuu*) que significa carga. Importante aclarar que en el idioma inglés el *accountability* no es utilizado como sinónimo de obligación o deber, una persona puede sentirse obligada o tener el deber de ser *accountable* pero *accountability* se mantiene como un término en si mismo.⁸⁰

En la experiencia con los idiomas de origen latino como el español e italiano, tampoco ha sido posible encontrar una traducción exacta o un término equivalente. Responsabilidad, transparencia, control, obligación y rendición de cuentas son los

⁷⁹ DUBNICK (1998) p. 70.

⁸⁰ Ídem.

términos más utilizados como sinónimos, lo que deja un vacío en su significado toda vez que resulta difícil hacer la distinción semánticamente entre éstos términos y el *accountability*.⁸¹ Ejemplo de ésta imposibilidad podemos encontrar en la Constitución Política chilena cuando en su Art. 52 Numeral 1 (Atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados – Responsabilidad Política de los Ministros de Estado inc. a) se utiliza el término responsabilidad como sinónimo de *accountability*. O cuando en la reforma de 2005 de la Carta principal se incorpora el término transparencia, con un significado dual: como acceso a la información y como sinónimo de *accountability* cuando lo que se considera es el impulso, el control y corrección que la ciudadanía puede ejercer al desempeño del servicio público.⁸²

Y tercero en la definición que el OED le da a la palabra *accountability*, se señala que frecuentemente aparece relacionada a términos modificatorios que lo que hacen es contextualizar su significado ampliando su ámbito de aplicación, lo que significa considerar que cada contexto, somete al *accountability* a un sinónimo propio, tal es el caso del *accountability* legal, que se encuentra asociado a *liability* (responsabilidad u obligación). Si consideramos, que en un gobierno, son varias las dimensiones que pueden describir las diversas relaciones y arreglos que se pueden presentar, el *accountability* estará sometido a un sin fin de términos modificatorios que determinarán un contexto de aplicación diferente, éste hecho hace que su significado mantenga la característica de inconmensurabilidad, es decir, que además de no ser posible su determinación de cual es mejor, es difícil también que sea medible traducible y comparable.⁸³

Tomando en cuenta los aspectos anteriormente señalados, la definición de *accountability* es compleja. Desde su etimología no es posible encontrar una definición clara como no lo es desde su significado como palabra. Entonces dada esa complejidad, encontraremos una definición acorde a su alcance desde la práctica de su uso.

⁸¹ BOVENS et.al. (2008) p. 226.

⁸² CEA (2009) p. 49.

⁸³ DUBNICK (2014) p. 31.

Si vamos a hablar del uso de las palabras, hay palabras que por su uso importan más que otras dice Raymond Williams en sus estudios sobre la cultura, la sociedad y la importancia que tienen algunas palabras. En él sostiene que hay palabras que son importantes para la comprensión de los cambios culturales de una sociedad.⁸⁴ En su estudio hace una revisión de palabras que por su uso corriente en el idioma inglés adquieren nuevos significados que conllevan grandes cambios en la vida y el pensamiento. Entre ellas, señala cinco palabras que consideró esenciales en la sociedad: democracia, industria, clase, arte y cultura.⁸⁵

De todas ellas pone especial atención en la palabra *cultura* porque ésta permite el análisis y la descripción de las formaciones históricas en una sociedad, pero principalmente porque “*a través de su historia y estructura de significados hay un gran movimiento de pensamientos y sentimientos*”⁸⁶ inmersos en ella. Si bien la palabra *accountability* no fue considerada como palabra esencial en su primer estudio ni en la extensión del mismo, dada su importancia actual, bien podría haber tenido una posición prominente entre ellos. Sobre todo, cuando en la cultura contemporánea, su uso le otorga un lugar especial.⁸⁷

Para autores como Bovens, Schillemans, Hart⁸⁸ y Mulgan⁸⁹, el uso del *accountability* se ha vuelto obsesivo, mágico, expansivo, una palabra “*hurrah*”⁹⁰, maleable y nebuloso⁹¹, elusivo⁹² para Robert Behn un “*Cliché*”⁹³, más allá de su concepción central, ambiguo, enigmático y con una influencia gravitante que cruza muchos dominios culturales. Tanto es así, que el deseo por el *accountability* como la

⁸⁴ WILLIAM (2000) p. 12-25 y 87.

⁸⁵ *Ibidem* p. 13.

⁸⁶ WILLIAM (1958) p. 16.

⁸⁷ DUBNICK (2014) pp. 27-28.

⁸⁸ BOVENS et. al. (2008) p. 225.

⁸⁹ MULGAN (2000) pp. 557-571.

⁹⁰ BOVENS (2005) p. 182.

⁹¹ NEWELL y BELLOUR (2002) p. 2.

⁹² BOVENS (2007a) p. 448.

⁹³ BEHN (2001) p. 6.

solución a todos los problemas es, en palabras de Dubnick y Yang, promiscuo⁹⁴. Disciplinas como la educación, la ciencia política, la administración pública, la psicología social, las finanzas y el derecho con su clamor por justicia, aspiran al *accountability*. Prácticamente parecería que nada está libre de ese deseo.

Pero en todas estas disciplinas el rol del *accountability* está determinado por el contexto, la configuración de su alcance y los discursos relacionados con él en cada una de ellas. Como sucede con el discurso y la narrativa del *accountability* relacionados con las actividades de gobierno, en ambos, el significado inicial entregado por el OED se va transformando a través de la variedad de relatos. Por ejemplo, cuando se la relaciona con aspectos constitucionales y electorales dirigidos al control del poder político a través de un marco en el cual se puede alcanzar y mantener el *accountability*, el discurso se *institucionaliza* sin importar si los actores poseen o no la cualidad de ser *accountable*. Es en este discurso en el que se habla del *accountability* democrático, en el que el término se eleva hasta alcanzar un estándar legítimo en un gobierno moderno, en el que la narrativa encierra la promesa de que todos los arreglos que se hagan tendrán como resultado un gobierno democrático.⁹⁵

En otros discursos o contextos la palabra *accountability* es empleada como un mecanismo que puede facilitar el control. Ser *accountable*, significa estar sujeto a un control activo que permite exigir obediencia y mayor eficiencia. En el contexto jurídico la palabra *accountability* ha sido judicializada. Se la ha incorporado a los discursos del derecho civil, penal y en la formalización de los procesos de sanción en las instituciones, con la narrativa subyacente de que el *accountability* produce justicia para quienes han sido víctimas de comportamientos perjudiciales y maliciosos.⁹⁶

Finalmente, también se habla del *accountability* como una forma de incentivo y medida de desempeño que tiene la finalidad de demostrar más o menos *accountability*.

⁹⁴ DUBNICK y YANG (2011) p. 172.

⁹⁵ DUBNICK (2012) p. 14.

⁹⁶ Ídem.

En este discurso la base del *accountability* es la naturaleza humana que asume que los individuos responden positivamente a las mediciones de su desempeño.⁹⁷

Pero además de todo lo señalado, el *accountability* en palabras de Dubnick también se ha convertido en un símbolo semiótico capaz de desempeñar, tres roles: como símbolo, como indicador y como icono.⁹⁸ Sin embargo, y aun cuando en el análisis del significado del *accountability* se considera su origen etimológico, su definición y su uso, el hecho de haber dejado de ser un término exclusivo del ámbito del gobierno y de la política, y extenderse a otros ámbitos, su aplicación se ha expandido tanto que se ha convertido no solo en un fenómeno socio-cultural, sino en un fenómeno psico-social de gran impacto en la cultura, en la sociedad⁹⁹ y en la causa o la cura de todos los males.

Con todo esto, y a pesar de los esfuerzos por tratar de aclarar el *accountability* como palabra, desde su origen y definición, se mantiene como un término ambiguo, poco claro y difuso. Por ello y con el propósito de lograr una comprensión significativa de esta palabra clave en la cultura moderna, dejamos de lado su estudio como palabra y lo abordamos como concepto.

1.2 *Accountability* como concepto

1.2.1 Su naturaleza conceptual: Orígenes y aspectos relevantes

Los orígenes del *accountability* como palabra, se remontan a épocas bíblicas en Egipto y Mesopotamia. Como concepto sus raíces provienen del francés antiguo, “*comptes à rendre*”, frase que sirve como base para la conceptualización inglesa del *accountability*. La *idea* y no la palabra per se, es la que adquiere importancia en la Regla Normanda. Términos como *acompte* y *aconte*, cuyos orígenes se remontan a mediados

⁹⁷ DUBNICK (2012) p. 30.

⁹⁸ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p. 6.

⁹⁹ DUBNICK (2014) p. 29.

del siglo XIV, son la prueba de la relación con el antiguo francés (*comptes à rendre*), que queda sellada, cuando en 1086 se publica el *Domesday Book*.¹⁰⁰

Veinte años después de la conquista Normanda, Guillermo I, ordena realizar un inventario de todas las propiedades existentes en Inglaterra con la finalidad de determinar la base impositiva de las tierras conquistadas y lograr el cobro eficiente de los impuestos. Ese registro en el *Domesday Book*, fue realizado en muy corto tiempo sobre la base de unidades de medida y una reconfiguración jurisdiccional, (ejemplo de ello encontramos en el conteo de los bueyes como equipos de arado y el de las tierras como señoríos¹⁰¹). Los propietarios de las tierras no solo se encontraban obligados a rendir cuenta (*render account*) de sus posesiones, sino que debían hacerlo cumpliendo los términos establecidos por los agentes del rey.¹⁰²

Estos actos realizados por Guillermo I, fueron de naturaleza extraordinaria y de gran importancia en la organización feudal inglesa, fue en su reinado en el que se estableció el término *accountability* como idea y como cimiento para un buen gobierno. Con su conquista y la implementación de una forma de *accountability* basado en la soberanía de sus posesiones, estableció una relación moral con la comunidad, basado en dos hechos: sus posesiones y la obligación de darle cuenta de todo lo que había en el reino, bajo la idea de que lo que era del pueblo era de él. Hecho que significó la primera promulgación moderna de *accountability* como base de gobernanza.¹⁰³ Situación que continuó en el reinado de William Rufus, su sucesor.¹⁰⁴

En 1100, Enrique I, sin dejar de lado el sistema establecido por William I, caracterizó su reinado por la implementación de auditorías centralizadas y mecanismos de dar cuenta. Sobre esos cimientos Enrique II (1189), estructura un sistema de administración local, a diferencia del primero lo hace sujeto a una forma de

¹⁰⁰ DUBNICK (1998) p. 70; *Cfr.* BOVENS (2005) p. 183; HARLOW (2014) p. 195.

¹⁰¹ Dominio o potestad.

¹⁰² BOVENS (2005) pp. 183.

¹⁰³ DUBNICK (2002) p. 6.

¹⁰⁴ *Ibidem* p. 8.

accountability institucional al gobierno central. Es por esto que desde Guillermo I, la relación del *accountability* con el *Bookeeping (Doomsday Book)*, se va diluyendo para dar paso a esas nuevas forma de relación.¹⁰⁵

Para Dubnick- “*El accountability como concepto tiene firmes raíces históricas en la conquista Normanda a Inglaterra y su permanencia a los cambios de la monarquía, al sistema parlamentario y al de soberanía popular.*”¹⁰⁶, con esto podríamos señalar que el *accountability* comienza a tener relación con el surgimiento de formas diferentes de gobierno, y que se crea sobre la base de normas entre quienes gobiernan y quienes son gobernados, relación que permanece a través del tiempo.

En esta nueva forma de relación, no son los gobernados *accountable* ante los que los gobiernan, son las autoridades las llamadas a hacerlo ante la ciudadanía. Esta nueva relación, hoy se encuentra definida dice Koppell, citando a Chandler, por *el Diccionario de Administración Pública, como una condición en la que los individuos que tienen poder se encuentran restringidos por medios externos y normas internas*¹⁰⁷, definición más cercana a una forma más amplia de *accountability* público,¹⁰⁸ caracterizada por la introducción de: nuevos estilos de administración¹⁰⁹ por la multiplicidad de criterios, medios y agentes de *accountability*, dependiente de la naturaleza de los sistemas políticos (liberal, capitalista, socialista) y por las formaciones socio-históricas, inclinaciones ideológicas y creencias culturales¹¹⁰ de cada sociedad y de cada institución. Y quiero hacer énfasis en esta multiplicidad de criterios, porque ellos determinarán la forma de gobernanza y las formas y mecanismos de *accountability*.

¹⁰⁵ BOVENS, (2005) pp. 183-184.

¹⁰⁶ DUBNICK (2002) p. 9.

¹⁰⁷ KOPPELL (2005) p. 94.

¹⁰⁸ HARLOW (2002) p. 19.

¹⁰⁹ Este gran cambio se da junto con la introducción de la nueva forma de Administración Pública iniciada en Inglaterra por el gobierno de Margaret Thatcher y en Estados Unidos por el Gobierno de la dupla Clinton-Gore. Esta nueva forma de administración introduce características y estilos de la administración privada al sector público. En países europeos y con tradición en el Derecho Administrativo la adopción de este nuevo estilo fue menor. BOVENS (2005) pp. 183-194.

¹¹⁰ HAQUE (2000) p. 599.

Es así que, la noción liberal de *accountability* que surgió en naciones capitalistas desarrolladas, era inconcebible en naciones como Japón, India y China, sin embargo, en democracias modernas de África y Latinoamérica, se adoptan las ideas, los principios y las instituciones de *accountability* de naciones capitalistas. Figuras básicas de *accountability* como los comités legislativos, el debate parlamentario, audiencias públicas, control ministerial, ombudsman, las cortes y el escrutinio de los medios de comunicación social (MCS), llegan a conformar el marco de la gobernanza pública moderna,¹¹¹ en ella el *accountability* público debe superar nuevos retos relacionados con la reinvención y reestructuración de los gobiernos –“*el accountability se ha convertido en un principio muypreciado y su importancia radica en el uso que se le da, desde la provisión de servicios públicos, la justicia criminal, hasta los regímenes transnacionales*”, se ha convertido en el principio fundamental de la nueva era de gobernanza¹¹², eso le da un valor central en las constituciones modernas que tratan de lograr el balance entre la autonomía otorgada a quienes ejercen el poder público y su respectivo control¹¹³.

Las nuevas formas de gobernanza pública retan las estructuras tradicionales del *accountability*, pues la delegación de la autoridad pública a actores privados y los cambios que en ella se van implementando, relacionados con competencia, eficiencia, calidad precio y la importancia del consumidor¹¹⁴ generan el dilema entre dar la suficiente autonomía a todos estos agentes para que puedan lograr sus objetivos y alcanzar un adecuado control de su función pública. Esto significa someter a los actores públicos a la voluntad democrática a través del concepto de legalidad, promover justicia y racionalidad en las decisiones de la administración, que en el Derecho Constitucional, es uno de los mayores problemas, principalmente porque, aun cuando el pueblo quiera saber como está gobernado, particularmente saber como se usan los recursos del estado

¹¹¹ HAQUE (2000) p. 599.

¹¹² FISHER (2004) p. 495. (La traducción es propia).

¹¹³ SCOTT (2000) p. 39; *Cfr.* DAWN (2003) p. 47; MULGAN (2000) p. 555-556; DAVIS (2008) p. 92.

¹¹⁴ HAQUE (2000) p. 600.

y asegurarse de que se los utiliza bien¹¹⁵, los mecanismos tradicionales son débiles para alcanzar esos objetivos y el control adecuado de la función pública¹¹⁶.

La idea de que los actores públicos deben ser *accountable* por sus acciones tiene data antigua. El que deban serlo a la sociedad¹¹⁷ (*accountability* social) surge gradualmente de la mano de los cambios en la administración pública. Y es cuando se vuelve explicativo y enmendatorio asociado a la obligación de explicar el porque de las acciones tomadas y, cuando corresponda, sufrir las consecuencias asumir la culpa y corregir los errores si los hubiera como ingrediente principal de un buen gobierno. Pero además efectivo y participativo como una forma de garantizar al público un sistema libre de corrupción.¹¹⁸

Son tantos los objetivos y las características que se espera que alcance y tenga el *accountability* que acertadamente, Richard Mulgan, lo define como un concepto en constante expansión que desempeña todo tipo de perspectivas analíticas y retóricas, sobrellevando la mayor parte del peso de un buen gobierno¹¹⁹. Considerar todas las perspectivas relacionadas con el *accountability* es un reto nuevo para los organismos públicos sujetos al escrutinio público en los procesos políticos, pero principalmente lo es para el Derecho Constitucional, cuando debe enfrentar la relación entre el control del desempeño del Poder Judicial y su independencia.

Relación que en una sociedad democrática, exige que los jueces al igual que las autoridades públicas sean *accountable* frente a la ciudadanía, sobre todo cuando las decisiones judiciales de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales interfieren en las decisiones del ejecutivo y legislativo. Este control al desempeño judicial permite desde la percepción de la ciudadanía verificar las creencias y empatías de los operadores

¹¹⁵ HARLOW (2002) p. 2.

¹¹⁶ SCOTT (2000) p. 39.

¹¹⁷ El *accountability* social donde la sociedad civil y la prensa autónoma, juegan un papel muy importante como agentes informales. PERUZZOTI (s/f) p. 2; Cfr. SMULOVITZ (2001) p. 3; O'DONNELL (2001) p. 22; SMULOVITZ y PERUZZOTI (2003) p. 300.

¹¹⁸ DAWN (2003) p.4.

¹¹⁹ MULGAN (2000) p. 555.

y a los altos tribunales responder a las preocupaciones de los individuos y grupos de usuarios¹²⁰ hoy en día más empoderados.

Desde su acepción más antigua como concepto, el *accountability* estuvo asociado al proceso de ser llamado a *account (to account)* ante una autoridad por las acciones propias¹²¹, proceso que tiene ésta idea central caracterizada por la externalidad, la interacción social y el derecho de autoridad¹²², pero que se ha extendiendo en tantas direcciones como la cantidad de contextos en los que se pretende o desea aplicar.

No son solo los tribunales de justicia los que deben estar sujetos al *accountability*, hay aspectos internos, instituciones, naciones, diálogos ciudadanos entre muchos que deberían estarlo. Esta extensión le ha significado perder la parte esencial de la noción, *account* ante una autoridad por las acciones propias, hoy el *accountability*, en su amplitud contextual puede estar referido al sentido de responsabilidad y preocupación que se espera tengan los funcionarios públicos por los intereses públicos (*accountability* personal y profesional), o significar una figura de control, es decir, un *check and balance* por el cual las democracias pretenden el control del gobierno. O finalmente puede también referirse a las discusiones públicas entre ciudadanos de las cuales dependen las democracias (*accountability* como diálogo).¹²³ En estos contextos, aun permanece como un término ambiguo, confuso y que requiere una aclaración.

1.2.2. Características del debate conceptual del *accountability*

Ya dijimos que *accountability* es un concepto polémico y controversial que a pesar de su extenso uso en diferentes ámbitos del conocimiento, no tiene un significado unívoco, y permanece ambiguo. En la mayor parte de la literatura académica las

¹²⁰ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 12.

¹²¹ La traducción es propia de “*One sense of accountability on which all agree is that associated with the process of being called to account to some authority for one’s actions*”. JONES (1992) pp. 49-78; Cfr. LINDBERG (2013) p.203.

¹²² MULGAN (2000) p. 555; Cfr. FINER (1941) p. 338; CAIDEN (1988) p. 25; KEOHANE (2003b) p. 1124.

¹²³ Ídem.

definiciones son diversas y no están relacionadas, y esto ha significado que el *accountability* sea un concepto en constante expansión¹²⁴ y cambio. Sin embargo, en términos generales, hay un objetivo común, y es lograr que las instituciones respondan a la sociedad en los diferentes ámbitos en el que se desenvuelven.

Este objetivo común tiene larga data en la ciencia política y la contabilidad financiera. Nace a partir de la teoría de la superioridad democrática de la representatividad de John Locke¹²⁵, en la que la noción del *accountability* es posible solo cuando existe una clara distinción entre gobernados y gobernantes. Idea que hasta hoy se mantiene vigente, por lo que resulta fundamental comprender que en una democracia representativa la ciudadanía transfiere su poder de decisión a quienes gobiernan, por lo tanto, debería haber un mecanismo por el que los gobiernos (instituciones) responden a la sociedad (ciudadano) por sus decisiones y procedimientos, y que por ellos se impongan sanciones si corresponde o finalmente que se destituya al agente de poder.¹²⁶

Bajo este enfoque, este “concepto de oro”¹²⁷ desempeña todo tipo de perspectivas analíticas y retóricas sobrellevando la mayor parte del peso de un buen gobierno. Es importante, es deseable¹²⁸ y en palabras de Pollit, es “algo bueno” (a Good Thing)¹²⁹ con el que nadie debería estar en desacuerdo.

Y lo cierto es que nadie parece estar en desacuerdo con su uso y con la idea central del *accountability*, muestra de ello, encontramos en la revisión exhaustiva realizada por Gijs Jan Brandsma y Thomas Schillemans¹³⁰ en su trabajo sobre las tres dimensiones del *accountability y su medida*¹³¹ que señala que: de la revisión de 10 años

¹²⁴ MULGAN (2000) p. 555.

¹²⁵ LOCKE (2011) p. 170.

¹²⁶ LINDBERG (2009) p. 2.

¹²⁷ BOVENS et.al. (2008) p. 225.

¹²⁸ KOPPELL (2005) p. 94.

¹²⁹ POLLIT (2003) p. 89.

¹³⁰ BRANDSMA y SCHILLEMANS (2012) p. 1-5; *Cfr.* LERNER y TETLOCK (1999) en relación a la cantidad de artículos escritos. p. 255; LINDBERG (2009) p. 1.

¹³¹ La traducción es propia del título original en inglés “*The Accountability Cube: Measuring Accountability*”. *Ibidem.* p. 1.

de publicaciones en 18 revistas académicas, 114 artículos publicados utilizan el *accountability* como título o como concepto clave, y que un número sustancial de autores utilizan las tipologías (*accountability* burocrático, político, legal y profesional) inicialmente desarrolladas por autores como Dubnick y Romzek¹³² que en su análisis de la explosión del Challenger, muestran que el problema principal para la tragedia fue la multiplicidad de *accountabilities* que pueden convertir a una institución en una organización disfuncional y poco efectiva¹³³.

Cuando se presenta esta multiplicidad de usos y vinculaciones, los agentes públicos deben relacionarse con varias audiencias o fóruns muchas veces interconectados, ante los que están obligados a informar y justificar sus acciones pasadas.¹³⁴ Si consideramos todos los posibles vínculos en muchos de los conceptos, el *accountability* podría ser definido como una relación social específica o como un mecanismo social.¹³⁵ Lo que implica que estamos frente a un intercambio relacional entre un agente y un principal en una secuencia de tres etapas interconectadas: de información, de discusión y de consecuencias, en las que se informa, se discute y se sanciona la conducta y el desempeño del agente sujeto al *accountability*.¹³⁶

En esta conexión relacional lógico teórica, una etapa precede a otra, la información es antes de la discusión y ésta antes de las consecuencias. En la realidad, esta lógica puede verse alterada por la inversión o la presentación simultánea de las mismas. Sin embargo, a pesar de ello, nos permite ordenar las diferentes realidades y

¹³² ROMZEK y DUBNICK (1987) pp. 227-238.

¹³³ KOPPELL . (2005) p. 99-105, quien en su análisis de la situación del ICANN (Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números en Estados Unidos) señala que dicha institución sufre de lo que él denomina las “patologías del *accountability*” que se presentan cuando una institución debe satisfacer diferentes expectativas y audiencias tratando de ser *accountable* en todos los sentidos, lo que debilita su efectividad organizacional.

¹³⁴ DUBNICK (2005) p. 381; Cfr. DAY y KLEIN (1987) p. 5; ROMZEK (1998) p.6; LERNER y TETLOCK (1999) p. 255.

¹³⁵ DUBNICK (2005) p. 381, en su estudio sobre la relación *accountability*-desempeño, señala que su análisis parte asumiendo esa relación envuelve un proceso social que designa consecuencias a determinadas partes dentro de una estructura social. Traducción propia de “...*The accountability – performance relationship involves social processes having designated consequences for designated parts of the social structure*”.

¹³⁶ BRANDSMA y SCHILLEMANS (2012) p. 3-5.

relaciones del *accountability*, identificar las deficiencias existentes en éstas tres fases como son la falta de información, de discusión o la imposibilidad de corrección de una conducta y los vacíos existentes en un sistema de *accountability* sobre todo cuando un agente se encuentra exento o no está sujeto a los conductos jerárquicos tradicionales de control, cual es el caso de la Corte Suprema chilena.¹³⁷

En los estudios cuantitativos del concepto de *accountability* la inclusión de estas tres etapas es la característica dominante pero matizada con algunas variantes relacionadas principalmente con el objeto en el que se concentra el mismo. Por ejemplo, hay estudios que analizan los agentes sujetos al *accountability* con poder de decisión (privados o públicos) o agentes casi autónomos como el ombudsman o las agencias regulatorias; otros que fijan su atención en la etapa de información o sanción en las que el estudio se centra en el tipo de documentos y datos que deben ser entregados por el o los agentes sujetos a *accountability* y la relación entre la sanción y los resultados obtenidos.¹³⁸ En muchos de estos estudios el enfoque está puesto en la etapa de información y la de sanción, y se deja de lado la etapa de discusión que todavía se mantiene poco explorada. En la práctica, se analizan una o dos de las etapas, y cuando en el concepto consideran las tres, solo dan una explicación parcial del proceso.¹³⁹

Otras investigaciones ponen especial énfasis en los efectos del proceso, en los que la atención se encuentra en el uso de diferentes mecanismos de *accountability* que permitan alcanzar mejores resultados¹⁴⁰ en lo que respecta a: transparencia, justicia, democracia, ética, y desempeño, entre otras promesas^{141 142}, o enfocan el *accountability* desde una perspectiva legal, en el que ven las obligaciones y las sanciones formales al incumplimiento obligacional.

¹³⁷ BRANDSMA y SCHILLEMANS (2012) p. 3-5.

¹³⁸ *Ibidem.* pp. 1-7.

¹³⁹ BRANDSMA y SCHILLEMANS (2012) pp. 1-7.

¹⁴⁰ O'DONNELL (1998) pp. 29-45; *Cfr.* SCHEDLER (1999) p. 22-26.

¹⁴¹ Término empleado por DUBNICK (2014) p. 28, como capacidad del *accountability* de alcanzar objetivos.

¹⁴² DUBNICK (2005) p. 376-377.

En esta expansión de su forma de abordarlo no solo ha abarcado las áreas tradicionales como la ciencia política y financiera sino a otros campos de conocimiento, exige, a quienes se dedican a su estudio, adaptar el concepto a nuevas aplicaciones y nuevos contextos. En su extensión (*stretching*), encontramos otros estudios además de los ya señalados, que abordan el *accountability* como un concepto de semblanza familiar y como un concepto radial¹⁴³, ambos caracterizados por su amplitud conceptual. En esta distinción analítica, el *accountability* como concepto radial, deja de ser considerado un concepto clásico definido por un número duro e invariable de características básicas, en el que la aplicación de grados de generalidad pone límites y definen los atributos en una categoría clásica.

En la categorización por semblanza familiar las categorías muestran principios diferentes que no comparten ningún atributo. Una categoría definida de una forma particular puede razonablemente calzar a muchos casos en los que se pretende su aplicación, si bien comparte características comunes e importantes, de un análisis detallado, ese calce no es perfecto.¹⁴⁴

A diferencia de lo anteriormente señalado, para autores como Andreas Schedler¹⁴⁵ el *accountability* lejos de ser una técnica puntual para limitar el poder de manera genérica, como las anteriores citadas, abarca tres maneras diferentes de prevenir y corregir abusos de poder: obliga a abrirse a la inspección pública, fuerza a explicar y supedita a sanciones, estas tres etapas, señala, convierten al concepto de *accountability* en una “casa conceptual amplia” que hospeda muchos términos afines como vigilancia, auditoria, fiscalización o penalización y que comparten la pretensión de limitar el abuso de poder y someterlo bajo la amenaza de castigo, obligándolo a actuar de manera transparente justificando sus actos.

¹⁴³ COLLER y MAHON (1993) pp. 845-849.

¹⁴⁴ *Ibidem* p.846-847; *Cfr.* LINDBERG (2013) p. 206-207.

¹⁴⁵ SCHEDLER (1999) 13-14.

Desde las características conceptuales señaladas del *accountability*, podemos agrupar los diferentes estudios o caracterizarlos en tres etapas: las dos primeras bajo la denominación de *answerability* como una actividad discursiva en la que prima el diálogo y la obligación de responder a preguntas desagradables relacionadas con la toma de decisiones, informar sobre ellas y justificarlas con detalle utilizando argumentos válidos y veraces. Primando en esta forma de diálogo la crítica, matizada por un ir y venir de preguntas y respuestas de argumentos y contraargumentos, entonces el *accountability* se convierte no en un derecho a petición sino en un derecho a la crítica y al diálogo.

La tercera etapa podríamos analizarla bajo el título de *enforcement* en la que se castiga el comportamiento impropio de los servidores públicos¹⁴⁶. Es la observancia a la ley y el cumplimiento con las normas por medio de la imposición de sanciones, el agente no solo cuenta lo que ha hecho y el porque, sino que también debe asumir las consecuencias de sus actos, incluyendo eventuales sanciones negativas que son para muchos, fundamentales para la existencia del *accountability*.¹⁴⁷

Sobre la base de estas dimensiones en las que caracterizamos el *accountability* (*answerability* y *enforcement*) podríamos conceptualizarlo según la fórmula siguiente: “A “rinde cuentas” a B cuando está obligado a informarle sobre sus acciones y decisiones pasadas o futuras a justificarlas y a sufrir el castigo correspondiente en caso de una mala conducta”.¹⁴⁸ Sin embargo, para Shedler el que el *accountability* abarque las tres dimensiones, no significa que las tres deban estar presentes o ausentes en todos los casos, las tres pueden presentarse, señala, con intensidades y énfasis variadas, o pueden estar una o dos presentes o ausentes, pueden también estar débilmente presentes y aun así se puede hablar de ejercicios efectivos de *accountability*.

¹⁴⁶ PERUZZOTI y SMULOVITZ (2003) p. 173.

¹⁴⁷ SCHEDLER (1999) pp. 14-17; Cfr. BRINKERHOFF (2001) p. 2.

¹⁴⁸ Ídem.

De lo señalado tenemos un ejemplo en lo que sucede en Chile. La pasión por el *accountability* se inclina más hacia la producción de informes y estadísticas¹⁴⁹ y en los que la dimensión sancionatoria está ausente limitándose el *accountability* solo a la fase de información principalmente cuando se exponen metas, programas, estadísticas y declaraciones de trámites y regulaciones, gastos y un sin número de informes regulares.

Si embargo, y contrario a esa posición, sostenemos que es estrictamente indispensable para que un principal pueda controlar a su agente que este último tenga la capacidad de imponerle una consecuencia, como es el caso de otros países en los que en casos más controvertidos el *accountability* se ha restringido a transparentar información, como una forma suave de castigo que las comisiones encargadas de la investigación de violaciones a los Derechos Humanos imponen confiando solo en la expresión pública de los delitos cometidos.

En otras experiencias la dimensión argumentativa del *accountability* se encuentra anclada a la responsabilidad principalmente en el debate entre la autonomía institucional y el *accountability* como sucede con los Bancos Centrales y su obligación de responder y explicar sus actuaciones. Y finalmente tenemos también como ejemplo el *accountability* societal, en el que los medios de comunicación, asociaciones civiles y movimientos sociales, solo cuentan con la dimensión discursiva de contestación y carecen de toda forma de sanción directa y su límite llega a la ventilación pública de sus acusaciones. En ambos casos el *accountability* se encuentra exento de alguna forma de sanción o castigo directo.¹⁵⁰ Y así es como el *accountability* puede no contar con mecanismos de castigo como los señalado o puede convertirse en un asunto exclusivamente sancionatorio y castigador¹⁵¹ como sucede en el *accountability* electoral.

¹⁴⁹ Ver las cuentas públicas del Poder Judicial (2003-2016) entregadas por la Corte Suprema al inicio de sus funciones en audiencia pública (Art. 102 del Código Orgánico de Tribunales).

¹⁵⁰ SCHEDLER (1999) pp. 17-18.

¹⁵¹ BRINKERHOFF (2001) p. 2; Cfr. MAINWARING (2003) p. 10.

Estos ejemplos, sirven para mostrar que la disociación de una de sus dimensiones constitutivas no significa necesariamente que el *accountability* sea ineficiente o parcial. Y es en ese sentido que el *accountability* es un concepto radial, es decir, no se define por una núcleo o característica básica, sino por compartir una semblanza de familia. Puede faltarle uno de los elementos de la concepción plena pero no por ello, deja de ser *accountability*.¹⁵²Sobre ésta base de semblanza familiar, la extensión del *accountability* ha trascendido las fronteras de la ciencia política para situarse en otros contextos interrelacionados en los que su uso ha sido significativo.

Entonces como concepto, se encuentra dentro de un marco cultural, institucional, social, organizacional, de ambientes complejos de trabajo y psicológicos. En cada uno de ellos el *accountability* cumple con un rol diferente. Como género dentro de estos contextos sociales, institucionales y de proceso debe responder a cómo organizar e implementar acciones colectivas basadas en una moral comunitaria, que moldea y es moldeada por las expectativas, las reglas, las normas y los valores sociales de una sociedad y de lo que se considera moralmente necesario o apropiado en esas relaciones.¹⁵³

El punto es que en todas estas perspectivas conceptuales que caracterizan el *accountability*, su conceptualización es diferente para todas, pero como dice señala Melvin Dubnick, lo que les queda y tienen es la ventaja de la semblanza familiar, aunque no estén relacionados por una definición común, lo están por la relación existente entre ellas, relación que se asemeja a lo que podría verse en un individuo como parte de una familia. Ese parecido, esa relación, es la idea asociada con las actividades de gobernanza que depende de la interacción y los mecanismos creados dentro de esa comunidad social.¹⁵⁴

¹⁵² BRINKERHOFF (2001) p. 2; *Cfr.* MAINWARING (2003) p. 11.

¹⁵³ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p. 12; *Cfr.* DUBNICK (2002) p. 5.

¹⁵⁴ *Ibíd.* pp. 8-12; *Cfr.* *Ibíd.* pp. 5-6.

1.2.3. Aplicación conceptual del *accountability*: Perspectivas teóricas

El control del accionar de los gobiernos y de los políticos constituye uno de los criterios fundamentales para la gobernabilidad democrática. Funcionarios y gobernantes acorde a las funciones y roles que desempeñan son investidos de poder y autoridad a la espera de que una vez empoderados se mantengan en los límites y no cometan abusos. Para asegurar que aquello se cumpla se han creado sistemas, procesos y mecanismos que limitan y crean incentivos para un buen accionar, muchos de ellos caen bajo el concepto y frontera operacional del *accountability* público imponiendo restricciones al poder de autoridad e incentivando su buen comportamiento.¹⁵⁵

Dentro de esta frontera operacional varios son los arreglos que se han ido acumulando e implementando, todos dirigidos a lograr que el *accountability* cumpla con su propósito, para así poder mirar con confianza el futuro.¹⁵⁶ Al final su importancia depende del sistema constitucional democrático, de las distintas perspectivas de su aplicación y las razones u objetivos que tenga el *accountability* público.

1.2.3.1.- Perspectiva democrática: El control ciudadano

En la teoría democrática el *accountability* público es de gran importancia, la razón muy simple, permite a los ciudadanos y a sus representantes exigir a quienes detentan el poder responder por sus actos. Es muy difícil pensar en una democracia sin *accountability*, sobre todo por la complicada red de relaciones existentes entre los ciudadanos y los agentes que los representan y gobiernan en su nombre.¹⁵⁷

Pues para la democracia el *accountability* representa aquella conexión entre quienes (individuos) influyen proporcionalmente en las decisiones colectivas en virtud

¹⁵⁵ BRINKERHOFF (2001) p. 1.

¹⁵⁶ BOVENS et. al. (2008) p. 225.

¹⁵⁷ WARREN (2014) p. 39.

de su real o potencial capacidad de afectarlas y los agentes que por norma elaboran y organizan esas decisiones, en su representación.¹⁵⁸

Desde esa perspectiva la preocupación constante, una vez que en Latinoamérica se consolidan las democracias (1980), ha sido lograr más y mejores mecanismos de *accountability*, sin afectar los resultados de las políticas públicas y promoviendo la eficiencia gubernamental de aquellos funcionarios que participan de un proceso electoral y de quienes no son electos por votación popular. Ambos tipos de funcionarios son *accountable* ante diferentes actores. Los funcionarios elegidos lo serán ante la ciudadanía que los eligió, quienes no son electos responderán ante quien los nombró y en algunos casos lo harán ante el ejecutivo o legislativo.¹⁵⁹

Dentro de esta idea, Bovens se remonta a los principios de Rousseau y Weber¹⁶⁰, para señalar que hoy pueden ser expresados a través de la relación agente-principal¹⁶¹, en la que los ciudadanos transfieren la soberanía popular a sus representantes quienes a su vez transfieren la redacción y el cumplimiento de las normas y políticas a quienes gobiernan. Siguiendo con esta idea podemos sostener, como señala Maingwaring¹⁶², que son cinco las aplicaciones conceptuales en las que se debaten los límites del *accountability*¹⁶³. Dos relacionadas con la concepción del *accountability* y las restantes cuatro referidas a su uso diario.

Entonces dentro del límite conceptual del *accountability* desde esta perspectiva, dos son las posiciones a debatir: Una que el *accountability* se encuentra relacionado con la responsabilidad (*answerability*) y la responsabilidad de los funcionarios públicos. Dentro de este marco, se lo entiende como “*aquella relación formal que otorga a algunos actores la autoridad para velar y sancionar la conducta de los funcionarios*

¹⁵⁸ WARREN (2014) p. 39.

¹⁵⁹ MAINWARING (2003) p. 6.

¹⁶⁰ Relacionado con el control del ciudadano a quienes detentan poder.

¹⁶¹ BOVENS (2007a) p. 463.

¹⁶² MAINGWARING (2003) pp. 1-16.

¹⁶³ *Ibidem.* p. 6

públicos. Todas las relaciones que caen fuera de esta formalidad normativa, quedan fuera del alcance del *accountability*”, lo que implica no solo la obligación legal de responder sino la potestad (*empowerment*) institucional de un agente de imponer una sanción por una decisión o una potencial decisión de la función pública, conceptualización a la que Scott Mainwaring ha denominado “*accountability* dentro del Estado”.¹⁶⁴ Delimitación que claramente excluye a agentes de *accountability* como la sociedad civil y organizaciones encargadas de la investigaciones de malas conductas y abusos de parte de funcionario públicos.

Contraria a la definición restrictiva señalada, se encuentra una concepción más amplia que considera no solo a todas las formas de supervisión pública como agentes de *accountability*, entre algunos los MCS, organizaciones civiles a las que Smulovitz y Peruzzotti han denominado “*accountability social*”¹⁶⁵ sino también, a todas las actividades o prácticas¹⁶⁶, al desempeño¹⁶⁷, a la conducta de las organizaciones y los funcionarios públicos o como otros autores como Keohane que consideran algunas formas no institucionalizadas de sanciones como el “*accountability reputacional*”.¹⁶⁸

Y la otra posición debatida dentro de la relación agente-principal es la mirada democrática del *accountability*. Referida a las transgresiones legales de los actores estatales, especialmente las relaciones a las que Guillermo O’Donnell ha denominado *accountability horizontal*¹⁶⁹, en las que agencias del estado están legalmente empoderadas y facultadas para tomar desde acciones rutinarias hasta sanciones criminales e impeachment por las acciones u omisiones, calificadas como ilegales, de agentes o agencias de Estado. Para lo cual, estas agencias deben estar efectivamente autorizadas para controlar y sancionar. Restricción que para la mayor parte de la literatura debería ampliarse a considerar no solo las acciones fuera de la ley, sino

¹⁶⁴ MAINGWARING (2003) p. 6; *Cfr.* WARREN (2014) p. 40.

¹⁶⁵ PERUZZOTTI y SMULOVITZ (2002) p. 1.

¹⁶⁶ SCHEDLER (1999) p. 12; *Cfr.* MONCRIEFFE (1998) pp. 387.

¹⁶⁷ SAMUEL (1992) pp. 1056-1057.

¹⁶⁸ KEOHANE (2003a) p. 1.

¹⁶⁹ O’DONNELL (1997) p. 9.

también aquellas relacionadas con las decisiones políticas¹⁷⁰, tanto en los sistemas parlamentarios como en los presidencialistas. Los funcionarios elegidos son *accountable* ante los ciudadanos (votantes) sin importar si su transgresión es política o legal (normas constitucionales).¹⁷¹

Cuando dentro de esta perspectiva se considera la capacidad de imponer una sanción, lo que se hace es reflexionar sobre la posibilidad de sancionar que tiene un agente de *accountability*. Para muchos autores como Charles Kenny¹⁷² y Erika Moreno et.al.¹⁷³, solo existe un vínculo de *accountability* y es cuando el agente tiene la facultad de imponer sanciones, aunque hay autores que consideran que hay relaciones que solo consideran los mecanismos de respuesta (*answerability*), y que no por ello, el *accountability* deja de existir.¹⁷⁴

De lo dicho pareciera que el *accountability* se ve limitado a la relación principal-agente en la que el primero comisiona al segundo a hacer algo por él. Entonces solo el principal estaría en posición de quitar la autoridad delegada de hacer. Bajo este argumento, cuando las instituciones son formalmente independientes una de la otra como lo son los poderes en un sistema presidencialista-no podrían ser *accountable* uno a otro.

Dentro de la perspectiva democrática, así como analizamos la relación agente-principal, debemos también considerar aquellas perspectivas relacionadas con su uso. En ellas hay quienes consideran que el *accountability* no se encuentra restringido al nexo principal-agente, porque la relación de poder es distinta, cuando el principal está en posición de despedir o contratar al agente. Cuando esa posibilidad existe, según el estudio realizado por Lerner y Tetlock¹⁷⁵ sobre los efectos del *accountability* y la

¹⁷⁰ MAINGWARING (2003) p. 9.

¹⁷¹ O'DONNELL (1999) pp. 38-39.

¹⁷² KENNY (2003) p. 57.

¹⁷³ MORENO Y CRISP et. al. (2003) p. 77.

¹⁷⁴ *Cfr.* Supra p. 37.

¹⁷⁵ LERNER y TETLOCK (1999) p. 255.

audiencia es conocida o tiene el poder de decisión, el individuo tiende a adoptar posiciones. Por lo tanto, restringir el *accountability* a esta relación puede significar dejar de lado relaciones formales de control y sanción, como en el poder judicial que se constituye dentro de la red de *accountability* por la atribución de controlar y sancionar a funcionarios públicos por el incumplimiento de funciones.¹⁷⁶ Un ejemplo de ello tenemos en Latinoamérica donde existen agencias, comités de investigación y los ombudsman, donde todos están encargados de controlar el accionar del presidente, sin existir entre ellos una relación agente-principal.

En conclusión desde la concepción más amplia dentro de la perspectiva democrática, se tiene que hay actores que pueden ser considerados agentes de *accountability*, lo que significaría que casi todos pueden ser agentes de *accountability*. Pero si nos mantenemos dentro de una concepción más restringida, solo quienes formalmente tiene la responsabilidad de controlar el accionar público, ósea los votantes, parlamento y judicial, lo pueden ser, significando con ello que el concepto de *accountability* estaría relacionado con la capacidad de consolidar y reafirmar la cadena democrática de la delegación.¹⁷⁷

1.2.3.2.- Perspectiva constitucional: prevención del abuso de poder

El énfasis en el constitucionalismo por evitar la concentración de poder, el control efectivo y la responsabilidad, es relevante cuando se analiza el *accountability*. Conceptos antiguos como el constitucionalismo, la Constitución, Estado de Derecho y la doctrina de la Separación de Poderes que nacen con una filosofía similar a la del *accountability*, toman su lugar en la teoría constitucional estableciendo el contexto en el que el *accountability* podría llegar a prosperar¹⁷⁸.

¹⁷⁶ MAINGWARING (2003) p. 12.

¹⁷⁷ BOVENS et. al. (2008) p. 231.

¹⁷⁸ HARLOW (2014) p. 195.

Si partimos analizando el constitucionalismo diremos que como movimiento intelectual y político surge a fines del siglo XVII, en un intento por establecer el imperio de la ley con el fin de limitar el poder político específicamente a través de constituciones escritas¹⁷⁹. Hoy pocos son los Estados que no poseen una constitución escrita que simbolice los valores de su nación. Este constitucionalismo se encuentra marcado por una divergencia fundamental entre lo ortodoxo y lo republicano. El primero caracterizado por la protección de los derechos fundamentales de la libertad y propiedad a través de una limitación estricta que separa a la legislación estatal de la revisión judicial de sus decisiones. En esta restricción, los derechos fundamentales y la separación de poderes se convierten en las herramientas que limitan y condicionan el poder gubernativo. Y el constitucionalismo republicano, a diferencia del constitucionalismo ortodoxo, permite la integración y relación del individuo y el gobierno a través de una constitución que asegura esta interrelación, permite la ampliación de la autoridad legislativa y facilita la toma de decisiones colectivas.¹⁸⁰

En este contexto la Constitución por su parte y otras instituciones políticas son utilizadas con el objetivo de asegurar las divisiones de poder y la independencia de quienes están a cargo de investigar los abusos de poder. Principalmente, la Constitución se convierte en el seguro de vida de las sociedades, de la democracia y del respeto a los derechos fundamentales del hombre.¹⁸¹ Su cumplimiento y sus objetivos dependen de varios factores, como el tipo de relación política, de condiciones de poder preexistentes, de la sociedad civil, de la cultura de confianza y de los procedimientos legales¹⁸². Ejemplo de lo señalado encontramos en Inglaterra en el que la cultura de confianza existe en la sociedad, y es la que permitía eximir a ministros y gobierno de muchas normas aplicadas a los ciudadanos ordinarios bajo la creencia de que los primeros se conducían honorablemente. Esta realidad de confianza que caracterizaba la relación

¹⁷⁹ CRISTI y RUIZ-TAGLE (2006) pp. 29-32.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ FERNANDEZ (1992) pp. 462 y 466.

¹⁸² MONCRIEFFE (1998) p. 401.

política de Inglaterra, difiere por ejemplo, de lo establecido en la Constitución de los Estados Unidos, en la que se desarrolla un sistema muy amplio del *check and balance*.

En nuestro continente, la preexistencia de estructuras¹⁸³ impide la introducción de ciertos requisitos constitucionales de control y la implementación de la seguridad y prosperidad de otros países. En Chile por ejemplo, país en el que al dejar de ser la Constitución sinónimo de democracia, permitió el retorno de la autocracia, principalmente porque, a diferencia de lo sucedido en Inglaterra, en ese momento se perdió el saber común de la sociedad sobre de la eficacia de su Constitución, se perdió lo que, el profesor Cea llama, “*la Conciencia Constitucional*”¹⁸⁴, significando con ello, que la Constitución no ofrecía la garantía absoluta para distribuir y limitar el poder¹⁸⁵, cuando como principio fundamental en cualquier orden legal se entiende como un requisito que toda la sociedad acepte estar sujeta al imperio de la ley, pero además que la ley sea lo suficientemente clara y que permita los ciudadanos planificar sus vidas.

En la Constitución Inglesa por ejemplo, la idea central se encontraba en la igualdad ante la ley, la sujeción de todas las clases a la ley administrada por las cortes. En la Constitución Alemana asociada a la filosofía de Emmanuel Kant y jurisprudencia de Hans Kelsen el pensamiento era que el poder público se encontraba restringido a la ley, el legislativo estaba sujeto por el orden Constitucional y el Poder Ejecutivo y Poder Judicial por la ley y el Derecho.¹⁸⁶

En ambos sistemas ortodoxo y republicano, la ley es clara y transparente y permite a los ciudadanos conocer las bases del ejercicio del poder y controlar que las cosas sean hechas por quienes están legitimados para hacerlas. Las diferencias son

¹⁸³ Conciencia crítica, independencia como prescindencia, rasgos de corporativismo.

¹⁸⁴ CEA (1989) p. 222. En 1989, en su artículo “*Una Aproximación a la Conciencia Constitucional Chilena*”, señalaba que la conciencia constitucional es la unión que legítimamente infunde vida a la Ley Suprema escrita la que le da, la que mantiene su vigor y la que hace que se cumpla y se venere su cumplimiento.

¹⁸⁵ FERNANDEZ (1992) p. 466, hace una distinción entre la conciencia sobre la constitucional y una sobre el constitucionalismo.

¹⁸⁶ CEA (1992) p. 200.

mínimas, sobre todo en lo que se refiere al valor liberal de la ley. En una concepción estricta la definición de Estado de Derecho permite irracionalidades e inequidades sustantivas dentro de un marco formal de legalidad y acceso a las cortes. Para quienes comparten la definición amplia, abogados de derechos humanos, preferentemente se deben incluir valores democráticos y de derechos humanos.¹⁸⁷

Cuando hablamos de la doctrina de la Separación de Poderes, estamos frente al principio básico de que en ningún poder del estado se concentrará el poder de gobernar. Esta interpretación triádica identifica tres funciones esenciales de gobierno: la elaboración de las leyes, su implementación y su adjudicación, representadas por tres cuerpos estatales, el legislativo, el ejecutivo y el judicial respectivamente.¹⁸⁸ En esta doctrina no podemos no considerar al Barón de Montesquieu y su popular tratado publicado en 1748, “*El Espíritu de las Leyes*” en el que se adueña de esta popular doctrina que significó la adhesión estricta de Francia a la misma y que resultó en una total ausencia de *accountability*, nadie en el estado ni los funcionarios públicos eran responsables de una transgresión ante una corte civil ni una criminal.¹⁸⁹

En sus diferentes interpretaciones, de las cuales la de mayor influencia es la establecida en la Constitución Norteamericana con su *check and balance*, defendida por James Madison en *The Federalist Papers*. Esta doctrina defiende el diseño constitucional, argumentando que los poderes deben estar suficientemente conectados para tener cada uno control constitucional sobre el otro y el suficiente grado de separación que se requiera para lograr un gobierno libre, diseño dirigido a prevenir la excesiva concentración de poder.¹⁹⁰

En ese modelo constitucional de las democracias liberales el *accountability* es uno de los términos más utilizados en el derecho constitucional, tanto entre quienes

¹⁸⁷ CEA (1992) p. 200.

¹⁸⁸ HARLOW (2014) p. 200.

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ HARLOW (2014) p. 201.

priorizan la elección de las autoridades, como entre quienes priorizan el rol de las cortes en lo relacionado con el control del ejercicio del poder gubernamental. Cualquiera que sea la propuesta por la que abogan, para los jueces, abogados, políticos u otros actores, tener mas y mejor *accountability* es su objetivo principal.¹⁹¹

Desde la perspectiva constitucional la conceptualización moderna del *accountability*, se debate entre la visión legal y política o la combinación de ambas. Los constitucionalistas que abogan por la primera entienden la administración legal con mayor amplitud, para ellos el *accountability* es a la ley lo que implica la aplicación judicial de las normas constitucionales de trato justo y equitativo¹⁹². Y quienes lo hacen por la conceptualización política tienden a asociar la administración legal de conformidad a las normas estatutarias, la revisión judicial existe para forzar la voluntad legislativa contra las transgresiones básicas de las autoridades públicas¹⁹³.

El debate entre constitucionalistas legales ¹⁹⁴ y entre éstos y los constitucionalistas políticos gira en torno a como se entiende el concepto de la ley y en lograr que el ejecutivo sea *accountable* a la ley.

1.2.3.3.- Perspectiva social: La sociedad (pueblo) como un factor determinante

En Latinoamérica el *accountability* social ha cobrado importancia, debido a que la institucionalidad tradicional ha dejado de cumplir con su rol en lo que respecta al control del gobierno. Las elecciones, como mecanismo de *accountability* tradicional,

¹⁹¹ BAMFORTH y LELAND (2013) pp. 1-2.

¹⁹² Ibídem. p. 10.

¹⁹³ TREVOR (2013) p. 77.

¹⁹⁴ En contraposición a lo señalado por Trevor Allan respecto del concepto de *accountability* y su sujeción a la ley, Jeff King también constitucionalista legal, sugiere que no es preciso señalar que el *accountability* a la ley protege el derecho de Estado (*the rule of law*), que previene los abusos de poder y que además resguarda los derechos individuales. Por ello, es un proceso institucional que considera el derecho individual a pedir un juez independiente para resolver un asunto. El juez debe dar un veredicto transparente y bien argumentado y una solución final por incumplir los estándares aplicables. (2013) p. 125.

dejan de ser un instrumento efectivo de control popular cuando la Separación de Poderes ya no genera el *check and balance* necesario debido a que los poderes se encuentran bajo un mismo partido o están coludidos. Entonces el resultado que se tiene, es una debilidad institucional que impide la consolidación de instituciones democráticamente *accountable*.¹⁹⁵

Bajo esa perspectiva, el *accountability* une a grupos dispares de la sociedad y media iniciativas en un marco de análisis común y lo hace a través del conjunto de acciones, más allá del voto, llevadas a cabo por actores que tienen diferentes formas de organización y que son reconocidos como legítimos defensores de derechos ante el Estado, obligándolo a *account*¹⁹⁶. En busca de ese objetivo, que es el principal, no el único, está el deseo de exponer las malas prácticas de un gobierno, presentar proyectos a la agenda pública, ejercer presión para la aprobación de políticas o para la reversión de éstas. Para lograrlo se hace uso de diversos medios, institucionales y no institucionales que van desde los reclamos legales, movilizaciones hasta la denuncia a la prensa¹⁹⁷.

Si bien los mecanismos utilizados no consideran sanciones legales, existen las sanciones simbólicas que pueden convertirse en una amenaza a la supervivencia política¹⁹⁸. Para autores como Andreas Schedler¹⁹⁹ este *accountability* es débil, de control disminuido y sin poder, sin embargo, y a pesar de que sus acciones no cuenten con la aplicación de sanciones legales, quienes lo respaldan dicen que si bien no se tienen sanciones, se tiene la desaprobación popular, herramienta importante de una sociedad empoderada,– “*El pueblo quiere saber como está gobernado, en particular como se gasta el dinero, el público exige la certeza de que está bien utilizando*”.²⁰⁰ Entonces, el *accountability* activa mecanismos de operación horizontal, que combinan el costo

¹⁹⁵ PERUZZOTI y SMULOVITZ (2006) p. 68.

¹⁹⁶ SMULOVITZ y PERUZZOTTI (2003) p. 307.

¹⁹⁷ THE WORLD BANK (2004) p. 6.

¹⁹⁸ SMULOVITZ y PERUZZOTTI (2003) p. 309.

¹⁹⁹ SCHEDLER (1999) p. 16.

²⁰⁰ La traducción es propia de “*The public wants to know how it is governed; it wants in particular to know how public money is spent and to receive assurance that it has been well spent*” HARLOW (2002) p. 2.

reputacional y la amenaza de ser llevados ante la justicia. Quienes perciben estos costos pueden revertir sus decisiones en respuesta a la percepción del pueblo, decisiones que permiten la activación de investigaciones llevadas a cabo por comisiones parlamentarias, por procedimientos judiciales o mediante el cambio de políticas.²⁰¹

Por lo tanto, la idea central del concepto de *accountability*, bajo esta percepción, es la regulación y la reducción de la distancia entre representantes y representados, manteniendo la diferencia entre la autoridad política y la ciudadanía que es lo que caracteriza esa relación. Tiende a especificar como funcionan esos vínculos y los resultados específicos que se obtienen del fomento a hacer gobiernos más *accountable*. Incorpora dos conceptos importantes: Sociedad Civil (ciudadanía) y a la esfera pública alejadas ambas de la votación electoral lo que les permite mantener su relación a demanda y sin restricciones.²⁰²

1.2.3.4.- Perspectiva cultural: Una condición necesaria

El surgimiento de la sociedad civil como una entidad autónoma diferente a la del Estado, genera el equilibrio en la relación Estado-sociedad, contribuyendo al nexo del *check and balance* esencial para el *accountability*. Es la Constitución de un país la que establece y legitima el marco institucional y legal del *accountability*, las leyes, los códigos, los decretos y la regulación establecen las reglas de esa relación y de la acción colectiva de la ciudadanía. La importancia otorgada a ese marco legal depende de la importancia que se de al estado en la administración de la cosa pública y a la confianza que se ponga en los servidores civiles como tomadores imparciales de decisiones.²⁰³

En sistemas derivados del derecho romano, la estructura y los procesos de *accountability* tienden a ser más internos, asegurándolos a través de la supervisión y apelación entre agencias con el uso limitado de procedimientos externos orientados

²⁰¹ SMULOVITZ y PERUZZOTTI (2003) p. 307.

²⁰² PERUZZOTTI y SMULOVITZ (2006) p. 89.

²⁰³ OTEGBEYE (2016) s/p. En el documento no hay páginas, sin embargo, por el conteo de las mismas se tiene la p. 18. En las siguientes citas se coloca las páginas tentativas para orientar mejor al lector.

hacia agencias dentro de la misma administración.²⁰⁴ En países del Common Law, el *accountability* combina el constitucionalismo con el *check and balance*. Se limita el abuso de la administración a través de mecanismos basados en garantías procesales y la revisión judicial externa.²⁰⁵

En cambio en países con un legado colonialista el sistema de gobierno refleja un *accountability* dirigido hacia la metrópolis colonial y el reforzamiento de una estructura autoritaria. En otros países cuyo legado deviene del Imperio Otomano, el diseño no se hizo bajo los principios de la autonomía ciudadana, sino para reforzar proteger y extender el dominio del soberano.²⁰⁶

Las diferencias existentes en los sistemas tienen su origen en las características económicas, en las relaciones políticas y en las diferencias socio-culturales de cada país que son las encargadas de determinar como se interpretan y aplican las normas legales y como se ejerce y funciona una administración.²⁰⁷ Como las diferencias socio-culturales configuran las actitudes, creencias, valores y determinan la participación y la relación de *accountability* entre el estado y los ciudadanos, de todos ellos depende la aplicación que la sociedad pueda hacer del *accountability* sobre quienes la gobiernan.

Por lo tanto, podemos sostener que es la cultura y los arreglos institucionales²⁰⁸ los que construyen en una sociedad la autoridad moral para demandar el *accountability* de sus representantes²⁰⁹. Son los valores morales de una comunidad los que moldean las expectativas, reglas y valores de una relación social, y lo que se considera o no apropiado.²¹⁰ Pues son esos valores que regulados por las normas sociales y culturales, los que efectivamente actúan como mecanismos de *accountability*, y determinan el comportamiento de un servidor público y de la sociedad.

²⁰⁴ OTEGBEYE (2016) pp. 17-19.

²⁰⁵ Ídem.

²⁰⁶ OTEGBEYE (2016) s/p. 18.

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p. 15.

²⁰⁹ PERUZZOTTI (2011) pp. 56-57.

²¹⁰ DUBNICK (2002) p. 6.

Las perspectivas descritas varían unas de otras y eso ha dificultado tener una comprensión cabal del *accountability*, lo que puede ser beneficioso para una perspectiva puede ser totalmente perjudicial para la otra. Por ejemplo, la revisión judicial de políticas y normas puede ser adecuada desde la perspectiva constitucional, pero totalmente inapropiada desde la perspectiva democrática por la dificultad contra mayoritaria, que deslegitima la justicia constitucional.²¹¹

Lo cierto es que ninguna perspectiva captura una completa dimensión del *accountability* público, ni provee una respuesta definitiva al problema de sus variados significados. Puede significar diferentes cosas para diferentes personas, Aaron Wildavsky²¹² señala que “si planificar lo es todo, tal vez no sea nada”, entonces trasladando esa frase al *accountability* y considerando las muchas definiciones y redefiniciones, como señala Bovens, tal vez es cierto que “*si el accountability es todo tal vez es nada*”²¹³, al final dependerá de la perspectiva que cada sistema adquiera.

1.2.4. Los usos del *accountability*: Su comprensión dual

Comprender a cabalidad que es el *accountability*, no es una tarea fácil, son tantas las doctrinas, perspectivas y las interpretaciones sobre él, que el alcance de su significado se ha extendido en diferentes direcciones, más allá de su significado central referido al proceso de ser llamado a *account* ante una autoridad por las acciones propias. En esta extensión, ha sido aplicado al comportamiento interno de los funcionarios, a instituciones que controlan ese comportamiento y al diálogo democrático entre ciudadanos. Sin embargo, en ninguna de estas extensiones se han considerado las

²¹¹ BICKEL (1986) pp. 16-33. El legislativo es elegido por la gente por lo tanto la representa. Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto del legislativo o una acción del ejecutivo elegido, daña la representación de la gente, ese ejercicio de control no lo hace considerando a la mayoría o en beneficio de la mayoría sino lo hace en contra de ella.

²¹² WILDASKY (1973) p. 127.

²¹³ BOVENS (2010) p. 947.

características de las ideas centrales del concepto, cuales son: escrutinio externo, justificación y el poder de autoridad relacionada con la facultad de control y sanción.²¹⁴

En su aplicación o uso, las perspectivas también varían, y muchas veces se contraponen, lo que ha dificultado, como se señaló en páginas anteriores, capturar una dimensión y una respuesta definitiva a sus variados significados. En este proceso conceptual el *accountability* ha perdido claridad y ha generado constantes aclaraciones y complejas categorizaciones.

Si bien en su proceso conceptual el *accountability* ha estado desconectado y poco claro, Thomas Schillemans en su Meta-Análisis del *accountability* en diferentes disciplinas, logra identificar un consenso mínimo en la conceptualización del mismo y lo hace sobre la base de tres aspectos importantes: primero que el *accountability* consiste en: primero dar respuesta a otros con derecho legítimo a reclamar por el trabajo de un agente; segundo es un concepto relacional que pone su atención en el desempeño de otros quienes realizan una tarea a nombre de otros y por las cuales pueden ser *accountable*; tercero el *accountability* es un concepto retrospectivo –ex post- que se enfoca en el comportamiento del agente en general viendo el desempeño y los resultados de la gestión financiera y del cumplimiento de los estándares o normas.²¹⁵

Considerando esos aspectos hace un análisis en tres fases o escenarios: una fase en la que el agente/accountor/o actor rinde *account* por su conducta o su desempeño a otro en una fase a la que se denomina, fase de información. En una segunda etapa el principal/el accountee/ el fórum evalúa la información escrita u oral entregada, generándose una suerte de debate entre ambas en la que se solicita información adicional y se juzga el comportamiento del actor. El actor responde a las preguntas y si es necesario justifica y defiende su accionar, fase a la que denomina de debate. Finalmente la fase de sanción o juicio, en la que el principal, accountee/fórum llega a una conclusión juzgando el comportamiento decide, en caso de corresponder, el uso de las sanciones a

²¹⁴ MULGAN (2000) pp. 556-557.

²¹⁵ SCHILLEMANS (2013) pp. 13-14.

aplicarse.²¹⁶ Tomando en cuentas lo señalado, podemos abordar el *accountability* como un concepto normativo o como un conjunto de estándares que permiten la evaluación del comportamiento de los funcionarios/actores públicos y como una forma descriptiva que analiza la relación o los arreglos institucionales a través de los cuales un *fórum/principal* puede, ex post facto, hacer *accountable* a un *agente/actor*.

Si bien ambas formas o dimensiones son importantes, resulta fundamental diferenciarlas, porque su estudio implica diferente set de estándares y dimensiones analíticas pero también porque permite resolver algunas confusiones respecto del concepto. Mark Bovens²¹⁷ en un estudio señero sobre el concepto de *accountability*, y en su afán por diferenciar esas dimensiones, considera dos formas de *accountability*: como virtud y como Mecanismo.

1.2.4.1.- *Accountability* como virtud

En el debate seminal sobre la forma más efectiva de asegurar el *accountability* de los funcionarios públicos en un sistema democrático, realizado entre Carl Friedrich y Herman Finer, encontramos un ejemplo sobre la naturaleza de la responsabilidad administrativa y el rol de los estándares profesionales y valores individuales.

Para Friedrich, quien asume una posición liberal en defensa de una noción más amplia de la virtud administrativa, los funcionarios públicos pueden superar de manera efectiva los problemas administrativos, a través de un control interno jerárquico basado en estándares profesionales y de conocimiento administrativo.²¹⁸

Por el contrario Finer considera que el control externo es la única forma de mantener la responsabilidad de los funcionarios en la administración pública. Cree que los profesionales en tal administración no pueden decidir que acción es apropiada para asegurar el bienestar público. Señala que “los servidores públicos, no pueden decidir su

²¹⁶ SCHILLEMANS (2013) pp. 13-14.

²¹⁷ BOVENS (2010) pp. 947-967. La base del desarrollo de este apartado será el paper “*Two Concepts of Accountability as a Virtue and as a Mechanism*”.

²¹⁸ FRIEDRICH (1940) pp. 121-122.

propio curso, sino deben ser responsables hacia los representantes elegidos del pueblo”. De otra forma el *check* y control profesional puede conducir a la corrupción de la administración pública.²¹⁹

En la posición más liberal, la forma normativa del concepto de *accountability* utilizado principalmente, no exclusivamente, por algunos autores en Estados Unidos²²⁰, se asocia más a la idea de ser *accountable* con una virtud, una cualidad positiva de una organización o de un funcionario. En este contexto se convierte en una palabra que evoca transparencia, confianza, y la promesa de un gobierno justo y equitativo. En este uso es posible tenerlo como sinónimo de otras figuras conceptuales como la transparencia, responsabilidad, control, incluso con los conceptos de deliberación, participación y en el ámbito constitucional con procesos como la responsabilidad ministerial y la revisión judicial.²²¹

Entonces al *accountability* se lo entiende como un conjunto de estándares que regulan el comportamiento de un agente público, un adjetivo que expresa como debe ser el comportamiento de un funcionario público y de un gobierno. Para Bovens se equipara a decir-“*queremos que los funcionarios sean accountable, el comportamiento del gobierno debe ser accountable*”- es decir, se quiere que tengan un desempeño positivo y virtuoso. Y es ahí donde se convierte en una figura cercana al concepto de responsabilidad caracterizado por el deseo de actuar bien, de forma transparente, justa y equitativa. Estos estándares reguladores del comportamiento de quienes detentan la función pública, son las normas sustantivas que determinan el comportamiento de un actor.²²²

Para autores como Turpin y Tompkins, esta forma de *accountability* es la responsabilidad y obligación que tienen quienes están investidos con facultades para

²¹⁹ FINER (1941) pp. 335-350

²²⁰ Autores como Mark Considine (2002); Robert (2003a); Jonathan Koppell (2005); Melvin Dubnick (2007), entre otros.

²²¹ FISHER (2004) p. 497.

²²² BOVENS (2010) p. 949.

cumplir funciones en la administración pública, tal responsabilidad proviene de la Constitución como principio rector.²²³ Al igual que el *checks and balance* en la Constitución norteamericana, en la que se crea una expectativa del *accountability* como una virtud constitucional, alcanzando un estatus cercano al principio de buen gobierno y aproximándose en valor al principio de Estado de Derecho (*the rule of law*)²²⁴.

Así, visto como virtud, el *accountability* es un concepto fácil de usar, difícil de definir. Es un concepto discutible y refutable por excelencia, debido a que no existe un consenso general sobre los estándares de comportamiento al que “*quiero*” que se apeguen los funcionarios pero además, porque los estándares pueden diferir dependiendo del contexto institucional, de la época, la cultura y la perspectiva política.²²⁵

Aun cuando resulta difícil tener una definición precisa dada la variedad de estándares, hay autores como Ruth Grant²²⁶, Robert Keohane²²⁷ y Jonathan Koppell²²⁸, que hacen el intento por aclarar y limitar esa amplitud. Sugieren mejoras prácticas en mecanismos de *accountability* democráticos y no democráticos, hacen una revisión de las analogías que presentan las estructuras de poder y sobre la base de ellas, plantean dos conceptos distintos de *accountability*: el de delegación y el de participación. En ambos exploran mecanismos que puedan utilizarse para limitar el poder globalmente y de forma compatible con los principios democráticos. Grant y Keohane, sustentan su posición en un *accountability* como virtud- en palabras de ambos -el término implica que un actor tiene el derecho a sujetar a otros a estándares y juzgar si cumplen con sus responsabilidades acorde a estos estándares y sancionarles si se determina que no cumplieron con sus responsabilidades²²⁹. Koppell por su parte hace la distinción entre

²²³ TURPIN y TOMKINS (2007) p. 13. Traducción propia “*a liability or obligation attaching to those invested with public powers or duties*” *a role normally assigned to responsibility claiming it also as a leading principal of the British constitution*”).

²²⁴ HARLOW (2014) p. 198.

²²⁵ FISHER (2004) pp. 495-.499.

²²⁶ GRANT y KEOHANE (2005) p. 29.

²²⁷ Ídem.

²²⁸ KOPPELL (2005) pp. 94-96.

²²⁹ GRANT y KEOHANE (2005) p. 29.

cinco dimensiones del *accountability* como virtud: transparencia, responsabilidad, control, responsabilidad y obligación, categorías que no son mutuamente excluyentes, porque se considera que una organización puede ser *accountable* en más de una dimensión.²³⁰

Con estas características el *accountability* como virtud, se centra en el comportamiento actual y activo de un agente público y el cumplimiento de estándares. Eso lo convierte en un concepto amplio por la dificultad de establecer estándares únicos de comportamiento, toda vez que los estándares dependen del tipo de organización, su contexto institucional, el sistema político y las perspectivas de su estudio, pero además porque los elementos que lo definen, tales como transparencia, responsabilidad y responsabilidad²³¹ son en si mismos términos ideográfico y que cubre una amplia gama de conceptos²³² que se constituyen de una serie de nociones que requieren una extensa operacionalización. En estas condiciones el *accountability* se convierte en un concepto muy amplio, pero más importante aun llega a ser refutable.

1.2.4.2 *Accountability* como mecanismo

La historia legal del *accountability* para Schillemans, en su estudio ya citado, contiene características constantes que pueden servir como base para un consenso mínimo sobre su conceptualización. Esto no significa que todos los autores se adhieren a este consenso mínimo del concepto, pues existen estudios en los que no se da una definición clara y otros que desarrollan tipologías propias del *accountability*.²³³ Sin embargo de ello, son la mayoría quienes de forma explícita o implícita se adhieren a él.

²³⁰ KOPPELL (2005) pp. 94-96.

²³¹ Término que también se utiliza para traducir *accountability* al español, por ejemplo, tenemos la Enciclopedia Jurídica Argentina, “..deber del servidor público de rendir cuentas”; Cfr. Carlos Contreras Gualá en su artículo de lo Oblicuo a lo Aporético: Responsabilidad, Justicia y Desconstrucción (2007) utiliza el término “Responsabilidad”.

²³² BOVENS (2010) p. 950.

²³³ BOVENS et.al. (2014) p. 3

En ese sentido, si nos remontamos a la historia etimológica del *accountability* vemos que es un concepto que puede ser abordado “*como una relación social o un mecanismo que involucra la obligación de explicar y justificar una conducta*”²³⁴. Lo que implica una relación entre un actor y un fórum en la que el primero explica y justifica una acción o desempeño, explicación que puede dar lugar a un debate y cuestionamiento por parte del fórum, finalmente el fórum luego de evaluarla juzgará al actor. El juzgar el desempeño puede implicar la imposición de un premio o de una sanción por un buen o mal desempeño. Esta interacción es una relación que se denomina *accountability* pasivo porque el actor está obligado a *account* ante el *fórum ex post facto* (después del hecho) por su conducta.

Sobre la base de esa característica, Mark Bovens define el *accountability* como mecanismo “*como la relación entre un actor y un fórum en la que el actor está obligado a explicar y justificar su conducta, el fórum a cuestionar y juzgarla y el actor a enfrentar consecuencias*”,²³⁵ conceptualización que aclara señalando que el actor puede ser un individuo o una organización sea ésta una institución pública o una agencia, que el fórum puede ser una persona (superior jerárquico, ministro, periodistas) o una institución (parlamento, cortes, auditores). Asumiendo que la relación entre el actor y el fórum puede o no ser una relación principal-agente, como sucede en el caso de las cortes en el *accountability* Judicial.²³⁶

Abordar el uso del *accountability* como mecanismo desde la teoría principal-agente se explica desde las funciones del *accountability* público y la capacidad que tiene el principal de juzgar el desempeño del o los agentes y de las propias instituciones. Lo que permite el uso de un marco teórico que expresa la variedad de arreglos y detalles institucionales, el efecto que tiene la toma de decisiones sobre el *accountability* público y el potencial comparativo entre las diversas instituciones para inducir un

²³⁴ BOVENS (2010) p. 951; *Cfr.* ROMZEK y DUBNICK (1998) p. 6; SCOTT (2000) p. 40; MULGAN (2003) pp. 7-14; LERNER y TETLOCK (1999) p. 255.

²³⁵ BOVENS (2010) p. 951.

²³⁶ Ídem.

comportamiento deseable en los agentes.²³⁷ Un punto fundamental del uso de esa teoría es que no se encuentra determinada por un conjunto de supuestos o conclusiones, sino por un conjunto de modelos formales que abordan problemas relacionados y para los que se necesita especificar el grupo de actores, las acciones posibles que pueden tomar y la evaluación de las consecuencias de esas acciones.²³⁸

Dentro de la relación actor-fórum (principal-agente), podemos considerar tres etapas importantes: primero y antes de calificar una relación como una relación de *accountability* es importante que el actor se sienta obligado a informar, explicar o justificar al fórum su conducta o desempeño, segundo, debe haber la posibilidad de que el fórum pueda interrogar al actor y cuestionar la conveniencia de la información y la legitimidad de su conducta y tercero este fórum debe tener la posibilidad de juzgar y en caso de corresponder, sancionar.²³⁹

Cuando se trata dentro de esa relación la sanción, debemos considerar que existe una suerte de debate,²⁴⁰ analizado cuando abordamos las perspectivas y caracterizaciones del *accountability*. En ese debate están quienes sostienen que para hablar de *accountability* como mecanismo un elemento esencial es la sanción y para quienes la posibilidad de reportar, juzgar, justificar y debatir son suficientes para calificar una relación como *accountability*. Bovens lo que hace es sustituir la palabra “sanción” por el término enfrentar “consecuencias”. Cambio que se sustenta en que la sanción al tener una connotación formal y legal puede significar la exclusión de mecanismos externos como el *ombudsman* u otros actores que sin bien no cuentan con el poder de aplicar sanciones legales pueden generar cambios y reparaciones.²⁴¹

Por lo tanto, no serán sanciones a las que tendrá que enfrentar el actor o agente sino consecuencias que pueden variar desde sanciones legales, disciplinarias, renunciadas

²³⁷ GAILMARD (2014) p. 102 y ss.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 90-91.

²³⁹ BOVES (2010) p. 952

²⁴⁰ *Loc. cit.* pp. 43-44.

²⁴¹ BOVENS (2010) p. 952.

(en el caso de ministros que son llamados ante el Parlamento), hasta consecuencias informales o implícitas como la pérdida de credibilidad pública, explicaciones ante medios de prensa, la mala publicidad generada por todo el proceso de *accountability* hasta el enfrentar a la sociedad en su conjunto a través de lo que se ha denominado el *accountability* social²⁴².

Con esta definición se abarca una pluralidad de relaciones entre una gran variedad de actores públicos (personal o institucional) obligados a informar, explicar y justificar sus conductas y otra gran variedad de fóruns y es de estas relaciones que surgen tipologías o formas diferentes de *accountability* a las que les corresponden sinónimos conceptuales diferentes (transparencia, responsabilidad, control, responsabilidad, entre otros).

1.2.5. La operacionalización del *accountability* desde su naturaleza polifórmica y su característica sinonímica

Una indicador de cuanto se ha expandido el concepto de *accountability* es la multiplicidad de términos que se utilizan en el debate sobre como organizar las responsabilidades en un gobierno democrático moderno en el que la fragmentación del sector público y la delegación de autoridad se han convertido en un problema central, especialmente cuando se trata de dar mayor autonomía a los actores pero, a su vez, asegurar un adecuado control sobre la base de la confianza en los mecanismos de *accountability* como condición central de la delegación legítima de la autoridad.²⁴³

El problema central de su operacionalización en el análisis constitucional deriva de la mala definición de los objetivos relacionados con lograr que los actores públicos se sujeten a la voluntad democrática a través de la legalidad; que las decisiones de la Administración Pública sean justas y racionales; y la debilidad de los mecanismos tradicionales de *accountability* para alcanzar estos objetivos. Por ejemplo, el parlamento,

²⁴² PERUZZOTTI y SMULOVITZ (2002) p. 1.

²⁴³ SCOTT (2000) pp. 39-40.

las cortes, las auditorias y las revisiones internas, gracias al desarrollo del derecho público y a la falta de mecanismos de *accountability* que van más allá de lo tradicional, han quedado cortos frente a los desafíos de la delegación²⁴⁴. Esa es la razón de porque se hace un uso indiscriminado de arreglos basados en el *accountability*, lo que le ha significado mantenerse como un término holográfico, fácil de ver, imposible de alcanzar²⁴⁵ y difícil de conceptualizar.

Al no existir una teoría global que permita una solución universal para la organización de los sistemas de *accountability*, comprender a cabalidad las diferentes relaciones, estructuras y contextos en los que el *accountability* está presente se dificulta. Siendo esa la raíz de su característica multifuncional, multiforme y contingente²⁴⁶, vinculada a la existencia de una relación de *accountability* que tiene una razón y un propósito. Es decir, una función en los diferentes niveles de las relaciones sociales en un sistema institucional, y que se amplía gracias al abanico de estructuras y formas operacionales asociadas con la acción de rendir *account*.²⁴⁷

Por esa razón, quienes han intentado abordar la multiplicidad de formas en la que el *accountability* se presenta, lo han hecho considerando mecanismos basados en características generales derivadas del ámbito de acción²⁴⁸, del contexto organizacional²⁴⁹ y social, de la relación de poder²⁵⁰, de formas de participación, de la estructura del contexto²⁵¹ administrativo en el que aparecen y se los aplica²⁵², mecanismos sociales de *accountability*²⁵³, del origen de la relación de *accountability*, del

²⁴⁴ SCOTT (2000) pp. 39-40.

²⁴⁵ DUBNICK y KAIFENG (2009) pp. 174-184.

²⁴⁶ DUBNICK y KAIFENG (2009) pp. 14.

²⁴⁷ *Ibidem* p. 16.

²⁴⁸ ROMZEK y DUBNICK (1987) p. 228.

²⁴⁹ BEHN (2000) pp. 3-6.

²⁵⁰ SCHEDLER (1999) p. 23; *Cfr.* KEOHANE (2003a) pp. 12-13; NEWELL y BELLOUR (2002) p.28; LINDBERG (2009) p. 5.

²⁵¹ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p.12.

²⁵² ERKKILA (2007) p. 7.

²⁵³ BOVENS et. al. (2010) p. 47.

grado y origen del control²⁵⁴, de la dimensión espacial de la relación²⁵⁵, de los mecanismos utilizados para sancionar a los agentes²⁵⁶ y desde los foros a los que se tiene que informar, explicar y justificar una acción, ésta última relacionada con el concepto de *accountability* como mecanismo.

Si los tipos o formas de *accountability* varían según el contexto administrativo de una democracia, entonces podemos estar frente a instituciones que pueden ser *accountable* en diferentes direcciones, a lo que Mark Bovens ha denominado el problema de los muchos ojos²⁵⁷ o ninguno. Debido a eso, no hay una solución universal para organizar un sistema de *accountability*, por lo tanto, lo que se requiere para tener un mejor sistema de gobierno es identificar y utilizar el mejor tipo de *accountability* dentro de un proceso mecánico y largo²⁵⁸ haciendo uso de los diferentes niveles (individual, colectivo), áreas de interacción social (cultural, instituciones, política, economía), prácticas, procesos, condiciones y mecanismos, pero además la interrelación que entre ellos existe²⁵⁹.

1.2.5.1 Tipologías del *accountability* como mecanismo

Siguiendo con nuestra línea conceptual y para comprender la operacionalización del *accountability* como mecanismo, clasificaremos las formas de *accountability* considerando el tipo de foro al que se tiene que dar explicación, quién debe hacerlo, sobre qué acciones y por qué. En la primera relación la perspectiva del análisis debe responder a la pregunta de ¿a quién se debe informar, explicar y justificar una acción?

²⁵⁴ RADIN y ROMZEK (1996) p. 61.

²⁵⁵ SCHEDLER (1999) pp. 13-27.

²⁵⁶ KEOHANE (2003b) p. 1130.

²⁵⁷ BOVENS (2007a) p. 455.

²⁵⁸ FISHER (2004) p. 497

²⁵⁹ DUBNICK y JUSTICE (2004a) p. 13.

Para responder a esta pregunta, en a primera relación, siguiendo a Bovens, en una democracia pueden existir cuatro²⁶⁰ tipos de fórums con la capacidad de demandar información y aplicar diferentes criterios que permitan determinar si una conducta es o no responsable²⁶¹. En la segunda relación la respuesta deberá considerar quién es el actor o actores que deben presentarse ante el fórum, sobre que deben responder y por qué.

Cuando el fórum es político estamos frente a un *accountability* político. En este tipo de *accountability*, el más importante en una democracia, la relación principal-agente se presente en una cadena de delegación, los votantes delegan su soberanía a sus representantes populares (parlamento), quienes a su vez lo hacen a sus autoridades o gabinetes ministeriales. Subsecuentemente los ministros delegan sus funciones a otros servidores públicos, agencias regulatorias o agencias independientes.²⁶² Su mecanismo opera de manera inversa a esa cadena de delegación. Los funcionarios y las organizaciones públicas son *accountable* ante los ministros de Estado y éstos ante el parlamento, quienes finalmente serán *accountable* ante los ciudadanos al momento de la votación. En esta forma de *accountability* los actores y organizaciones se encuentran expuestos a lo que Bamforth y Leyland²⁶³ llaman censura política y riesgo electoral, y con un costo político que muchas veces puede llegar a ser personal, por ejemplo cuando un ministro debe renunciar.

En países que se caracterizan por tener gabinetes y nombramientos políticos (Chile y Francia) los partidos políticos se constituyen en fórums políticos informales que exigen información y explicación por parte de los actores políticos. Sucede lo mismo con los países en los que la prensa y ciertos grupos de presión han ganado fuerza y se han convertido en fórums informales del *accountability* político.²⁶⁴ Si bien la naturaleza

²⁶⁰ Se pone un límite a los tipos de fórums no porque sean los únicos, por el contrario pueden existir más dependiendo de la estructura institucional, sino porque son los que se consideran relevantes para la investigación.

²⁶¹ BOVENS (2007a) p. 455.

²⁶² Ídem; Cfr. BOVENS et.al. (2014) p.11.

²⁶³ BAMFORTH y LEYLAND (2013) p. 4.

²⁶⁴ BOVENS (2007a) p. 455.

del *accountability* político está determinado en la constitución y en las herramientas institucionales, también en las relaciones entre grupos dentro de una sociedad²⁶⁵.

En cambio cuando estamos frente al *accountability* judicial nos encontramos a las cortes que son el fórum y las encargadas de exigir el cumplimiento del Estado de Derecho (the rule of law) obligando a mostrar una justificación legal que respalde una decisión cuando ésta es enjuiciada y enmendar si ella no cumplió con la norma.²⁶⁶ Es de los tipos de *accountability* menos ambiguos, pues el escrutinio de la acción se realiza sobre la base del cumplimiento de estándares legales claramente determinados por la norma constitucional, civil, penal y administrativa, o en su caso, determinada por la jurisprudencia o el precedente judicial²⁶⁷. Sin embargo, si consideramos que el control del *accountability* debe ser externo, un control a través de normas constitucionales o normas regulatorias no significaría que puede considerarse como una relación de *accountability*, pues ser *accountable* por quebrantar la ley, no implica que no hacerlo sea un acto de *accountability* o peor aun, que la ley por si misma sea un mecanismo de *accountability* en su sentido central. Las leyes que la mayor parte de los servidores públicos cumplen como una práctica normal de sus funciones, son instrumentos de control de su comportamiento, pero no sirven para hacerlos *accountable*.²⁶⁸

¿Qué sucede entonces cuando son auditores, controladores o inspectores los encargados de exigir información y explicación por las acciones? Entonces nos encontramos frente a la tipología de un *accountability* administrativo, cuya característica se encuentra cercana al accionar de las cortes cuando las agencias u organismos independientes no políticos, tales como los ombudsman, o agencias de auditoria y supervisión independientes, encargadas de verificar los gastos financieros y éticos en los que incurren las autoridades y la eficacia y eficiencia de los mismos, exigen información

²⁶⁵ CHABAL (1996) en MONCRIEFFE (1998) p. 393; *Cfr.* CAPPELLETI (1983) p. 31.

²⁶⁶ BAMFORTH, y LEYLAND (2013) p. 5.

²⁶⁷ BOVENS, (2007a) p. 456; *Cfr.* CAPPELLETI (1983) pp. 36-54.

²⁶⁸ MULGAN (2000) pp. 563-564. Para Mauro Cappelletti en este *accountability* social o público como lo llama, el *account* es dado a un grupo social determinado o al público en general. (1983) pp. 25-33.

y explicación de esos actos.²⁶⁹ Su labor radica en el escrutinio administrativo y financiero de las instituciones públicas sobre la base de normas y estándares previamente determinados.

Pues bien, de todas tipologías señaladas, la última se presenta como una reacción a la desconfianza que las sociedades sienten respecto de quienes las gobiernan. En este *accountability* social las deficiencias de los mecanismos tradicionales de *accountability* tales como la separación de poderes, las elecciones y un efectivo sistema de *checks and balance* entre ellos, han creado la necesidad de acercar la relación existente entre organizaciones o agencias y la sociedad civil. Asociaciones civiles, movimientos sociales, la prensa, asociaciones de clientes, entre otros grupos no gubernamentales, exigen de parte de quienes tienen poder, información y explicación por sus acciones y lo hacen a través de los reportes y los paneles públicos o activando instrumentos legales respaldados por movimientos sociales y la exposición mediática.²⁷⁰

En esta tipología responder quien es el actor o actores obligados a presentarse ante el fórum, es complicado, principalmente cuando se trata de una organización o institución pública, en la que la aprobación de una política pública, de un decreto o una decisión en su proceso que pasa por varias manos²⁷¹. Entonces ¿quién debe ser *accountable* por ellas? Cuatro son las estrategias con las cuales los fóruns pueden solucionar el problema de las varias manos, primero centrarse en la organización y luego en los individuos²⁷². Cuando es la organización, el actor está obligado a explicar, estamos frente a lo que Bovens considera como un *accountability* corporativo. Dentro de las características principales de esa denominación están la independencia legal de la organización, el que opere como un actor unitario y que el sistema legal acepte la responsabilidad corporativa en materia civil, administrativa y penal. De esta forma el

²⁶⁹ POLLIT y SUMMA (1997) p. 313.

²⁷⁰ SMULOVITZ y PERUZZOTTI (2003) pp. 307-314.

²⁷¹ THOMPSON (1980) p. 905.

²⁷² BOVENS (2007a) p. 458.

fórum evita el tener que identificar y verificar a un actor específico y responsable dentro de la organización.²⁷³

Cuando se trata de individuos, entonces tenemos el *accountability* jerárquico, colectivo e individual, el individuo es quien deberá responder ante el fórum. Y dentro de estos individuos están aquellos que cumplen funciones jerárquicas, aquellos funcionarios que se encuentran a la cabeza de una organización y que son quienes asumen completamente la responsabilidad y la culpa, como los ministros de estado y directores principalmente cuando el sistema se basa en la responsabilidad ministerial. En este *accountability* jerárquico uno es quien responde por todos; en el colectivo serán todos los que respondan por uno. Es el fórum el que decidirá quien será el elegido para enfrentar en proceso de informar, explicar y justificar la acción. La decisión será dependiente de la idoneidad moral, de la práctica legal y la relación proporcional entre el acto y el castigo.²⁷⁴

Ahora cuando se trata de un *accountability* individual, cada individuo es proporcionalmente *accountable* sobre la base de su contribución personal al acto y no por su posición. Los funcionarios públicos no podrían esconderse detrás de su organización o de un funcionario jerárquicamente superior, ni quienes están a cargo tendrán que hacerse responsables por todos.²⁷⁵

En estas diferentes formas de operacionalización del *accountability*, el actor se encuentra obligado a responder ante el fórum por su conducta, pero sobre ¿qué aspectos de esa conducta deben dar su explicación? Ello dependerá de la tipología de fórum, del proceso y del resultado. Por ejemplo, si el fórum es legal, será la legalidad de la conducta el aspecto relevante en el *accountability*, si el *accountability* es profesional, el profesionalismo del actor se convierte en el factor relevante y así sucederá con cada una

²⁷³ BOVENS (2007a) p. 458.

²⁷⁴ Ídem.

²⁷⁵ BOVENS (2007a) p. 459.

de las relaciones.²⁷⁶ Ahora ¿por qué un actor está obligado a informar y explicar una acción? En este caso su explicación dependerá de la naturaleza de la obligación que encierra, una obligación y una voluntad. La obligación, fuerza al individuo a explicar y justificar su acción, porque el fórum ejerce y tiene poder sobre él (*accountability* vertical) por una relación jerárquica (Ministro-funcionario, Parlamento-Ministro), la ley o la norma regulatoria.

Tratándose de relaciones de verticalidad u horizontalidad, el *accountability*, se encuentra, en la relación vertical de la sociedad civil y su interacción no electoral con las instituciones de poder y que se activa a demanda considerando temas que muchas veces son ignorados por quienes la representan y sin la necesidad de cumplir con los requisitos de mayoría o constitucionales. Este *accountability* externo está referido a la vigilancia que realiza la sociedad civil, grupos y prensa independiente, y al uso de mecanismos informales de presión, que si bien no derivan de la ley en su informalidad han mostrado ser más eficientes en la delimitación y control del poder.²⁷⁷

Opuesto a esa descripción de *accountability* horizontal, está la relación de verticalidad, en la que las relaciones nacen dentro de un Estado, donde los servidores públicos están sujetos al *accountability* de sus pares, de quienes administran las instituciones públicas, y todos al de un ministro. Este *accountability* se encuentra ligado al *accountability* político e institucional en un estado.

Ambas tanto la relación de verticalidad u horizontalidad del *accountability* depende de la categorización de la naturaleza de la relación jerárquica–vertical o interna-horizontal. Por ejemplo, podríamos clasificar la relación que tienen las cortes de justicia chilena con la Corte Suprema, por el fórum, se tratará como un *accountability* legal; por la jerarquía, el presidente de una corte actúa en representación de la Corte, estamos ante un *accountability* jerárquico (El Código Orgánico de Tribunales en su artículo 90° numeral 10.- “Los presidentes de las cortes de apelación darán cuenta al Presidente de

²⁷⁶ BOVENS (2007a) p. 460.

²⁷⁷ SMULOVIZ y PERUZZOTTI (2002) p. 2

la Corte Suprema de las causas en las que no se haya dictado sentencia...”). Y respecto de la naturaleza de la conducta estaríamos frente a un *accountability* por producto por la naturaleza de sus características horizontales.

1.2.5.2. Sinónimos del *accountability*: La aclaración necesaria

La ambigüedad que encierra el concepto de democracia tiene como resultado una serie de procedimientos abstractos, y entre ellos la noción de que una administración eficiente y efectiva requiere que sus funcionarios electos sean *accountable* y respondan por sus actos a la sociedad que los eligió (*accountability* político). Sin embargo, mantener esa idea no ha sido fácil no solo por la diversidad de perspectivas y tipologías relacionales, sino también porque el *accountability* como concepto entra en tensión con otros conceptos como resultado de su traducción al idioma español. Entre ellos, se encuentra la transparencia²⁷⁸, la responsabilidad y control, que en muchos casos han sido utilizados como sinónimo de *accountability*, cuando en realidad pueden ser, y usando la analogía que Christopher Hood hace cuando analiza la relación transparencia-*accountability*, “gemelos siameses, partes que se complementan, o parejas disparejas”²⁷⁹, pero no sinónimos.

Cuando analizamos el *accountability* político surge la figura de la transparencia, entendida como la conducta que hace que la toma de decisiones, las normas, las reglas y otra información se hagan visibles desde afuera,²⁸⁰ lo que no significa, desde nuestro concepto, ser *accountable*. Pues una organización o individuo, puede ser serlo sin, necesariamente, ser transparente²⁸¹. En ese entendido, la transparencia es un elemento

²⁷⁸ MONCRIEFFE (1998) p. 391.

²⁷⁹ HOOD (2010) p. 989, específicamente se refiere con el uso de este término a la relación entre *accountability* y transparencia, pero lo usa para describir la cercanía del *accountability* con los demás conceptos señalados.

²⁸⁰ Ídem.

²⁸¹ El acceso abierto a información (transparencia total) puede estar limitado principalmente cuando se trata de temas de seguridad o de servicios de inteligencia. Sucede lo mismo cuando la información está disponible después del evento directores y ejecutivos pueden ser *accountable* sin ser totalmente transparentes. HOOD (2010) p. 991.

necesario para generar²⁸² el *accountability* pero eso no la convierte en un fórum que pide información, explicación y/o justificación por una acción.²⁸³

Lo que hace la transparencia, es permitir que los ciudadanos estén mejor informados sobre las actividades de gobierno contribuyendo a que éste sea *accountable*, pero lejos es insuficiente para producir *accountability*²⁸⁴. Coadyuva de manera indirecta en la reducción de errores del gobierno que pueden pasar inadvertidos y en la transparencia de los objetivos específicos, para evitar confusiones y lagunas dentro de un gobierno.²⁸⁵

El *accountability* también puede distinguirse de dos de los conceptos más cercanos: La responsabilidad y la responsabilidad. Al igual que la transparencia, la responsabilidad es una figura complementaria al *accountability*, pues está referida a los actos internos, a la discreción, al poder e independencia de un gobierno que se encuentra constreñido por la ley, las normas y las reglas y a las que se le debe fidelidad, mientras que el *accountability*, pone límite y encadena la discreción y exige el cumplimiento con la autoridad, la responsabilidad libera a la discreción y le da independencia y poder al gobierno. Una maximiza el buen gobierno y la otra minimizará su mal accionar.²⁸⁶

La responsabilidad también toma la forma de estándares formales e informales de conducta, sobre los cuales funcionarios o agentes serán evaluados, por cada esfuerzo, por la aplicación de controles externos de *accountability*, hay una protección interna de los controles de la responsabilidad. Y volviendo al debate entre Finer y Friedrich, ya comentado en párrafos anteriores, podemos también establecer los límites entre *accountability* y responsabilidad. El primero capturaré los detalles y sutilezas externas

²⁸² FOX (2007) p. 663; *Cfr.* BOVENS (2007b) p. 107.

²⁸³ BOVENS (2007a) p. 453.

²⁸⁴ FOX (2007) p. 665; *Cfr.* KOPPELL (2005) p. 96.

²⁸⁵ HOOD (2010) p. 992.

²⁸⁶ UHR (1993) p. 4.

del procedimiento de las decisiones de política y el segundo ve la realidad sustantiva de la mismas.²⁸⁷ No se puede ser accountable por lo que se es responsable.

Otra de las figuras cercanas al *accountability* está el control de la toma de decisiones. Para algunos autores, estos dos conceptos son equiparables y adoptan una definición de control del *accountability*-“*Un agente es accountable si el principal puede ejercer control sobre él*”²⁸⁸-. Para otros el primero solo se constituye en una forma de control pero no en un mecanismo de *accountability per se*. La explicación de esta diferencia radica en que el control está relacionado con mecanismos anteriores y posteriores de la toma de decisiones y formulación de políticas, tales como las restricciones constitucionales, ordenes directas, incentivos financieros y regulaciones legales, pero ninguno se constituye en un mecanismo de *accountability* que siga un procedimiento hasta lograr que el actor o funcionario de una explicación y justificación ante un fórum.

En ese entendido el *accountability* sería una forma de control, un mecanismo vital para lograr el control posterior y escrutinio externo²⁸⁹ de las decisiones; en cambio el control entendido en su forma más amplia es la idea de lograr que las instituciones públicas hagan lo que el pueblo y sus representantes quieren que se haga, lo que no significa que todas las formas de control utilizadas para lograrlo, como las restricciones que impone la ley sobre la libertad de acción y que mantiene a los servidores públicos bajo control, sean *accountability* o sirva para hacerlos *accountable*.²⁹⁰

Siguiendo con la diferenciación entre ambos términos, en el proceso de la formulación de políticas, el *accountability* es parte en las etapas de evaluación y de corrección. El control se encarga de las etapas anteriores, es decir, las referidas a los momentos de definición y análisis. Para Mulgan el *accountability* en su idea central se

²⁸⁷ UHR (1993) p.pp. 4-14.

²⁸⁸ LUPA, A. en BOVENS (2007a) p. 453.

²⁸⁹ MULGAN (2000) p. 563.

²⁹⁰ Ídem.

mantiene como un mecanismo de control externo, y desde esa perspectiva considera que pocas son las instituciones que pueden ser consideradas instituciones de *accountability*, cita algunas como el ombudsman y los tribunales administrativos, cuya principal función es llamar a los funcionarios públicos a *account*, el resto de las agencias burocráticas consideran el *accountability* pero también están estructuradas para el desarrollo e implementación de políticas, por lo tanto, dice- su estructura principal no es la de agencias de *accountability*-. Lo mismo sucede con otras instituciones que pueden adoptar el rol del *accountability* como el legislativo que tiene otros roles entre los cuales está el de hacer públicamente *accountable* al ejecutivo. O con el sistema legal, el que entre sus varias funciones tiene el ser un fórum de *accountability*, pero también es parte de su rol defender la constitución y limitar el poder en el gobierno.²⁹¹ Es en estos otros roles en los que el *accountability* les permite alcanzar sus objetivos de control.

Entonces el *accountability* se convierte en un medio para lograr el control y la distinción se hace evidente en el momento en el que el *accountability* es un medio o conjunto de medios para imponer control a través de la exigencia de explicaciones y la imposición de sanciones.

La expansión del concepto de *accountability* a aspectos internos relacionados con responsabilidad o la confusión que puede darse entre ella y el concepto de control cuando se la aplica a instituciones que controlan el comportamiento de las agencias públicas en lugar de llamarlas a *account*, debilitan la importancia que tiene el escrutinio externo del *accountability*, para evitarlo, se hace necesario, mantener su restricción conceptual y evitar el uso de sinónimos conceptuales. Siguiendo esa idea mantendremos su su conceptualización restringida y lo utilizaremos como como un mecanismo.

²⁹¹ MULGAN (2000) pp. 563-566.

1.3 Cómo opera el *accountability* como mecanismo en el balance entre la independencia y el control

Hemos definido al *accountability* como un mecanismo que entraña una relación entre dos actores, en la que uno se encuentra en la obligación de explicar y justificar una acción, y el otro, el fórum consensuado, que puede plantear interrogantes, y es a partir de esta conceptualización que el *accountability* para su operacionalización es clasificado, según la distribución espacial de los actores en este proceso respecto de la base de su obligación, en vertical (formas más tradicionales) y horizontal en el que fórum (auditorías, ministerios, cortes) no es jerárquicamente superior al actor (organización, individuo)²⁹².

Dentro de esta relación vertical y horizontal, la necesidad de alcanzar un cierto grado de equilibrio entre la decisión y la protección fue siempre evidente para quienes tuvieron que enfrentar el desafío de crear una unidad política (Constitución) basada en el consentimiento de sus miembros. Cuando tocó diseñar la Constitución Norteamericana por ejemplo, se propusieron soluciones parciales para abordar esa contradicción. James Madison en El Federalista²⁹³ mientras intentaba la creación de una constitución, su preocupación se hacía evidente cuando pensaba en cómo establecer límites al poder que por su naturaleza es invasivo y transgresor.

Lo mismo pensó Hamilton²⁹⁴, cuando definió lo que se entendería como buen gobierno, y caracterizó al ejecutivo como energético y afirmativo. La preocupación de

²⁹² BOVENS (2010) p. 951. Autores como Guillermo O'Donnell hacen la misma clasificación pero desde la ausencia del *accountability* horizontal en algunos países a los que denomina Poliarquías. En los que existen agencias estatales con la autoridad de iniciar acciones que puede ir desde un control rutinario hasta un impeachment. Pero que para hacer efectivo su control deben funcionar como redes de apoyo, incluido el judicial. Respecto del *accountability* vertical dice que éste se evidencia a través del castigo o premio que hacen los ciudadanos en las votaciones y por el acceso a la información y libertad de asociación. (1997) pp. 9-30.

²⁹³ MADISON (1788) p. 240. El Federalista N° 48, (Traducción propia).

²⁹⁴ HAMILTON (1788) p. 343. El Federalista N° 70. (Traducción propia).

ambos se convirtió en las características de las constituciones democráticas, algunas con tendencia mayor hacia a la efectividad decisoría y otras al control.

Esta desconfianza del poder y su tendencia a transgredir los límites impuestos, es antigua en su concepción al igual que la necesidad de control. Son varios los intentos de controles institucionales, todos dirigidos a dividir y a balancear el poder en un estado. Montesquieu y su división de poderes y su sistema de check and balance entre ellos y el propio Madison quien consideró que no era suficiente la división de poderes propugnada por Montesquieu, si éstos no tenían jurisdicción sobre algunas de las atribuciones de los otros. Esto no significa que con estos controles, los poderes no puedan confabular entre si para arrasar con los derechos de los ciudadanos, muestras de ello, se encuentra en la historia democrática de algunos países Latinoamericanos.²⁹⁵

Mantener los derechos de los ciudadanos y a su vez controlar el accionar de los poderes requiere no solo de un marco constitucional, sino de un sistema de normas legales y de instituciones legalmente autorizadas, para que las relaciones que se generen estén basadas en la idea de que hay límites definidos que no se deben transgredir.

Sin embargo, y a pesar del marco legal, sucede que algunas agencias estatales sobrepasan los límites propios y la de las otras agencias, y eso nos coloca frente *accountability* horizontal ya mencionado. Su *accountability* será ejercido por uno de los tres poderes, ejecutivo, legislativo o judicial, que son los que tienen la autoridad legal y están fácticamente dispuestos a emprender acciones que pueden ir desde el control rutinario hasta las sanciones legales o incluso *impeachment* en relación con los actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden ser calificados como ilícitos y a los que las constituciones han tratado de balancear²⁹⁶.

Este intento de balance constitucional, en su operacionalización se ve limitado por: 1) la reacción dramática de los poderes, sobre todo cuando, como el legislativo y el

²⁹⁵ O'DONNELL (2001) pp. 14-16.

²⁹⁶ *Ibidem.* pp. 18-19.

ejecutivo se comparte legitimidad electoral; 2) su reacción intermitente y continua frente a las transgresiones; 3) porque a menudo a los actores en el conflicto se los percibe motivados por razones e intereses partidarios, lo que agrava más la relación. Y se agrava porque estos poderes no cumplen con las características de institución de *accountability* que debe poseer desde su independencia entendida como la suficiente distancia de la agencia sujeta a *accountability* y suficiente grado de impacto en sus recomendaciones. Si es posible ignorarlas entonces no es poseedora de un *accountability* efectivo²⁹⁷; 4) y porque estas instituciones no tienen la capacidad de controlar la complejidad de la nueva administración del estado y la complejidad de agencias estatales y sus políticas.

Esta dificultad creciente en las nuevas formas de administración estatal incentivó a la creación de agencias con *accountability* horizontal asignado, ombudsman, contralores, fiscalías, contralorías, superintendencias creados no con la idea inicial de balance de poder, sino con el objetivo específico de supervisar, prevenir, promover y sancionar las transgresiones y la corrupción. Pues para que el sistema de *accountability* funcione, no solo importa el marco normativo, sino que la agencia esté dispuesta a actuar, pero que además exista una red de agencias de apoyo que culminen en los tribunales superiores. Ya en esta última instancia es importante que estén interesados en actuar y acatar el mecanismo de *accountability* horizontal.²⁹⁸

En cuanto al *accountability* en su operación vertical, antes se encontraba limitado al mecanismo electoral, a través del cual los ciudadanos pueden premiar o castigar a quienes los gobiernan. Este mecanismo en las poliarquías latinoamericanas, no funciona eficientemente debido a las condiciones que prevalecen en estos países, (partidos poco estructurados, volatilidad de votantes y partidos y malas definiciones de agenda pública). Estas características son la razón por la cual la operación efectiva de este *accountability* tiende a disminuir.²⁹⁹ Para James Fearon, principal crítico de este mecanismo, es erróneo asumir que las elecciones son un mecanismo de sanción y en esa medida de control a la

²⁹⁷ ELLIOT (2013) p. 235.

²⁹⁸ O'DONNELL (2001) p. 19.

²⁹⁹ O'DONNELL (1998) p. 29.

clase gobernante, pues los electores no votan para castigar, sino para seleccionar entre varias opciones o tipos de políticos³⁰⁰.

De igual manera Adam Przeworski, Susan Stokes y Bernard Manin, señalan que no es un mecanismo suficiente para asegurar que los gobiernos harán lo mejor para maximizar el bienestar de los ciudadanos cuando los gobiernos toman muchas decisiones y la ciudadanía tiene solo ese mecanismo de control y que por ello no es posible “*controlar mil objetivos con un solo instrumento*”.³⁰¹ Ante tal deficiencia de control, surge un mecanismo vertical no electoral en el que la sociedad es la encargada de exponer los errores gubernamentales y activar el *accountability* horizontal.

¿Cómo lograr entonces que el *accountability* como mecanismo opere sin afectar el balance constitucional entre las agencias del Estado? A través de las interrelaciones entre las dos dimensiones del *accountability* se puede lograr una mejora en su operacionalización. Una sociedad alerta y bien organizada y medios que no se inhiben de señalar casos de transgresión serán quienes alerten, apoyen a las batallas que las agencias de *accountability* horizontal tienen que enfrentar y a su vez la disposición de estas agencias de hacerlo puede alentar el emprendimiento de la sociedad a través del *accountability* vertical,³⁰² por lo tanto, en su balance resulta fundamental considerar el accionar de la sociedad, y de quienes estén dispuestos a alertar y no dejar que las transgresiones se mantengan.

Después de analizar el *accountability* desde su origen y definición como palabra se mantiene como un término ambiguo, poco claro y difuso, pero que hoy por hoy ha trascendido las fronteras de la ciencia política para situarse interrelacionada en diferentes contextos. Como concepto se puede concluir primero que es efectivamente, y como lo dijeron algunos autores, un concepto de oro³⁰³ con el que nadie está en

³⁰⁰ FEARON (1999) pp. 56-58.

³⁰¹ MANIN et.al. (1999) p. 50 Traducción propia.

³⁰² O'DONNELL (2001) p. 23

³⁰³ BOVENS et. al. (2008) p. 225.

desacuerdo, pero que sin embargo, es un concepto esquivo, porque puede significar diferentes cosas para diferentes personas. Y esas variadas perspectivas dificulta su comprensión exacta.

El aporte hecho por Mark Bovens en su afán por aclarar las diversas miradas del *accountability*, nos deja con dos figuras importantes, el *accountability* como virtud y el *accountability* como mecanismo. En el primero su centro de atención descansa en el comportamiento actual y activo de un agente público y el cumplimiento de estándares, se convierte en un concepto amplio por la variedad de estándares que pueden haber como tipos de organizaciones.

Como mecanismo abarca una pluralidad de relaciones entre una gran variedad de actores y fóruns, pero no se aleja de la idea de que estamos frente a una relación entre un actor y un fórum en la que el primero explica y justifica una acción o desempeño, explicación que puede dar lugar a un debate y cuestionamiento por parte del fórum, el que finalmente luego de evaluarla juzgará al actor. Como resultado de esta evaluación no necesariamente serán sanciones a las que tenga que enfrentar el actor o agente sino, a consecuencias que pueden variar desde sanciones legales, pasando por renunciaciones incluso hasta tener que enfrentar a la sociedad en lo que se ha denominado *accountability* social.

Esta definición da pie a diferentes relaciones, y si a ello, le añadimos su ambigüedad, falta de claridad, y su extensión a diversas áreas, el *accountability* como mecanismo se convierte en un concepto multifuncional y con características sinonímicas que lo hace parecer sin ser, a la transparencia, responsabilidad, control, entre otros.

No hay una mirada universal para solucionar todo lo señalado sobre el *accountability*, para su operacionalización como mecanismo es importante considerar que es un término utilizado en un contexto muy amplio, para evitar ambigüedades en el análisis constitucional que se pretende hacer. Por lo tanto, es importante mantener la restricción de la idea central del concepto y entenderlo como una relación social o un mecanismo que involucra la obligación de explicar y justificar una conducta. Relación

entre un actor y un fórum, en la que el primero informa, explica y justifica una acción y el segundo cuestiona, y se corresponde, juzga y sanciona pero una sanción entendida como una consecuencia. Pero también lo es, mantener esta restricción, no en su aplicación a la ciencia política, sino al Derecho Constitucional, y a la relación horizontal y vertical de la Corte Suprema chilena (*accountability* judicial) considerando además que con él tocaremos uno de los principios más celosamente resguardados, cual es la independencia judicial pero además veremos su impacto en el poder de decisión de los jueces.

CAPITULO II

ACCOUNTABILITY E INDEPENDENCIA JUDICIAL

2. Su impacto en el poder de decisión del juez

Ser juez no es fácil, hacer justicia tampoco lo es, los jueces día a día deben enfrentarse y resolver problemas muchas veces poco placenteros. Pues la realidad de hoy nos muestra una sociedad polarizada por la insatisfacción y falta de confianza en los jueces y sus decisiones percibidas como erróneas, principalmente aquellas relacionadas con *casos difíciles*, o sea casos caracterizados por la resonancia política y/o social y por la controversia generada en su entorno.

Vivimos en una era en la que los jueces y el Poder Judicial han expandido su accionar, a través de la revisión judicial a áreas que antes se consideraban reservadas a los poderes legislativo, ejecutivo y a la política en general. El judicial cree tener la responsabilidad de hacer leyes y políticas públicas,³⁰⁴ proceso que puede estar influido por su ideología que hace coincidir con el argumento de su decisión.

Ha quedado atrás la idea de la auto restricción³⁰⁵ de las cortes en la que se excluían ciertas áreas del gobierno del escrutinio judicial y en las que quedaba distanciado de la controversia política, aislado del escrutinio público y con un estatus y respeto elevados³⁰⁶. Este nuevo rol ha transformado a los jueces en reformadores sociales y agentes de cambio, lo que no les permite, en casos determinados, ser monumentos a la imparcialidad y bajo el efecto de las mismas pasiones, miserias e incentivos que el resto de los individuos resolver controversias basándose en sus propias

³⁰⁴ MALLESON (1999) pp. 135,174 y 246.

³⁰⁵ Definida por el Diccionario Black's Law como la filosofía sobre la decisión judicial por medio de la cual los jueces se abstienen de incluir sus creencias personales sobre el bien común y en cambio tratan de interpretar el Derecho de acuerdo a lo establecido en la legislación y en los precedentes judiciales. p.382

³⁰⁶ MALLESON (1999) p. 66.

creencias, preferencias políticas o de política religiosa o cultural más que en la norma legal o en los elementos de interpretación auxiliares a ella.³⁰⁷

Los jueces son percibidos haciendo políticas constitucionales cuando se los llama a interpretar la Constitución. Entonces la sociedad termina no pudiendo hacer una distinción entre jueces y legisladores³⁰⁸, el pueblo parece desencantando de ellos y de la administración de justicia en general, el respeto y reverencia de la que antes gozaban³⁰⁹ ha desaparecido.

Entonces podríamos decir que las cortes y los jueces parecen estar bajo ataque, y ese ataque se ha centrado en lograr que sean percibidos como parte de la política ordinaria, como agentes políticos³¹⁰, poniendo al judicial y su independencia bajo presión e intensificado los llamados a hacerlos *accountable*. Pero *accountables* ¿por qué?, ¿ante quién? y ¿cómo lograr que los jueces respondan por sus decisiones?, cuando hacerlo significa tocar uno de los principios más celosamente resguardados, como es la independencia judicial en su concepción relacionada con otros actores. Entonces estamos frente a la idea de ¿quién? o de ¿qué?, son independientes.

El debate sobre el tema ha proliferado, se ha dicho que la independencia judicial y el *accountability* son dos cara de la misma moneda³¹¹ que son complementarios y aliados, que un judicial sin independencia es débil y un judicial sin *accountability* es peligroso.³¹² Se sostiene también que son incompatibles, y contrapuestos porque enfatizan aspectos opuestos del rol judicial³¹³, que no son un fin en si mismo, sino un medio para alcanzar un fin o fines como la promoción del imperio de la ley, la

³⁰⁷ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p.10.

³⁰⁸ GARDNER (2008) p. 1265.

³⁰⁹ CARPENTER (2006) p. 383. Los jueces deberían partir liderando y sirviendo de manera que puedan recuperar la confianza y el respeto que alguna vez tuvieron.

³¹⁰ FEREJOHN (1998) p.7; *Cfr.* GARDNER (2007) p. 22, señala que es un ataque virulento y que debido a ello se ha deteriorado la confianza del público en las cortes; GRIFFITH (1998) p. 3; MARSHALL (2006) p. 937; BURBANK (1999) p. 316.

³¹¹ BURBANK (2003) p. 325; *Cfr.* DASGUPTA y AGARWAL (2009) p. 785.

³¹² *Ídem.*; *Cfr.* *Ibidem.* p. 780.

³¹³ HANDBERG (1994) p. 129; *Cfr.* Sandra Day O'Connor, sostiene que el *accountability* debería resguardar la independencia judicial no amenazarla. (2008) pp. 1 y 4.

responsabilidad institucional y la confianza pública, que van más allá de su propio valor³¹⁴.

Parte del problema nace porque ambos términos están relacionados y se sobreponen en muchos aspectos. La disminución de la independencia judicial puede significar la disminución de la confianza pública, el llamado a hacer *accountable* a los jueces y a las cortes puede tener como resultado una disminución en la independencia judicial y la consiguiente disminución de la confianza en el judicial y sus decisiones.³¹⁵

Si la confianza del público en el sistema judicial, principalmente en la habilidad del o los jueces de cumplir con su función constitucional de proteger, cumplir la ley y decidir imparcialmente dejando de lado sus propios intereses, se un elemento importante de una democracia constitucional, también lo es la percepción que el público tiene sobre el alcance de esos objetivos.³¹⁶ Los gobiernos y los miembros del judicial deberían nutrir ambas (la independencia y el *accountability*), pero deberían hacerlo, considerando el contexto social y la cultura judicial del sistema de justicia en los que se desarrollan, lo que señalamos párrafos anteriores, deben considerar a la sociedad dispuesta a no aceptar las transgresiones. Y deben hacerlo porque las demandas por ambas varían enormemente de país a país dadas las diferentes formas que tiene el judicial de internalizar la administración de justicia, y que termina siendo más importante que las normas formales de su operación³¹⁷.

Considerando todo lo señalado, cuando hablamos de *accountability* judicial estamos también frente a un principio celosamente resguardado como es la independencia judicial. Entonces resulta fundamental hacer el análisis estos principios desde las diferentes concepciones que se tienen de ambas y el control que ejercen sobre

³¹⁴ BURBANK (2003) p. 326.

³¹⁵ CARPENTER (2006) p. 362.

³¹⁶ *Ibidem.* pp. 371-372.

³¹⁷ PIMENTEL (2009) p. 4; *Cfr.* PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 6.

la conducta judicial. El análisis considerará principalmente más no exclusivamente, la mira de ambas frente a las decisiones judiciales.

Mantendremos sin embargo, la noción del *accountability* como mecanismo social (relación actor-fórum) y veremos la dificultad que representa su aplicación práctica en el ámbito judicial sobre todo si consideramos los valores arraigados en la cultura legal de un sistema judicial, que muchas veces, resulta siendo más importante que las reglas formales en el funcionamiento de la justicia³¹⁸ y que además hace que lo que funciona para unos puede no hacerlo para otros o lo que funciona en un lugar puede no hacerlo en otro, eso significa que trataremos de evitar las generalizaciones.³¹⁹

2.1 *Accountability* judicial – Una visión diferente

Hay consenso en señalar que nadie quiere jueces que no cumplan la ley o que no respondan por sus malas conductas, prejuicios o conductas indignas³²⁰. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando son las decisiones judiciales las que se encuentra bajo el escrutinio público. Y es ahí cuando el concepto de *accountability* pierde su sentido original cuando se incluye a las cortes y a los jueces. Contini y Mohr, sugieren recordar la definición conceptual dada por Simon et. al. hace cincuenta (50) años, para entender al *accountability* como una combinación de métodos y procedimientos que determinan valores como la legalidad, igualdad, independencia e imparcialidad, que deben reflejarse en las decisiones de la administración.³²¹

Entender así el *accountability* de los jueces, significa considerar dos aspectos importantes: primero que el *accountability*, por un lado, puede estar caracterizado por los valores e intereses de quienes tienen legítimo interés y expectativas en la organización y sus acciones; y segundo como un mecanismo que puede determinar si los miembros de dicha organización cumplen con esos valores e intereses en sus acciones y

³¹⁸ PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 6; *Cfr.*: PIMIENTEL (2009) p. 4.

³¹⁹ GARDNER (2006a) p. 914.

³²⁰ PIMIENTEL (2009) p.12; *Cfr.*: LUBET (1998) p. 62.

³²¹ CONTINI y MOHR (2007) p. 30.

en la toma de sus decisiones. Así el *accountability* permitiría al proceso democrático, establecer el respeto a esos valores, ya sea de eficiencia o independencia, de eficacia en el logro de objetivos, o de imparcialidad en el trato a los ciudadanos.

Pero ese sentido original se amplía cuando tratamos el concepto de *accountability* como virtud y como mecanismo, pues al primero lo entenderemos desde un sentido amplio como una cualidad positiva de una organización y sus funcionarios, un deseo de actuar de manera transparente justa y equitativa. Desde esa perspectiva, su aplicación se dificulta toda vez que no es posible contar con estándares únicos que permitan medir ese comportamiento, principalmente porque dependerá del rol que cada institución tenga, del contexto y la perspectiva política.³²²

Sin embargo, el *accountability* como mecanismo, que en definitiva es el que presenta un reto en su aplicación cuando se trata del ámbito judicial, encierra una relación social, una obligación de explicar y justificar una conducta. Lo que implica una relación entre un actor y un fórum. El primero deberá explicar y justificar una conducta y aceptar las consecuencias derivada de ella, y el segundo aceptarlas o no y en su defecto juzgarlas.³²³

Esta noción pasiva³²⁴ del *accountability* en el ámbito judicial se encuentra con actores individuales como los jueces o funcionarios judiciales, y grupales como el sistema judicial en su conjunto. El fórum podría estar constituido por grupos con intereses legítimos (*accountability* social), grupos profesionales conformados por abogados, jueces (*accountability* profesional), por representantes políticos (*accountability* político) y el *accountability* legal o *accountability* judicial cuando son

³²² BOVENS (2010) p. 949.

³²³ Se señaló en Supra nota de pie N° 219 que hay un debate sobre la imposición de una sanción y si la sanción constituye un elemento del *accountability* como mecanismo. Nos adherimos a la necesidad de que exista un tipo consecuencia (sanción).

³²⁴ Relación agente-principal. El fórum el principal y el agente el actor.

las Cortes (fóruns) las llamadas a evaluar el accionar de privados, de los otros poderes (legislativo y ejecutivo) y la decisión de primera instancia de las cortes (apelación³²⁵)³²⁶.

En esta relación jueces y fóruns, hay tres elementos que debemos considerar: una obligación, el actor debe estar obligado a informar al fórum sobre su conducta, una posibilidad, el fórum debe poder interrogar y cuestionar al actor la pertinencia y legitimidad de esa conducta y una aptitud, la de juzgar. Sin embargo, dentro de esta trilogía relacional, se ha descuidado considerar como elementos determinantes de su aplicación, el rol específico de los jueces y la tradición legal sobre la que se desenvuelven, es decir, el sentido propio del juez respecto de la independencia y el sentimiento interno de *accountability*³²⁷, concluyentes ambos del ejercicio judicial dentro del margen de lo que una cultura legal considera como apropiado.

Si bien el concepto de *accountability* es visto como parte de una relación de mando y control, al considerar dentro de su análisis los dos elementos antes señalados como parte del mismo, la noción del *accountability* judicial se vuelve más fluida pues incluye dos aspectos que explican y justifican su uso práctico, sobre todo si consideramos lo que el realismo legal nos enseña cuando se trata de las decisiones, principalmente, de la Corte Suprema en las que la política y la ley convergen sin poderse aclarar, o es su ideología la que influye en lo que se debe entender por la ley o cuando es el juez el que intencionalmente la deshecha al servicio de su ideología política³²⁸ y aun así, su imperialismo sigue sin ser abatido³²⁹.

En esta redefinición, el *accountability* no solo implicará una tercera autoridad disciplinaria encargada de la revisión institucional a los abusos del judicial ante quien

³²⁵ Es importante aclarar que el mecanismo de apelación hace seguimiento del procedimiento y permite la revisión de la aplicación de la ley para verificar la legalidad del caso. Este mecanismo da garantías de transparencia de la conducción del caso no representa en strictu sensu un mecanismo de *accountability*. CONTINI y MOHR (2007) p. 30.

³²⁶ *Ibidem*. pp. 31-32.

³²⁷ La perspectiva y los valores propios de un juez juegan un rol importante en la decisión aun cuando el juez se apegue a la ley. PIMENTEL (2009) p.19; *Cf.*: STORME, Marcel (2015) p. 67.

³²⁸ GARDNER (2006a) p. 933.

³²⁹ MOLLARD (2004) p. 340.

será *accountable*³³⁰, sino también de las bases morales y principios éticos a los que un juez se adhiere, no solo porque hay un régimen disciplinario o un castigo sino porque es lo correcto y porque la cultura legal en la que se desenvuelven aprecia y valora su integridad³³¹ traducida en su independencia decisional.

El reconocer que tanto el *accountability* como la independencia son complementarias y que el rol judicial y la cultura legal son determinantes, nos lleva a asegurar que el grado de *accountability* judicial que se quiera alcanzar depende de la medida de independencia judicial con costumbres y normas que hay en el sistema judicial. En ese entendido para poder saber el grado de independencia judicial que tienen los jueces o que pueden tener, el enfoque debe hacerse considerando el significado relacional³³² del concepto, en sentido de cómo se entiende su independencia y la protección al judicial.

En ese nuevo sentido del concepto de *accountability* en un sentido relacional, tres son los escenarios en los que se debatirá esta nueva visión: Un sistema judicial que considera que el *accountability* es una amenaza, otro que considera lo contrario y sostiene que los jueces deben ser *accountable* y finalmente una visión que va de la mano de lo planteado y que permitiría una suerte de equilibrio en el respeto a la independencia y al *accountability* judicial.

2.1.1 *Accountability* judicial una amenaza a la independencia judicial

*Alexander Hamilton en el Federalista 78 “enfatisa que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo, la libertad no tiene nada que temer si el judicial está solo, pero tendrá mucho que temer de su unión con los otros departamentos”.*³³³ De esa frase se infiere que es fundamental que el Poder

³³⁰ Para David Pimentel “*Accountability* Objetivo” (2009) p. 17.

³³¹ PIMENTEL (2009) p. 37.

³³² La independencia judicial es un concepto sobre conexiones o con más precisión la ausencia de algunas conexiones entre el judicial y otros componentes del sistema político. RUSSELL (2001) p. 2

³³³ HAMILTON (1788) p. 402. El Federalista N° 78.

Judicial sea independiente y no se encuentre bajo el dominio de las otras partes del gobierno. Al igual que para Montesquieu “*no hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder del Legislativo y Ejecutivo, separación que se encuentra consagrada en la Constitución en la que se separan los roles del Legislativo como encargado de hacer las leyes y el del judicial de aplicarlas*”.³³⁴

Este resguardo fue considerado necesario en el diseño del Poder Judicial por quienes estuvieron a cargo de la redacción de las normas constitucionales, el objetivo primordial fue resguardar la independencia judicial y el imperio de la ley. Empoderar a los jueces para que sean capaces de seguir los hechos y la ley en la toma de sus decisiones, libres de presiones y amenazas externas y dejar sentado que nadie incluso los más poderosos están por encima de ella. Con esta salvaguarda, vital del orden constitucional, se pretendía resguardar, señala Sandra O’Connor, a la minoría de la tiranía de la mayoría³³⁵ y a las decisiones judiciales para que no estén sujetas al control de los otros poderes del gobierno³³⁶.

En la doctrina pura de la Separación de Poderes, ésta salvaguarda es una característica esencial para el establecimiento y mantenimiento de la libertad política³³⁷, los gobiernos deben estar divididos, se dice, en tres grandes ramas o departamentos; legislativo, ejecutivo y judicial y cada uno de estos brazos del gobierno deben estar destinados a ejercer sus propias funciones sin permitir que las otras ramas del poder se inmiscuyan en ellas. De esa forma quedan garantizados los derechos y deberes de los

³³⁴ MONTESQUIEU (2005) p. 182.

³³⁵ DAY (2008) pp. 1-2; *Crf.* WHITE (2002) p.1056; BEAUCHAMP y KING (2010) p. 8; Los principios de la conducta judicial de Bangalore (The Bangalore); BASTEN (1980) p. 474; PIMENTEL (2009) p. 5.

³³⁶ WHITE (2002) p. 1056.

³³⁷ Steven Minegar (2011) p. 385, señala que cuando se trata de la independencia judicial, quienes apoyan el control externo suelen ser menos estrictos al conceptualizar la independencia judicial y quienes están en contra de un control externo consideran necesaria su completa independencia. Para probar aquello se basa en lo señalado por M.J.C. Viles par quien es indispensable la separación de poderes y que ningún poder asuma las funciones de otro y por Peter Russell, para quien la independencia judicial garantiza los derechos de los ciudadanos pues mantener alejados a los otros poderes le permite la imparcialidad de los jueces cuando toca juzgar los casos.

ciudadanos, la imparcialidad en la resolución de las disputas relacionadas con estos derechos y deberes y los límites estructurales del poder del gobierno.³³⁸

Con esta virtud institucional lo que se hace es establecer legalmente un principio de gobierno. Si esta virtud es socavada y el judicial pierde la capacidad de proteger los derechos individuales o de vigilar los límites estructurales del poder del gobierno y decidir disputas individuales de manera imparcial, significaría de alguna manera más que un revés en la realización de los ideales institucionales, una ruptura al orden constitucional. Entonces cualquier intención de parte del gobierno o de la legislatura de minar esta capacidad judicial debería ser considerada inconstitucional.³³⁹

Si la independencia judicial es considerada de esa forma, pensar siquiera en que el poder judicial sea pasible a presiones externas por parte del ejecutivo y legislativo, sería quitarle a las cortes su independencia de las fuerzas políticas, de la sociedad, de la prensa, de las corporaciones y de otras partes opuestas a ella. En un contexto como el descrito, la necesidad de que los jueces no tengan afiliación que pudiera limitar su rol imparcial en la resolución de conflictos desaparece al igual que la confianza de la sociedad. Eso significa que cuando las cortes sufren el ataque político³⁴⁰, o se politizan las elecciones y remociones judiciales o se pretende culpar a los jueces por sus decisiones, el judicial pierde la capacidad de decidir las disputas individuales solo sobre la base de la ley y de los antecedentes presentados. Su decisión no estaría libre de intimidaciones u otro tipo de influencias.

³³⁸ RUSSELL (2001) p. 9; *Cfr.* SAKALA (2005) p. 1.

³³⁹ SHANE (1998) p. 22.

³⁴⁰ Un caso emblemático de ataque político en Estados Unidos es el caso de Terry Schiavo relacionado con la autorización al esposo para retirar el tubo respiratorio de Terry quien llevaba mucho tiempo en estado de coma. Esta decisión significó para la justicia norteamericana tener que soportar ataques de parte de algunos miembros del legislativo, y de grupos de ciudadanos contrarios a esa decisión. Se pedía que los Jueces Federales respondieran por su comportamiento, se dijo que el judicial era arrogante y que estaba fuera de control pero principalmente que no era *accountable*. *Cfr.* Para Jackton B Ojwang, basado en lo que señala Dennis Lloyd, la noción del tercer brazo de la Constitución, el judicial debe estar completamente separado de los otros poderes y la base es más que una división arbitraria, son más bien dos los principios: la independencia judicial, si la ley tiene que ser interpretada con justicia e imparcialidad es importante que el judicial tenga independencia y que este libre de presión política.(2008) p.7; *Cfr.* SAKALA (2005) p. 3.

La razón es simple, como el check and balance como parte integral de esta doctrina, implica que si bien hay una medida de control que debe ser ejercida por los tres poderes, la base de ese control es que hay medidas que son consideradas legítimas y otras interferencias consideradas inconstitucionales³⁴¹ porque no permiten preservar la integridad del proceso judicial en todos sus contextos³⁴². La visión de quienes tuvieron a su cargo la redacción de los principios constitucionales fue que la independencia judicial de la cual depende el imperio de la ley, derive del coraje moral y la auto-disciplina de los jueces. Eso quiere decir que los jueces no son la ley, lo que significa que sus decisiones no son producto de su capricho, sino de lo que la ley requiere que se haga³⁴³.

Para muchos³⁴⁴ esta independencia se convierte en sinónimo de tiranía judicial o de supremacía judicial³⁴⁵. Para otros, significa que quienes piden que el judicial sea *accountable* no solo están interesados en conseguir resultados específicos y de interés político, sino que realmente no entiende la independencia judicial, porque quien sí lo hace no puede pensar lo opuesto a ella, un judicial que no es independiente de los otros poderes es un judicial sujeto a su control³⁴⁶.

Cuando hay presión desde afuera porque se llegue a un determinado resultado, el juez decide sin la independencia necesaria para seguir los hechos y la ley. Bajo esta visión los jueces terminan siendo *accountable* a la aplicación justa de la ley³⁴⁷, independiente de si el juez cree o no en ella- “*Yo haré lo correcto para toda la gente, después de la ley y en uso de ello, sin miedo ni favor...*”, entonces el juez resulta siendo “*accountable*” solo a la ley que administran³⁴⁸.

³⁴¹ CARPENTER (2006) p. 363.

³⁴² REDISH (1999) p. 674.

³⁴³ WHITE (2002) pp. 1059-1063.

³⁴⁴ Como Alexander Hamilton, Peter Shane, entre otros.

³⁴⁵ CARPENTER (2006) p. 364.

³⁴⁶ WHITE (2002) p. 1056.

³⁴⁷ Para Frances Kahn hay jueces como Baer (Juez de la Corte Suprema Americana) que señalan que son *accountable* a la Ley. (1999) p. 631; *Cfr.* BRODY (2008) p. 3, señala que para quienes apoyan esta virtud de independencia, el rol de los jueces se convierte en una fe completa a la ley y a la constitución sin consideraciones que tengan relación con intereses políticos o sentimientos populares. (traducción propia)

³⁴⁸ WOODHOUSE (2006) p. 129.

En un sistema así, en el que la sentencias hablan por si mismas, pensar en hacer *accountable* a los jueces por los casos en los que deciden mal no tiene sentido, intentar hacerlos se convierte en un anatema a la independencia judicial y al Estado de Derecho³⁴⁹. Sancionar a un juez por la revisión judicial de las decisiones de los otros poderes, menos aun, desde que está establecido³⁵⁰ en la Constitución la entrega al judicial del poder y la obligación de establecer limites constitucionales al poder del legislativo. Bajo esta noción, la pretensión de establecer mecanismos de *accountability*, es potencialmente una perspectiva peligrosa para el judicial³⁵¹, es una amenaza. Más cuando todavía hay quienes consideran, que el judicial es probablemente uno de los poderes de gobierno más *accountable* por encontrarse sujeto al control legal y administrativo de los otros poderes políticos.³⁵²

Aquí la única forma de *accountability* judicial parece ser a la ley y al debido proceso, que existen para asegurar la imparcialidad de la decisión judicial y cuyo control es un tema de política interna. Si se pretendiera aplicar un *accountability* distinto, el propósito de confiar las decisiones a los jueces peligraría³⁵³.

2.1.2 Los jueces deben ser *accountable*: La independencia judicial es un concepto amorfo y mal entendido

Contrario a lo señalado en esta visión relacional del *accountability* se encuentran dos posiciones o interpretaciones a saber: una que sostiene que la idea de que los jueces deben ser *accountable*, viene de considerar que, la independencia judicial es un término algo amorfo y usualmente mal entendido o interpretado. Idea que surge del análisis de

³⁴⁹ MOLLARD (2004) p. 337.

³⁵⁰ Caso de la Corte Federal Americana *Marbury Vs. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

³⁵¹ KAHN (1999) p. 630; *Cfr.* Para Steven Lubet lo peligroso es si se hace *accountable* a los jueces por sus decisiones. (1998) p. 65.

³⁵² SAKALA (2005) p. 4; *Cfr.* SEIDMAN (1998) p.1572, considera que si bien el judicial es *accountable* por estar sujeto al *impeachment*, también es cierto que sus decisiones no siempre son independientes sobre todo cuando se trata del poder que tiene el ejecutivo o legislativo en el nombramiento de magistrados, por lo tanto, considera que no es posible tener ambos, debido a que cualquier atribución puede ser positiva pero también a su vez negativa, produciéndose contradicciones.; *Cfr.* MALLESON (1999) p. 51.

³⁵³ COKE (2010) p. 1331.

que por un lado, el judicial y sus decisiones son totalmente independientes y solo basadas en lo que dice la norma y los precedentes; y por otro que considera que las decisiones judiciales se encuentran influenciadas por factores no legales como la ideología, la experiencias de los jueces u otros aspectos que si pueden abierta o implícitamente afectar la independencia relativa de la decisión judicial.³⁵⁴

Por lo tanto, que el judicial no pueda ser *accountable* es hacer creer que los jueces llegan hasta donde llegan o los lleve la ley, sin importar sus preferencias personales³⁵⁵. Y es por esa interpretación amorfa de la independencia judicial que carecería de sentido el siquiera pensar que los jueces puedan ser *accountable* a los otros poderes de gobierno, descartando un *accountability* externo por sus decisiones pues de hacerlo significaría ir en contra del principio constitucional llamado independencia judicial³⁵⁶, por la cual los jueces no pueden ser independientes y *accountable* a la vez.

La otra posición o interpretación amorfa apoya la idea de que el judicial puede revisar las decisiones de los otros poderes. Y que esa debería ser una razón fundamental por la que tiene que proteger la independencia judicial pues es la que permitiría que esa revisión esté libre de interferencias. Sin embargo, si se considera esa posición, los jueces no estarían libres de un *accountability*, pues se encontrarían sujetos al impeachment y a las limitaciones jurisdiccionales, pero además al poder político.³⁵⁷

Considerando ambas posiciones, es decir, tanto la que sostiene que los jueces en sus decisiones son independientes y que en ellas no influye nada que no se la ley, y la que sostiene que no lo pueden ser porque revisan las decisiones de los otros poderes, y

³⁵⁴ BEAUCHAMP y KING (2010) pp. 4-6; *Cfr.* Para Andrew Le Seuer, el *accountability* también es un concepto amorfo (2006) p. 49; *Cfr.* Shimon Shetreet y Sophia Turenne consideran que la independencia del judicial también en gran medida depende de las relaciones que tienen con los otros poderes y que están establecidas en la Constitución. Pues es la cultura del gobierno la que da apoyo y son quienes desarrollan en parte la cultura de independencia judicial. (2013) p. 20.

³⁵⁵ BEAUCHAMP y KING (2010) p.7.

³⁵⁶ En los Principios Bangalore sobre la conducta judicial, se reconoce la independencia como un prerequisite de la ley y como un aspecto fundamental para asegurar un juicio justo, los jueces deben ser independientes individual e institucionalmente.

³⁵⁷ SEIDMAN (1998) p. 1572.

en el afán por comprender correctamente que significado tiene la independencia judicial, hacemos dos consideraciones relacionadas con la independencia judicial: una como un instrumento de valor para alcanzar otros fines y cuyo límite se encuentra definido por el propósito que tiene. Y aun cuando pueda haber desacuerdo en muchos de los propósitos que tiene, se está de acuerdo en que ella permite al juez seguir los hechos y la ley sin miedo ni temor, preservándose la separación de poder y promoviendo el debido proceso. Con ello, lo que se pretendemos decir es que si hay presión desde afuera para que se llegue a un determinado resultado, el juez decidiría sin la independencia necesaria para seguir los hechos y la ley.³⁵⁸

Y otra que no se puede dejar de considerar que en justicia los jueces pueden ser demasiado independientes y desechar la ley sin miedo a las represalias y así socavar su imperio, valor que al final es el que resguarda la independencia judicial. Lo que parece tener sentido cuando en la práctica algunas cortes han sido condenadas por la sociedad por estar muy politizadas y muy intervencionista en sus decisiones y juicios. Estas cortes³⁵⁹ al parece habrían abandonado los principios legales establecidos y modos de razonamiento legal al tomar sus decisiones sobre la base de un razonamiento subjetivo propios y sin un razonamiento objetivo del caso, ni mérito legal.³⁶⁰

Lo descrito significa que la auto restricción judicial, las limitaciones jurisdiccionales, los mecanismos legales como el impeachment, parecen no dar señales de cómo hacer prácticos los requerimientos señalados que permitirían retonar a la supuesta pasividad y neutralidad de la virtud judicial. Y una de las razones de ello, no la única, es que por ejemplo, para tratar los mecanismos como el impeachment judicial, se ha insistido en que debe haber evidencia clara de que un juez ha tenido la intención y que solo así se lo podría remover de sus funciones. Pero esta exigencia dificulta a los legisladores el poder sancionar a los jueces por legislar desde los estrados, por activismo judicial, usurpación de poder y otras conductas, limitando el balance óptimo entre la

³⁵⁸ GARDNER (2006a) p. 916.

³⁵⁹ La Corte Suprema canadiense, la Cortes Suprema de la India, y otras en Latinoamérica.

³⁶⁰ WOODHOUSE (2006) p. 140.

independencia judicial y el *accountability*,³⁶¹ dejando con ello un amplio espacio de insatisfacción.

Entonces según esta visión no se hace *accountable* al judicial, porque se ha hecho una mala interpretación de la independencia judicial, porque se ha llegado a distorsionar el concepto del *accountability* y se ha aprovechado de las imperfecciones del principio constitucional de independencia judicial, a tal punto que se ha llegado a sugerir a la sociedad que las decisiones del judicial no difieren de las decisiones emitidas por los brazos políticos del gobierno, legislativo y ejecutivo.

Por ello, es que la sociedad al no tener una clara diferenciación entre lo institucional y decisonal desarrolla un sentimiento desafortunado de desconfianza en el judicial³⁶² y en su habilidad de cumplir con los requerimientos constitucionales de su función, cual es proteger el imperio de la ley. Esta distorsión, ha sido la que ha elevado el clamor sobre la necesidad de hacer a los “jueces activistas”, *accountable* al deseo popular, dar poder a grupos interesados en disciplinarlo y crear alternativas como el invocar al legislativo la remoción de jueces por decisiones impopulares³⁶³.

Ese cambio de la autopercepción del poder judicial nos lleva a pensar que si los jueces se alejan de esa pasividad neutral no pueden estar blindados por la independencia judicial del control y el *accountability*. Por lo tanto, si se quiere que los valores del imperio de la ley sean verdaderamente efectivos, los jueces deben ser *accountable*, la retórica debe cambiar y hacerlo puede significar la necesidad de garantizar nuevas formas de control y de *accountability*, como parte del nuevo rol judicial.³⁶⁴

³⁶¹ GARDNER (2006a) p. 916

³⁶² LIPPMAN (2008) pp. 1-2.

³⁶³ BEAUCHAMP y KING (2010) pp. 7-8.

³⁶⁴ STEVENS (1999) p. 392.

2.1.3 Independencia y *accountability* judicial una mirada diferente

La idea de que la independencia judicial existe y que un poder judicial independiente es importante para la protección de las libertades, los derechos humanos y la estabilidad democrática del gobierno debe mantenerse.

Y su existencia la abordamos por un lado, desde una interpretación estricta de la doctrina de la Separación de Poderes, en la que el rol judicial es totalmente independiente de los otros poderes del Estado y *accountable* a la ley. Por otro, desde una flexibilidad extrema donde la característica importante de la relación independencia/*accountability*, esté basada en la idea de que los jueces deciden igual que los otros poderes políticos.

Ambos extremos necesitan de una posición moderadora, que considere, por un lado, la importancia del rigor y por el otro la flexibilidad que permita una mirada instrumental y práctica de ambos principios bajo la premisa de que son “la cara de la misma moneda³⁶⁵”, porque un judicial *accountable* sin independencia es débil y un judicial independiente sin *accountability* es peligroso³⁶⁶, pero también se hace necesario además del equilibrio, centrarse en el rol que tiene el juez en ese equilibrio.

Las visiones que han tratado de alcanzar el valor instrumental que caracteriza tanto la independencia judicial como el *accountability* y así cumplir con sus objetivos directos: el imperio de la ley, la confianza pública y la responsabilidad institucional, son varias. Entre ellas, tenemos a Vernon Bogdanor para quien el *accountability* es un concepto que se ha vuelto más fluido, que incluye prácticas que explican, justifican y abren áreas de cuestionamiento y escrutinio público. Diferencia esas etapas entre un *accountability* explicativo y de sacrificio, lo que significa aceptar la culpa de que se hizo algo mal, será por ejemplo perdiendo el trabajo. Pero aclara que los jueces no pueden ser

³⁶⁵BURBANK y FRIEDMAN (2002) p.11.

³⁶⁶ BOVENS et. al. (2008) p. 225; Cfr. AMERICAN JUDICATURE SOCIETY (2005) p. 4.

accountable al parlamento o al ejecutivo en la forma de sacrificio porque sería incompatible con la independencia judicial.³⁶⁷

Por su parte la profesora Gar Yein NG, hace una distinción entre formas tradicionales de *accountability* duro o estricto y formas más modernas de *accountability* blando. Sostiene que los jueces solo podrían ser cuestionados indirectamente por su función profesional a través de los mecanismos de apelación dependiendo de la fuerza de control que tenga la propia organización judicial y los métodos legítimos que se mantienen distantes de entorpecer la independencia judicial. Señala en cambio que los métodos blandos si bien son directos, deben lidiar con la apertura del judicial en una forma más directa, demandando más apertura, procedimientos transparentes, representación y sensibilidad a los intereses cambiantes de una sociedad. Para ella, el proceso consta de dos partes, en una las cortes necesitan abrirse al público para poder dialogar y sensibilizarse a sus necesidades y en la otra necesitan responder a la creciente presión del público por un mayor *accountability* social³⁶⁸.

Para David Pimentel por otro lado, la tensión surge solo en un sentido estructural del *accountability* respecto a la forma de abordar la protección judicial y su cumplimiento, y es que no considera el impacto en el ejercicio judicial del coraje y la integridad del juez que terminarán siendo determinantes para el ejercicio individual de la independencia y *accountability* judicial³⁶⁹. Al considerar el ejercicio individual lo que hace es subjetivizar ambos conceptos cuando señala que el balance correcto depende de la cultura judicial y de los jueces que se encuentran en el sistema. Con ello, deja claro primero que no hay un modelo específico de independencia y *accountability* y segundo que el modelo que pueda aplicarse a un determinado sistema no necesariamente sirve como ejemplo de aplicación para otros.³⁷⁰

³⁶⁷ BOGDANOR (2006) s/p.

³⁶⁸ GAR (2007) p.17.

³⁶⁹ PIMENTEL (2009) pp. 4-5.

³⁷⁰ *Ibidem.* pp. 1-2.

En el desarrollo de su teoría, que por lo demás se encuentra respaldada por otros autores³⁷¹, Pimentel cuestiona el concepto tradicional de la independencia judicial y la necesidad de mantener a los jueces alejados de influencias impropias y lo hace principalmente porque no se tiene clara la definición de lo que se entiende por influencias propias o impropias. Sin embargo, y a pesar de ese cuestionamiento, queda la imagen universal de que la idea de la independencia judicial es positiva y es un goal valioso de alcanzar para un sistema judicial.³⁷²

Partiendo de esa idea de que la independencia judicial es un rasgo valioso a alcanzar, su importancia radica en la necesidad que tiene el judicial de mantener su decisión y retar la presión que pueden ejercer sobre ella, las partes, los criminales, las mayorías³⁷³ y la política. Los jueces entonces deberían aplicar la ley, pero no bajo la consideración tradicional de un juez autómatas, en la que se excluye de su decisión, los valores, perspectivas y concepción personal de justicia, sino superando la tentación de su agenda personal y responsablemente aplicar los principios legales, que convierte a la decisión judicial en un principio ético que es el que finalmente no permitirá a un juez inclinarse ante sus propios intereses o presiones externas.³⁷⁴

¿Qué sucede entonces con el *accountability*? Si bien se puede considerar un *accountability* desde un sentido de responsabilidad en el que el juez es *accountable* a principios que no son su interés propio, y de un *accountability* a si mismo y no a una autoridad aun cuando insistimos que el *accountability* sin poder de castigo no es *accountability*. Ello significa que el sentido de responsabilidad y de integridad, es un tipo o forma de *accountability* que sería lo más importante para alcanzar el fin último

³⁷¹ En lo que respecta a la cultura judicial (interna y externa) cuando señalan que ambas son determinantes en la aplicación del *accountability*; Cfr. GARDNER (2006a) p. 916; ABRAHAMSON (1996) pp. 70 y 79.

³⁷² PIMENTEL (2009) p. 5; Cfr. BURBANK respecto de que la independencia judicial es un goal. (2003) p. 329.

³⁷³ En una democracia el rol del judicial es proteger a las minorías de la tiranía de la mayoría, incluso a pesar de que esa mayoría desapruere la intervención judicial y que los poderes políticos del gobierno estén en desacuerdo con el judicial y su imposición de límites constitucionales a la mayoría del electorado de los que dependen los brazos políticos del gobierno. PIMENTEL (2009) p.7; Cfr. Teresa Staton, la suprema está para la protección última de los individuos o minorías contra los excesos de la mayoría. (2010) p. 329.

³⁷⁴ PIMENTEL (2009) p. 9.

que tiene el judicial,³⁷⁵ decidir. Sin embargo, no se puede dejar de considerar que cuando hablamos de *accountability* como mecanismo estamos frente a una tercera autoridad ante quien se es *accountable*.

Desde esta perspectiva, si consideramos los conceptos tradicionales de independencia y el *accountability* judicial y reconceptualizamos ambos principios, caracterizando el *accountability* no desde una visión estructural en la que la protección al judicial de influencias externas puede verse amenazada por quien tenga la potestad de sancionar a los jueces; sino desde una mirada subjetiva de *accountability* en la que la moral y la adherencia del juez a la ley y a los principios de justicia y ética devienen de hacer lo correcto³⁷⁶, o por las razones correctas³⁷⁷. Así ambos principios no se contrapondrían sino se complementan, pues no hay nada que se contraponga a la independencia y al *accountability* personal; por el contrario, el convencimiento ético podría reforzarlas a ambas.

Con esa idea y frente al *accountability* como mecanismo, las diferentes visiones de la independencia judicial, rigurosas unas y flexibles otras, dan paso a diferentes formas de *accountability* judicial: a la ley, a la sociedad y a principios y valores éticos entre otras opciones. De estas visiones dos están en competencia extrema: una la visión interna que considera que los jueces deben manejar sus propios asuntos, y que el *accountability* judicial, para no amenazar a la independencia judicial, solo puede ser a la ley. Y la otra, que intenta balancear el poder entre los jueces y quienes tienen la legitimidad de su control, o entrega al poder externo absoluto de limitar el poder de los jueces³⁷⁸.

Para quienes prefieren los controles internos su objetivo es proteger la independencia judicial dejando la vigilancia del judicial en manos de los jueces y para

³⁷⁵ PIMENTEL (2009) p. 15

³⁷⁶ *Ibidem* p. 19.

³⁷⁷ PIMENTEL (2009) p. 14.

³⁷⁸ MINEGAR (2011) p.386.

los que prefieren el control externo su objetivo es asegurar el *accountability* judicial porque creen que el sistema judicial necesita una perspectiva de vigilancia externa. Ambas visiones extremas han ignorado la importancia de factores con diferente grado de complejidad que permiten pasar la luz sobre lo que ocasiona la tensión entre ambas, desde definiciones estrictas a perspectivas competitivas a requisitos de gobierno democrático.³⁷⁹

Entonces la mirada diferente de ambos principios debe tender a un diseño diferente de vigilancia judicial sobre la base de una interpretación amplia de la doctrina de la Separación de Poderes pero con una noción de *accountability* que comprenda la tradición legal, sin comprometerla, no en sentido de que el judicial deba ser absolutamente independiente, sino de reconciliarse con la independencia judicial.

Ambas deberían ser consideradas de manera amplia, lo suficiente, como parte de un mismo esfuerzo por proteger y mejorar el respeto por los valores fundamentales en los que los sistemas judiciales están basados. El control debe ser el *accountability* pero con una mirada también diferente, debe ser cooperativo en el que el objetivo sea reconciliar el dilema entre ambos principios desde una perspectiva teórica y práctica³⁸⁰ considerando la especificidad de cada sistema caracterizado por su cultura jurídica, la ética y el coraje e integridad de sus jueces. Así se podría evitar el deterioro de la confianza de la gente en el Poder Judicial, de no ser así se podría llegar a desastrosas consecuencias para el imperio de la ley y la democracia³⁸¹.

Si bien la referencia exclusiva a la ley puede representar una importante garantía de la independencia judicial, también puede llevar a los jueces a un aislamiento cuestionable de las realidades sociales, que generalmente constituyen el punto donde se

³⁷⁹ MINEGAR (2011) p. 386.

³⁸⁰ CONTINI y MOHR (2007) p. 27; *Cfr.* Mauro Cappelletti (1983) p. 1, sugiere también un modelo que permite alcanzar un equilibrio al alejarse del judicial servil de los poderes políticos, para estar más cercano a los consumidores y en el que se mezcla un grado adecuado de *accountability* para evitar que el judicial se encuentre subordinado a fuerzas externas, a la cultura externa. Otro modelo que este autor favorece es el del *accountability* social relacionado con la presión que pueden ejercer los pares.

³⁸¹ SHETREET y TURENNE (2013) p. 20.

sitúan los *conflictos que los tribunales deben resolver y que en la mayoría de los casos los explican*³⁸². El judicial es el constructor de una democracia fuerte. Y ello debería significar no estar solo limitado a la interpretación de la letra muerta de la ley sino, que debería adoptar una fase activista (de creatividad) de interpretación a las necesidades de la sociedad.³⁸³ Para lograrlo, no solo son necesarios los cambios sino también se hacen necesarios los mecanismos que permitan efectivizar su control.

2.2 Mecanismos de control: tradicionales y nuevos de *accountability* judicial

Históricamente las constituciones de los países democráticos han establecido dos principios fundamentales que determinan los estándares de conducta de las cortes: La independencia y el *accountability* judicial. Los límites apropiados de ambos no es de reciente desarrollo, desde su creación el judicial y su rol ha estado sujeto a debate. Para quienes se adhieren a la visión de una independencia judicial fuerte, los jueces deben ser fieles a la ley y a la Constitución sin considerar factores externos, y quienes ven a los jueces como políticos que toman decisiones igual que los otros poderes del Estado, consideran que el judicial debe ser *accountable* al público, sin importar el efecto en la independencia judicial.³⁸⁴

Así como es aceptado que los jueces deben ser independientes para que sus decisiones sean imparciales alejadas de las partes dentro de un litigio y basado en los hechos y la norma, justificando además su decisión en términos de razones públicamente aceptadas,³⁸⁵ para la teoría constitucional el judicial debe aparentar estar separado de los otros poderes del Estado, debido a la necesidad que existe de contrarrestar las leyes o acciones injustas aprobadas por el legislativo o por el gobierno y la administración³⁸⁶, y es igualmente aceptado que deban tener un grado de *accountability* porque un sistema

³⁸² RICO y SALAS (1990) s/p.

³⁸³ DEEPANKAR (2014) p. 160.

³⁸⁴ BRODY (2008) p. 3.

³⁸⁵ FISS (1993) pp. 57-59; Cfr. “*Fair and Impartial Courts* . Jueces libres para decidir los casos basados la ley y nada más. DINH (2008) p. 65.

³⁸⁶ GAR (2011) p. 104

judicial que no es *accountable*, carece de legitimidad y pierde el respeto de los ciudadanos y de los otros poderes del Estado haciéndose pasible de recibir ataques a su independencia³⁸⁷. Ataques cuyo origen en general comparte un elemento común y es el descontento de la ciudadanía por las decisiones que toman los jueces y por las que no son *accountable*. Para la ciudadanía los jueces a veces hacen leyes y políticas y no responden por las consecuencias. La respuesta del judicial, a aumentar el nivel del *accountability* judicial por sus decisiones que considera correctas ante la ley y la constitución, ha sido fuerte.³⁸⁸

En estas dos formas de comprender la independencia judicial, el debate ha sido filosófico y teórico. En ambos casos ha estado relacionado con el descontento de la ciudadanía con los jueces y la resistencia de éstos últimos a aumentar el nivel de *accountability*, ante ello tal vez la solución pueda depender de no dejar el *accountability* judicial sin una definición clara para que no sea fácilmente mal utilizado³⁸⁹, pero también de determinar el nivel de independencia del que goza el sistema judicial y el apoyo con el que cuenta para protegerla.

Respecto de la necesidad de definir apropiadamente ambos, Geyth lo hace con el *accountability* considerando dos criterios de desempeño judicial: su decisión y su comportamiento. Y sobre la independencia William Pryor³⁹⁰ señala que son dos las formas de independencia que caracterizan un sistema judicial: la decisión y la institución, la primera que debe ser fuerte y la segunda que relaciona al judicial con la separación de los otros poderes del Estado, legislativo y ejecutivo, debe ser débil. Significando con ello, que para la independencia institucional como para el *accountability* de comportamiento, la protección al judicial es débil, lo que no sucede con la independencia ni el *accountability* decisonal, que gozan de una protección fuerte, pues constitucionalmente esa protección es muy sólida, y va de la mano de la visión

³⁸⁷ BRODY (2008) p. 8.

³⁸⁸ *Ibidem*. p. 2.

³⁸⁹ GARDNER (2006a) p. 912.

³⁹⁰ PRYOR (2007) p. 390.

general de la concepción de independencia que una determina cultura legal³⁹¹ tenga, los jueces no son independientes porque digan que lo son³⁹², sino porque existe una estructura y organización institucional que permite que lo sean.

Esta dicotomía proteccionista del judicial, nos lleva a concluir que en un sistema judicial se tienen: jueces independientes y un judicial dependiente³⁹³. Hamilton dio cuenta de este hecho cuando en el Federalista N° 78 señaló que: *la completa independencia de las cortes es esencial en una Constitución limitada. Las limitaciones de este tipo permiten preservar en la práctica su función de declarar todos aquellos actos que contrarios a la manifestación constitucional*³⁹⁴. Cuando esa independencia fue cuestionada por los anti federalistas, como una independencia excesiva, la respuesta de Hamilton fue que el judicial sería débil en su independencia institucional y fuerte³⁹⁵ en su independencia decisional³⁹⁶ y es este blindaje el que terminaría conflictuando la aplicación práctica del *accountability* judicial.

³⁹¹ El judicial en Estado Unidos constante e históricamente ha estado bajo ataque, jueces como Samuel Chace, Earl Warren, han estado sujetos a los mecanismos de remoción, sin embargo, estas agresiones han fracasado, la razón es que el pueblo americano respeta el imperio de la ley y cree en la independencia judicial. FEIN y BEUBORNE (2000) p.4; Cfr. GRAY y HOLLAND (2000) p.117; COX (1996) p. 574 y ss. los “Ataques al Judicial” se han convertido en una larga y distinguida tradición (traducción propia de “Bashing judges” has become a long and distinguished tradition.

³⁹² PÉREZ-PERDOMO (2001) pp.100-101.

³⁹³ FEREJOHN y KRAMER (2002) pp. 976-978. Cuando se considera a la persona o sea jueces individuales, los jueces son independientes y pueden tomar su decisión sin miedo sin pensar en castigos ni premios, pero el otro significado de independencia es aplicado a las cortes y al sistema judicial en su conjunto. Una institución depende de otra, el judicial del legislativo. Si consideramos la interferencia del legislativo a jueces individuales se considera esa intervención deplorable e injustificada, al igual que lo sería si el ejecutivo tratase de prevenir al juez de escuchar alguna causa, los poderes pueden interferir en lo que respecta al presupuesto, cargos, pero no en su decisión. FEREJOHN (1999) pp. 355.

³⁹⁴ La traducción es propia del párrafo siguiente: “*The complete Independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution...Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the médium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts ocontrary to the manifest tenor of the Constitution void*”. HAMILTON (1788) p. 403; Cfr. CHAUDHURI (2006) p.3.

³⁹⁵ Los jueces americanos casi nunca han adoptado teorías de interpretación que vayan de la mano de agendas personales. Las alegaciones realizadas por quienes consideran activistas a los jueces no han sido capaces de demostrar que las decisiones adoptadas por el judicial caen fuera de una teoría intepretativa de aceptación general aceptada por la sociedad americana como parte legítima de juzgar. FEIN y BEUBORNE (2000) pp. 3-4.

³⁹⁶ Palabras de Hamilton: “*The least dangerous branch because it has no influence over either the sword or the purse, no direction either of the strength or of the wealth of the society*”. HAMILTON (1788) p. 402.

Y no es que en general el judicial no haya cumplido o no cumpla, en términos de la decisión que toman los jueces relacionados con los casos que son puestos a su consideración y respecto de la administración de las cortes logrando que la organización de las mismas dé soporte al rol judicial sin interferir en su independencia lo hace. Sin embargo, en las nuevas democracias el judicial está cambiando, y ese cambio ha generado un intenso debate sobre la politización de la función judicial y la forma de hacer que los jueces respondan por sus actos.³⁹⁷

Y no es que solo hoy con esos cambios estén bajo ataque, desde sus orígenes se los ha cuestionado. Y es por esa razón que podríamos pensar que, quienes estuvieron a cargo del diseño constitucional, establecieron medidas de protección, cargos vitalicios, entendidos como la inamovilidad del cargo mientras durara el buen comportamiento judicial y la prohibición de reducción salarial. Con posterioridad, el propio judicial determinó que requería una salvaguarda más y aprobó la inmunidad judicial- libertad para actuar según las propias convicciones³⁹⁸- como una protección contra los juicios por negligencia, o mala aplicación de la ley, como ejemplo, tenemos que en países como Francia la protección se dio contra los juicios civiles, exceptuando a las víctimas, por la negligencia judicial permitiendo interponer un proceso contra el estado. En Latinoamérica no se tiene una noción desarrollada de la inmunidad judicial, y en general los jueces están expuestos a la responsabilidad civil por negligencia³⁹⁹.

Ahora bien, al respecto la protección al poder judicial por sus decisiones no significa que el sistema esté dirigido por guardianes platónicos dotados de omnisciencia, sino que en esta fortaleza se asume que debe existir un elemento importante de *accountability*⁴⁰⁰ que establezca los límites legales e institucionales que los restringirá y que son plenamente respetados y evidenciados, a través de proceso como la apelación.

³⁹⁷ GAR (2011) p. 103.

³⁹⁸ KARLAN (1999) p. 538.

³⁹⁹ ROSENN (1987) p. 22.

⁴⁰⁰ Los jueces después de todo no están libres del *accountability*, basa su afirmación considerando el sistema americano compuesto por diferentes formas y grados de *accountability*. SEIDMAN (1998) pp. 1572 y 1575.

¿Qué sucede sin embargo, con los mecanismos como el impeachment, la elección por votación y por mérito, el escrutinio público, la revisión profesional, los comentarios académicos, la revisión por pares? Para poder realizar nuestro análisis los dividiré en dos grupos: uno a los que consideraremos como mecanismos tradicionales y los otros como mecanismos nuevos de *accountability*, considerando la apelación como el más tradicional de todos.

Siguiendo principalmente la visión de la independencia judicial relacionada con la cultura legal de mayor o menor apertura a la aceptación del *accountability* consideramos los mecanismos que un judicial estaría dispuesto a aceptar. Cuanto más abierto, característica que exige del judicial una mayor apertura como una forma de alcanzar el balance entre independencia y *accountability*, será más proclive a formas más modernas de *accountability*. Y frente a un judicial más cerrado, que solo permite ser cuestionado indirectamente por su función profesional, los mecanismos dependerán de la fuerza de control que tiene la propia organización judicial.

Por lo tanto, desde esa visión, el judicial históricamente ha ido aceptando mecanismos de *accountability* más blandos⁴⁰¹. Hoy con los cambios se hace necesario contar con nuevos mecanismos que exigen del judicial una mirada aun más diferente de su independencia en la que a través de una mayor apertura, se alcance el balance entre la independencia y el *accountability* judicial.

2.2.1. Mecanismos tradicionales de *Accountability*

2.2.1.1 La apelación como mecanismo tradicional

La revisión por apelación es el proceso mas obvio para la corrección de los errores judiciales de los jueces de primera instancia. En él se requiere que se establezcan los puntos de su razonamiento, la ley y la jurisprudencia que los llevó a tomar una

⁴⁰¹ Gar Yein distingue entre las formas tradicionales de *accountability* duro y estricto y formas más modernas de un *accountability* blando que están distantes de comprometer la independencia judicial. (2007) p. 17.

determinada decisión. Para muchos jueces la apelación permite a otros verificar su desempeño no solo como un mecanismo de revisión formal de pares sino como un procedimiento informal de aprobación o desaprobación que pesa en los jueces y mantiene un determinado estándar de comportamiento, excepto para los jueces de las Cortes Superiores que no están sujetos a ese procedimiento.⁴⁰²

En la apelación la decisión es revocada con el mayor respeto a la decisión del juicio en primera instancia. Porque en general los jueces de la apelación son reticentes a emitir críticas a sus pares, normalmente no consideran que es su labor el informar sobre la conducta de otro juez salvo que la situación sea excepcional.⁴⁰³ Esta negativa de comentar sobre sus pares, se asemeja a la negativa que tienen las partes de considerar una apelación, sobre todo porque es cara y no considera los problemas como el maltrato, la mala atención otorgada por un juez, el retraso en emitir un fallo, lo que significa que la reivindicación que una de las partes puede obtener a través de la apelación, no protege al público en general de los jueces que en repetidas oportunidades abusan de su poder.⁴⁰⁴

La apelación como mecanismo tradicional de *accountability*, probablemente es el más tradicional de todos. Pero no considera las decisiones emitidas por las cortes superiores, especialmente aquellas relacionadas con la constitución y su aplicación a través de la revisión judicial que muchas de las veces pueden frustrar intereses de quienes detentan el poder político. Tampoco son consideradas las conductas que caen fuera del control de la apelación como son las conductas judiciales indebidas, las coimas, el abuso de poder, los fallos fuera de la ley, entre otras.⁴⁰⁵

Por lo tanto, resulta difícil pensar que la apelación pueda ser realmente un mecanismo que promueve *accountability* a las decisiones de una alta Magistratura y la razón es que la apelación separa el desempeño judicial de la persona del juez, y ello

⁴⁰² COLBRAN (2003) p. 58.

⁴⁰³ Ídem.

⁴⁰⁴ COLBRAN (2003) p. 59.

⁴⁰⁵ CARPENTER (2006) p. 370.

significa que no habrá ninguna consecuencia para el juez como persona, a lo mucho podrá verse afectado su orgullo. Además no entrega una solución práctica principalmente porque se limita al análisis de la ley y deja de lado el principio de justicia.⁴⁰⁶

2.2.1.2. Impeachment, un procedimiento legislativo

Las constituciones en general entregan al judicial garantía para su independencia⁴⁰⁷. Sin embargo, y a pesar de toda esta protección, no es posible creer en una independencia en el estricto sentido de la palabra que blinde el mal comportamiento, la incompetencia judicial, o que se convierta en una barrera que no permita revisar las quejas sobre conductas imprudentes y corruptas de un juez. Y así fue como los padres fundadores también lo entendieron.⁴⁰⁸

Junto a la apelación, otro de los mecanismos de *accountability* que también fue considerado fue la remoción. Dentro de esta figura se distinguen tres medidas: la remoción de los jueces por decisión del ejecutivo, remoción de jueces por el ejecutivo dirigida por el legislativo y la remoción por el legislativo a través de la figura del *impeachment*. La elección entre estas medidas de *accountability*, fue el *impeachment*⁴⁰⁹ como el único mecanismo que puede ser aplicado a un juez superior. La remoción de los jueces por decisión del ejecutivo no fue considerada no solo en la Constitución Americana sino en otras constituciones que siguieron el diseño de pesos y contrapesos y no se lo hizo, para evitar el poder absoluto que se presentó en la monarquía inglesa, cuando la remoción de jueces se convirtió en un abuso excesivo.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ GRIFFITH (1998) p. 17.

⁴⁰⁷ El concepto Angloamericano de la independencia judicial fue inventado en Inglaterra en el siglo XVIII y sus elementos básicos han sido exportados a muchas partes del mundo, América, India Australia, Canadá. CHAUDHURI (2006) p.1.

⁴⁰⁸ GRAY Y HOLLAND (2000) p. 119.

⁴⁰⁹ "...al legislativo se le dio el poder de *impeachment*. VILE (1967) p. 10; *Cfr.* Por abuso del rol judicial, GORDON y RUSSELL (1995) p. 840.

⁴¹⁰ GRAY y HOLLAND (2000) pp. 118-119.

Para evitar que aquello volviera a ocurrir, sobre todo con la revisión judicial, se aisló al judicial de los otros poderes del gobierno, medida que se consideró esencial para mantener la integridad del judicial en el proceso, la vitalidad de un gobierno constitucional y la efectividad del proceso judicial. Si los poderes del estado que son elegidos por la mayoría, llegan a ser árbitros del significado de los límites de su poder, esos límites constitucionales dejan de tener sentido, pero aun peor carecerían de sentido si el árbitro final (los jueces) está sujeto al control directo de esos poderes mayoritarios. Entonces las decisiones constitucionales lo que hacen es forzar a tener un verdadero judicial independiente que se sienta como un verdadero árbitro y aplique la norma suprema, haciendo cumplir a los poderes del gobierno, legislativo y ejecutivo, sus limitaciones.⁴¹¹

Ante la revisión judicial, y con las medidas señaladas, los jueces individuales se encuentran blindados de las presiones y castigos políticos. Solo el *accountability* ante el legislativo a través del *impeachment* queda como la única forma de penalizar a un juez supremo particular por cualquier comportamiento errado. Sin embargo, esta forma tradicional de restringir al judicial, ha sido utilizada muy pocas veces con la intención de limitar la independencia decisional y se ha convertido en la práctica en una tímida amenaza cuando se trata de la remoción de un juez por una conducta flagrante que pueda ser probada⁴¹². No nos queda claro si este mecanismo fue inconsecuente desde sus orígenes, o fue deliberadamente creado como un procedimiento difícil, en virtud de la negativa⁴¹³ de incluir el *impeachment* en las previsiones constitucionales por miedo a que ese poder pueda sea utilizado y explotado con propósitos políticos⁴¹⁴.

Sea que hubiera sido creado como un mecanismo inconsecuente o como un procedimiento difícil, el *impeachment* desde sus inicios y hasta nuestros días se ha convertido en una garantía más de protección a la independencia judicial, lo que ha

⁴¹¹ REDISH (1999) p. 674.

⁴¹² GORDON y WHEELER (1995) p. 840.

⁴¹³ De los padres fundadores de la Constitución Norteamericana.

⁴¹⁴ FEREJOHN y FRAMER (2002) p. 978.

significado que su creación como un mecanismo de *accountability* judicial carece de efectividad práctica, convirtiéndose, en lo que Madison señala sobre las provisiones constitucionales, en simples barreras de pergamino efectivas para proteger a los jueces porque las protecciones estructurales establecidas en la constitución lo permiten.⁴¹⁵

Afectar el *check and balance* impuesto por la Constitución, requiere de un alto grado de coordinación. Por ejemplo, lo que sucede con el *impeachment* en Estados Unidos y casi en todas las constituciones nacionales, es que se requiere un alto grado de coordinación y un tercio de los votos del senado, mayoría difícil de alcanzar y sostener en el tiempo que dure el proceso sobre todo cuando esta figura tiene como base una decisión políticamente controversial tomada por el juez que será *impeach*⁴¹⁶ y como el procedimiento está bajo control de los legisladores en lugar de los jueces⁴¹⁷, la mala actuación judicial parece no ser visitada por el *impeachment*, lo que significa que se convierte más bien en una invitación a los jueces a abusar de su poder, sin intimidación ni miedo a una remoción⁴¹⁸.

Por lo tanto, parece ser que el único límite para el *impeachment* del judicial son las barreras políticas. Y que queda en manos del Congreso el mantenerlas o no sobre todo cuando se trata de los *casos difíciles*. Si es así, imponer al Congreso un procedimiento sobre sí mismo, resulta siendo un proceso engorroso, costoso y visible, que expondría a los políticos al peligro electoral y los distraería de sus actividades políticas, por ello, se hace difícil lograr que el Congreso alcance una mayoría unificada que de paso a este mecanismo⁴¹⁹ de *accountability* y con él atreverse a afectar una decisión judicial tomada.

Desde la visión de independencia judicial, la sola idea de que los jueces puedan ser acusados y removidos de su cargo por sus decisiones amenaza su independencia, esa

⁴¹⁵ MADISON (1788) p. 256.

⁴¹⁶ FEREJOHN (1998) pp. 2-3.

⁴¹⁷ FISS (1993) p. 59.

⁴¹⁸ BERGER (1979) p. 825.

⁴¹⁹ FEREJOHN (1998) p. 3.

ausencia de poder para remover a los jueces a través del *impeachment* por incompetencia, parecería ser el precio inevitable que la sociedad tiene que tolerar y sobrellevar por mantener la independencia de los jueces, y así proteger a los jueces competentes del abuso del poder⁴²⁰.

2.2.1.3 La selección judicial: nombramiento, mérito y votación.

Una de las decisiones constitucionales más difíciles, no la única, es la selección judicial, y cómo determinar el método constitucional más apropiado para seleccionar a quienes tendrán la responsabilidad de aplicar imparcialmente la ley y si lo harán con mayor objetividad e independencia, si son nombrados por el ejecutivo o si son elegidos por votación popular. El debate sobre cual es el más apropiado se mantiene, y el consenso se mantiene elusivo, principalmente porque existe la necesidad de desarrollar un método idóneo que sea capaz de preservar la independencia y asegurar que el judicial sea *accountable*, sobre todo si todo ello, depende de los valores que se asignen a los objetivos que se tienen de independencia y de *accountability* judicial.⁴²¹

En ese entendido, la selección y la consiguiente remoción judicial pueden variar considerablemente, dependiendo de la visión que un estado tenga del judicial en un determinado momento. Si la decisión se inclina a priorizar la independencia judicial, bajo la premisa de que los jueces no tienen una real discreción sino solo el suficiente conocimiento para elegir la norma apropiada del corpus juris para resolver un caso⁴²², a los jueces se los desconectará de cualquier realidad política, sin importar si con ello se deteriora la aceptación popular de las decisiones judiciales. Si por el contrario se cree que en el proceso de decisión se ejerce cierta discreción basada en los intereses políticos o personales del juez⁴²³, el objetivo fundamental estará puesto en el *accountability* judicial y los jueces serán forzados a tener un rol más político y sensible a las exigencias

⁴²⁰ SHETREET (2013) p. 61.

⁴²¹ CADY y PHELPS (2008) pp. 346-347.

⁴²² WEBSTER (2004) p.5.

⁴²³ *Ibidem*. p.6.

de los votantes. Entonces los jueces tendrán mayores incentivos para ingresar al proceso y campaña política, rol contrario a la visión tradicional del juez en una sociedad.⁴²⁴

Ambas decisiones, serán el resultado de la importancia constitucional asignada al Poder Judicial que no siempre se encuentra bien determinada. Por un lado, los jueces pueden ser nombrados por el ejecutivo, pero son remunerados por la sociedad, por el pueblo, lo que no necesariamente los convierte en servidores públicos como los demás funcionarios estatales. Desde un punto de vista legal son sirvientes *sui generis* del pueblo y desde lo político son una rama separada igual a las otras ramas del gobierno.⁴²⁵ Entonces ¿cómo atraer, para ser seleccionadas, a las personas mejor calificadas y proveerlas de un clima que les permita continuidad y que los proteja de influencias inapropiadas en la aplicación de la ley?

Históricamente la respuesta a ese acertijo se ha dado a través del empleo de seis métodos distintos de selección y remoción judicial: por el legislativo, por decisión gubernamental (nombramiento y remoción), elecciones partidarias, elecciones no partidarias, elecciones por jueces y la selección por mérito. Ninguno de los métodos elegidos en distintos períodos ha dejado de lado los ya existentes, por el contrario, la tendencia ha sido mantenerlos,⁴²⁶ siempre considerando que uno puede mejorar al anterior.

⁴²⁴ CADY y PHELPS (2008) pp. 346-347; *Cfr.* Para quienes están a favor de un judicial independiente, considerando a Alexander Hamilton, el rol de los jueces es la interpretación imparcial de la ley y la Constitución, sin considerar factores ni sentimientos externos (políticos o populares). Para alcanzar aquello es necesario aislar al judicial de las elecciones populares. Por el otro lado quienes consideran que el judicial es totalmente *accountable* al público, ven a los jueces como políticos que hacen leyes en un gobierno al igual que otros políticos, por lo que su función debe estar sometida a elecciones periódicas, sin importar los efectos que aquello podría tener en la independencia judicial. BRODY (2008) p. 3.

⁴²⁵ GRIFFITH (1998) p. 9.

⁴²⁶ HANDBERG (2013) p. 128; *Cfr.* EPSTEIN et. al. (2002) pp.192-194. Los países que han desarrollado el sistema de Derecho Civil, tienen métodos similares para entrenar y elegir jueces ordinarios. Los miembros de las Cortes Supremas en Latino América, son elegidos por cuatro métodos de selección: 1) selección por el ejecutivo con alguna aprobación de legislativo o del mismo judicial; 2) selección libre por el ejecutivo; 3) selección por el ejecutivo de una lista presentada por el legislativo o judicial y 4) La selección por el legislativo. Se ha renunciado a la elección popular de jueces sobre la base de que esa medida significa comprometer la independencia judicial por obligarlos a incursionar en la actividad política. El modelo de selección presidencial es usado en la Argentina donde el presidente nombra a los jueces federales con el consentimiento del Senado. En Paraguay se ha adoptado un modelo similar con una

El nombramiento de jueces, sea por el legislativo, ejecutivo o comisiones, tiene todavía apoyo de quienes consideran que esa es la mejor forma de mantener y asegurar la independencia judicial. Las razones que se esgrimen para sustentar esta posición se encuentran en: que el nombramiento permite, aislar al juez de tener que someterse periódicamente a la aprobación electoral⁴²⁷, y que a través de ese proceso se puede elegir a los mejores jueces.

Esta posición se sostiene porque se considera que el electorado no tiene la información suficiente para comprender las cualidades que hacen a un buen juez, lo que los llevaría a decidir influenciados por hechos irrelevantes que no le permiten tomar una correcta decisión de elección, dado que no tienen una especialización ni expertis, podrían elegir a un profesional que si la tiene, esto podría cambiar si reciben alguna guía⁴²⁸. Considerando que ello puede ser así, entonces resulta siendo más acertado entregar esa responsabilidad a quienes poseen el conocimiento suficiente de los antecedentes de quienes se someterán a ese proceso. Aun cuando el proceso sea así, los jueces no quedan eximidos de ser *accountable* ante el electorado a través de quienes los designan y que son los que deberán responder por las designaciones⁴²⁹ erradas sobre

variación importante relacionada al tiempo de duración del cargo, los jueces de la Corte Suprema solo tienen la magistratura por 5 años. Otros jueces son nombrados con el consentimiento previo de la Corte Suprema. Haití permitió al presidente el nombramiento discrecional de sus jueces hasta su nueva Constitución en la que se pone un límite de tiempo de 10 años y de una terna presentada por el legislativo. El presidente mexicano selecciona a los jueces de la Corte Suprema previo el consentimiento y aprobación del Senado. En Panamá el Concejo de Gabinete (presidente y sus ministros) nombra a los Supremos por 10 años. En Costa Rica un Juez Supremo es reelegido automáticamente por ocho años salvo que con dos tercios el Senado apruebe su remoción, sucede lo mismo con los jueces en el Salvador, quienes son renovados por 5 años. En Uruguay los magistrados no pueden ser reelegidos una vez que concluye su periodo (diez años ahora cinco). Considerando que el legislativo en la mayoría de los países de Latino América se encuentra muchas veces bajo el dominio del ejecutivo los jueces son vulnerables y se encuentran desprotegidos ante las amenazas o presiones del ejecutivo. ROSENN (1987) pp. 19-21.

⁴²⁷CADY y PHELPS (2008) p.348.

⁴²⁸ GARDNER (2003) p.62.

⁴²⁹ En Estados Unidos los jueces Federales son nombrados de por vida, solo podrán ser removidos a través del mecanismo de *Impeachment* al que pueden ser sometidos por mal comportamiento, algunos estados, sin embargo, consideran otro mecanismo denominado “recall” que puede ejemplificar a un *accountability* societal, a través del cual las personas (una buena cantidad de ellas) puede pedir la remoción del juez y se llama a una especie de elección popular en la que se decide la remoción. CAPPELLETI (1983) p. 28.

todo si se considera que los nombramientos en muchos países van relacionados con los cargos de por vida.⁴³⁰,

Contrario a aceptar que el nombramiento judicial asegura un grado de *accountability*, están quienes consideran que el judicial debe estar sometido a la elección y remoción popular. No solo porque los jueces hacen políticas con sus decisiones o poseen más poder que un legislador, sino porque dicen no representar a nadie excepto a la ley, libres de cualquier presión o influencia externa sobre sus acciones. Sin embargo, no hay garantía que pueda asegurarlo, más cuando no existe un check de sus acciones una vez realizada la confirmación del proceso de nombramiento. Ese aislamiento, esa verdadera independencia se convierte en un riesgo en el que el juez puede perseguir una agenda propia e intereses políticos⁴³¹ alejándose de su verdadera responsabilidad, ser imparcial en la aplicación de la norma.⁴³²

A partir de la democratización de la política, la consigna se vuelve hacia la idea de que un juez debe ser elegido. Mostrándose con ello, un claro descontento con la élite judicial creada por el método de nombramiento y que no coincide con las nuevas ideas de “gobierno bajo control popular”. Entonces parecería que es más importante correr el riesgo de una politización de la justicia a cambio de tener un judicial menos independiente y más *accountable*.⁴³³ En este cambio de enfoque hay más que capricho respecto de tener un judicial independiente, y parte de ello se debe, como lo señalamos anteriormente, a la dificultad de asegurar que un juez seleccionado a través del nombramiento sea imparcial en sus decisiones.

Asegurar que los jueces deben ser seleccionados y retenidos a través de una elección, porque hacen leyes y políticas al igual que los otros poderes y que por ello su selección debe ser igual a la de los otros poderes políticos, no es tan cierto, toda vez que

⁴³⁰ WEBSTER (1995) p. 14.

⁴³¹ STATON (2010) p. 348.

⁴³² WEBSTER (1995) pp.12-15.

⁴³³ CADY y PHELPS (2008) p. 349; *Cfr.* BRODY (2008) p.3.

las elecciones de jueces por partido no mejoraron la independencia judicial pues los jueces responden a los intereses políticos de los partidos dominantes en el legislativo con un notable deterioro de las bases morales del judicial al amenazar su independencia.⁴³⁴

Al hacerse visible el deterioro, se dejan de lado la elección por partido como una forma de aislar a los jueces de las presiones políticas. Entonces se les da a las elecciones judiciales un nuevo giro que repercutió en la independencia judicial, principalmente cuando los jueces no son reelegidos en sus puestos por votación popular si sus decisiones son contrarias a los deseos del pueblo.⁴³⁵ Lo mismo sucedió con la elección por mérito sujeta a la retención del cargo por votación, en el que los jueces eran elegidos por sus cualidades y no por su popularidad.

En ambos tipos de elección, los grupos interesados ponen su atención en sustituir a los juristas cuyas decisiones y visiones no les son afines,⁴³⁶ se encargan de realizar campañas concertadas para derrotar a un juez, pero que no llegan a materializarse, al igual como sucede con los intentos por disciplinar a jueces por “malas decisiones” a través del *impeachment*.

A pesar de la perversidad de los procesos electivos caracterizados por un financiamiento sin precedentes que individuos y organizaciones hacen a las campañas judiciales y por las cuales los jueces perciben estar sujetos al creciente volumen de contribuyentes que hacen posibles su reelección y por los argumentos contra mayoritarios⁴³⁷ (counter-majoritarian), en general todos los intentos por sancionar a los

⁴³⁴ FEERICK y VANCE (1989) p. 201; *Cfr.* ...quienes proponen a un judicial directamente *accountable* al pueblo ven a los jueces como políticos operando en una democracia. BRODY(2008) p. 3.

⁴³⁵ GRAY y HOLLAND (2000) p. 123.

⁴³⁶ GARDNER (2003) pp. 49-50. (Why Judicial Elections Stink). En los diferentes estados de Estados Unidos, se ha llamado la atención a jueces por sus decisiones relacionadas con decisiones sobre crímenes, aborto, homosexualidad y valores familiares, derechos de agua, recursos de educación entre otros.

⁴³⁷ Se convierte en una forma de cuestionar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes hecha por un judicial no electo. Y es debido a ello que se imputa al judicial una falta de legitimidad democrática, que comienza con muy conocido caso: “Marbury Vs. Madison donde se consagra la supremacía judicial. Para Steven Croley, el problema de la independencia electoral es que convierte a los jueces unaccountable, no *accountable* y eso puede llevarlos a cambiar el deseo de la mayoría, en circunstancias en las que se convierten en los últimos intérpretes de la Constitución. (1995) p. 708.

jueces a través de otros mecanismos distintos a la elección popular no han sido exitosos, principalmente debido a un muy bien protegido respeto por la independencia judicial que ha derrotado cualquier intento por hacer *accountable* al judicial por sus decisiones.⁴³⁸ Esta situación se debe a la adopción de un sistema tripartito y separado de poderes, en el que el judicial tiene el rol fundamental de mantener a los otros poderes dentro de los márgenes constitucionales asignados por la constitución y del que deviene la base de la independencia judicial⁴³⁹.

Lo que sucede con las elecciones judiciales, es que la promoción de un *accountability* a través de ese mecanismo resulta muy pobre respecto a la pérdida de independencia que genera, lo que no necesariamente implica que el judicial no deba ser *accountable* al público al que sirve, o que sea mejor dejar de lado la elección judicial sin considerar otro mecanismo de sustitución.⁴⁴⁰ Para el público y estudiosos⁴⁴¹ de las elecciones, éstas se convirtieron en una carrera bulliciosa, indeseable y costosa, consecuentemente el público ha comenzado a abandonarla⁴⁴² porque se ha convertido en una amenaza a la imparcialidad.

2.2.1.4. Guardianes de la independencia judicial: Los Consejos de la Judicatura

El abandono relativo del mecanismo de la elección no se debe necesariamente a la introducción de un método alternativo ni mucho menos, la aplicación de nuevos

⁴³⁸GARDNER (2003) p. 51.

⁴³⁹ SHANE (1998) pp. 29-30.

⁴⁴⁰ GARDNER (2003) p. 51.

⁴⁴¹ CROLEY (1995) pp. 691-693.

⁴⁴² Steven Croley (1995) pp.736-738, señala que el público ha comenzado a dejar de lado el mecanismo de elección, y basa su afirmación sobre anécdotas, percepción de los jueces, sensibilidad de los académicos y comentaristas. Considera además que aun cuando existieran datos no servirían para probar la razón por la que las elecciones como mecanismos están de salida. Las razones que se esgrimen como fundamento de esa posición es la politización de los nombramientos y confirmación de cargos judiciales, el interés de grupos de ciudadanos interesados en las elecciones judiciales, los códigos de ética que impulsan a los jueces a tomar decisiones, la creciente participación de los jueces en hacer políticas, leyes, la gente afectada por una decisión consideran que es más barato comprar a un juez que a un gobernador y que la legislatura podría hacer más que el judicial.

mecanismos se encuentra relacionada con la apertura del Poder Judicial para aceptar controles externos diversos y alcanzar mejores grados de *accountability* judicial⁴⁴³, entre ellos están los Consejos de la Judicatura, creados como las instituciones designadas a mantener un nuevo balance entre la independencia y el *accountability* judicial externo, pero no solo considerando los conceptos sino el contexto social sobre el cual ambos llegan a complementarse⁴⁴⁴. Con este mecanismo se trata de dar respuesta a la pregunta de ¿quién es responsable por asegurar el control necesario del judicial?⁴⁴⁵

En los países en los que la Separación de Poderes está arraigada en la cultura legal, considerar un Consejo de Judicatura ha generado interpretaciones estrictas entre quienes están a favor de un modelo de control interno, es decir un modelo compuesto por representantes del Poder Judicial, y entre quienes están a favor de un modelo externo, caracterizado por una composición mixta, jueces y otras instituciones o autoridades de gobierno.⁴⁴⁶

Si bien dentro de las reflexiones del debate se han considerado requisitos de gobierno, preocupaciones por la politización del judicial u otras definiciones más estrictas, nuestra atención se centra en los argumentos que respaldan la interpretación amplia de la doctrina de Separación de Poderes para apoyar el control interno o externo al judicial y en cuán estricta ha sido la aplicación del concepto de independencia judicial. Con esto, pretendemos mostrar que a pesar de la aceptación de un mecanismo de *accountability* de control externo, como son los Consejos Judiciales, las Cortes, principalmente la Magistratura Suprema en sus decisiones mantiene su independencia y en la práctica no se alcanzaron con los objetivos de *accountability* para los que fueron creados⁴⁴⁷, aun cuando para autores como Garoupa y Ginsburg⁴⁴⁸ siguen siendo la mejor opción.

⁴⁴³ GAROUPA y GINSBURG (2008) pp. 2-3.

⁴⁴⁴ PÉREZ-PERDOMO (2001) p. 100.

⁴⁴⁵ MINEGAR (2011) p. 383.

⁴⁴⁶ *Ibidem*. pp. 389-391.

⁴⁴⁷ HAMMERGREN (2002) p. 1.

⁴⁴⁸ GAROUPA y GINSBURG (2008) p. 4; *Cfr.* HAMMERGREN (2002) p.1.

Bajo esas consideraciones, los Consejos de Judicatura (Consejos) surgen de una visión amplia de la doctrina pura de la Separación de Poderes⁴⁴⁹ con el objetivo de balancear la independencia judicial y el *accountability* judicial externo, debido principalmente, a la preocupación sobre la excesiva politización, la consolidación de la revisión judicial, la extensión del alcance de la convención de derechos humanos, la necesidad de aislar las funciones de nombrar, promover y disciplinar del ejecutivo (ministro de justicia) y en general por el poder otorgado⁴⁵⁰ al judicial. Dado que ambas se encuentran en una constante tensión que deviene de la idea del juez imparcial⁴⁵¹, que debe decidir como agente moral, autónomo, libre de preferencias ideológicas, y solo sobre la base de la ley y su conciencia resguardados por el blindaje institucional que los protege de las amenazas y tentaciones que se les pueden presentar⁴⁵², y que además debe estar alejados de influencias y presiones externas que puedan disminuir su imparcialidad.

Esta noción de juez imparcial plantea que además de ser un concepto institucional, la independencia judicial es un concepto normativo porque influye en el comportamiento o conducta judicial.⁴⁵³ Pero además que el juez debe ser *accountable*, por su desempeño, por su comportamiento y por su decisión. Como ya no es posible visualizar un juez que no tenga un rol en la implementación de políticas sociales, es válido que consideremos nuevas formas por las que el judicial debe ser *accountable*. Y entre esas nuevas formas tenemos cinco: la revisión judicial (*accountability legal*), por la selección, promoción y disciplina de los jueces (*accountability institucional*), por la transmisión de normas y reglas apropiadas (*accountability profesional*), por la

⁴⁴⁹ La doctrina pura de Separación de Poderes señala que es esencial para el establecimiento y mantención de la libertad política que el gobierno esté dividido en tres partes, o departamentos, el legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno de estos brazos del gobierno, debe estar confinado a ejercer sus funciones sin entrometerse en las funciones de los otros poderes. Las personas que los componen deben estar separadas, a ningún individuo se le permitirá ser parte de dos o más de estos poderes. Así un poder podrá observar (check) a los otros y ello limitará a que un grupo pueda manejar el gobierno. VILE, M.J.C (1967) p.8. (la traducción es propia).

⁴⁵⁰ GAROUPA y GINSBURG (2008) pp. 4-6; *Cfr.* FISS (1993) p. 59; INCLAN e INCLAN (2005) p. 60.

⁴⁵¹ RUSSELL (2001) p.5.

⁴⁵² FERREJOHN (1999) p. 353.

⁴⁵³ MINEGAR (2011) p. 385.

administración apropiada de sus recursos (*accountability administrativo*) y por su conducta ante la sociedad (*accountability social*).⁴⁵⁴.

Entonces ¿cómo alcanzar el balance en el uso de los mecanismos entre estos extremos que plantean por un lado la opción de dejar a los jueces manejar sus asuntos y por otro tener a los jueces sujetos al control político, aunque ello signifique que sus decisiones en los *casos difíciles*, estén influenciadas por los principios políticos de quienes los nombraron y los mantienen en su posición o porque hay una sociedad que exige un resultado específico?

La respuesta parte de ver que los primeros intentos por lograr un balance, estuvieron relacionados con el fortalecimiento de la independencia judicial eliminando la presión e influencia política del ejecutivo y legislativo⁴⁵⁵, pues sin independencia, el poder de las cortes se diluye y su poder para hacer frente a esa presión se ve limitado⁴⁵⁶. Otros esfuerzos se han centrado en reforzar la apertura del judicial. En Latinoamérica (Brasil) se consideró que el Poder Judicial se había cerrado demasiado, que apenas era conocido por la sociedad y que debido a ello, el control interno había fracasado. El nombramiento, la permanencia y la remoción fueron otros de los fines a alcanzar⁴⁵⁷, al igual que la administración (costo y control) del sistema judicial⁴⁵⁸. La implementación de todas estas metas tuvo sus variaciones dependiendo del problema institucional y la relación con la magistratura suprema que cada sistema debía enfrentar⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ PIANA (2010) pp. 29-31.

⁴⁵⁵ Italia es probablemente el mejor ejemplo para ilustrar la separación del judicial de los otros poderes, cuando luego de la guerra se toman todos los pasos dirigidos a eliminar cualquier norma o institución que pudiera mantener al judicial dependiente del ejecutivo y legislativo en lo que respecta a nominaciones, promociones, transferencias y sanciones disciplinarias. Para alcanzar aquello, se confió la tarea a un alto Consejo Judicial mixto, compuesto por jueces quienes retuvieron la mayoría y miembros no judiciales. CAPPELLETI (1983) p. 60. En estado Unidos fue una de las razones por las que se estaba a favor de la selección por mérito.

⁴⁵⁶ ROSENN (1987) p. 6.

⁴⁵⁷ GAROUPA y GINSBURG (2008) p. 6.

⁴⁵⁸ CONTINI y MOHR (2007) pp. 30 y 33.

⁴⁵⁹ GAROUPA y GINSBURG (2008) p. 10.

Cuando se aceptó la implementación de los Consejos, el problema ya no estuvo en aceptar su existencia como instituciones independientes con el rol de administrar las operaciones de las cortes, nombrar a los jueces o evaluar su desempeño⁴⁶⁰, sino se transfirió a la composición de los mismos⁴⁶¹ como una forma de control práctico. El debate se centró en quienes hacían una interpretación más amplia o cerrada del concepto de independencia judicial.

Dentro de los cuatro prototipos de Consejos Judiciales adoptados en Francia, Italia, Portugal y España y con algunas variaciones en Alemania, modelos que se siguieron en Latinoamérica, dos son los extremos que han caracterizado su configuración: Un control interno formado enteramente por jueces o en los que ellos ejercen poder sobre los miembros externos (de los otros poderes o asociaciones), modelo que hace énfasis en la importancia de dejar la supervisión en manos de los jueces para proteger la independencia judicial. Y un control externo en el que el balance entre jueces y miembros externos está presente o en el que los primeros ejercen poder sobre los jueces pues consideran importante la vigilancia externa para asegurar el *accountability*.⁴⁶²

La composición precisa, es decir la relacionada con la cantidad de miembros externos o jueces y la forma de elección de éstos⁴⁶³, se ha convertido en el transcurso del tiempo y en los distintos países en un tema a superar, con un debate sobre ambos modelos en los que aparecen los reformistas y a quienes llamaré *tradicionalistas*.⁴⁶⁴

Para los reformistas, el judicial necesitaba de una supervisión externa y el control de los otros poderes del Estado. Haciendo una interpretación amplia del pensamiento

⁴⁶⁰ GAROUPA y GINSBURG (2008) p. 57.

⁴⁶¹ PÉREZ-PERDOMO (2001) p.100.

⁴⁶² MINEGAR (2011) p. 386.

⁴⁶³ No se considerará como parte del análisis.

⁴⁶⁴ Para Steven Minegar Supporters and reformers. (2011) pp. 386-395. Si bien el debate descrito refleja la experiencia brasilera, en los demás países de Latinoamérica los argumentos esgrimidos para apoyar la independencia o el *accountability* judicial fue el mismo. HAMMERGREN (2002) p.6. En los sistemas del Derecho Civil en Europa y en del Derecho Común como es Estados Unidos. GAROUPA y GINSBURG (2008) pp.13-17; *Cfr.* ROSENN (1987) p.6.

político del Barón Charles de Montesquieu, sostienen que no concibió un ejecutivo, un legislativo y un judicial como tres brazos separados del gobierno, sino que consideró la posibilidad recíproca de control como parte de lo que denominó “*el check and balance*” en una función armónica e interrelacionada⁴⁶⁵. La amplitud interpretativa de la doctrina pura de la Separación de Poderes fue tal que hubo quienes consideraron la inclusión de representantes de la sociedad civil. Sin embargo, aun cuando la apertura respecto de la independencia estuvo presente, el control externo fue entendido más desde un punto de vista administrativo y no decisorio.⁴⁶⁶

Los tradicionalistas en cambio, no priorizan un judicial *accountable*, la Separación de Poderes y la independencia judicial son fundamentales en el equilibrio democrático del gobierno. Los jueces (magistrados), fueron quienes más se opusieron a una reforma muy amplia, para ellos, fue fundamental la exclusión de miembros externos al judicial para no violentar las garantías constitucionales de independencia y Separación de Poderes ni permitir que intereses externos politiquen las cortes e influyan indirectamente en sus decisiones.⁴⁶⁷

Lo cierto es que la profesión judicial no es una entidad homogénea, ha cambiado a través del tiempo, hubo épocas en las que fue férrea la oposición a la creación de instituciones externas de control y eso fue creando un judicial autónomo sin *accountability*, una suerte de poder sobre la ley.

En otras épocas su formación contó con el apoyo, principalmente de jueces inferiores y de políticos interesados en limitar el poder de las cortes sobre todo por la revisión judicial. Sin embargo, de ello, y a pesar del apoyo otorgado por el judicial a la creación de los consejos, el beneficio de la imparcialidad en las decisiones judiciales todavía se deja esperar. Cuanto es suficiente la independencia o *el accountability* o cuanto es demasiado, dependerá del contexto legal.

⁴⁶⁵ MONTESQUIEU (2005) pp. 183-189.

⁴⁶⁶ MINEGAR (2011) pp. 389-392; *Cfr.* SANTISO (2003) p.12

⁴⁶⁷ *Ibidem* pp. 393; *Cfr.* SANTISO (2003) p.12.

2.2.2 Nuevos mecanismos de *accountability*

Al pedido de que el judicial debe ser más *accountable* a la sociedad, la respuesta es que los jueces ya son formal e informalmente *accountable* a la comunidad. Informalmente a través de la obligatoriedad de escuchar los argumentos y evidencia de ambos lados, al conducir audiencias públicas. Y formalmente cuando dan las razones sobre las que sustentan sus decisiones que puede además estar sujetas a apelación, salvo las emitidas por las Cortes Supremas.⁴⁶⁸ Sin embargo, no podemos perder de vista que en la apelación, entendida como la etapa de control del cumplimiento de estos mecanismos informales previos a la decisión judicial, el escrutinio se realiza sobre la decisión del juez y no sobre el desempeño judicial sobre el que además no recae ninguna consecuencia. Dado que la apelación se encuentra limitada a la revisión de los aspectos de orden legal del fallo y a las características y circunstancias procedimentales de cada caso civil o criminal⁴⁶⁹, no a los aspectos relacionados con la justicia.

Algo similar sucede con los mecanismos de elección judicial o los procedimientos parlamentarios como el *impeachment*. En los sistemas judiciales en los que la elección judicial ha sido empleada como mecanismo formal de *accountability*, se mantiene la idea de que los jueces no deberían ser elegidos porque existe el riesgo de la dependencia política que se puede dar, derivada de sus campañas y del financiamiento que ellas requieren.

En sistemas caracterizados por el empleo de procedimientos parlamentarios, lo que se cuestiona es la conducta de un oficial judicial, a través de preguntas y debates, pero éstos están más dirigidos a cuestionar la incompetencia, incapacidad o mal

⁴⁶⁸ GRIFFITH (1998) p. 16; *Cfr.* CONTINI y MOHR (2007) p.28.

⁴⁶⁹ GOLDRING (1987) pp. 152 y 154, la persona agraviada por una decisión que quiera apelarla, debe sopesar con algunas dificultades derivadas del procedimiento especialmente cuando las bases para una apelación no son claras, el riesgo de no poder conseguir revertir la decisión es muy difícil. Sobre todo cuando la apelación tiene cuestiones de derecho, incluso para un abogado el poder diferenciarlas del resto de la sentencia. Además ya un proceso de apelación resulta costoso y ello dificulta el uso de este mecanismo. Es muy difícil apreciar la independencia judicial cuando las decisiones son objetables o están mal concebidas.

comportamiento de los jueces, sin llegar a afectar el comportamiento judicial respecto de la decisión.

En una sociedad democrática, se dice, que el poder deviene de la gente, sin embargo, ninguno de estos mecanismos tradicionales o informales de *accountability* han tenido éxito, y esto puede deberse a la independencia judicial, derivando de ella la necesidad de que para la remoción de un juez superior, que es excepcionalmente rara, se requiera del apoyo del gobierno. Y como casos como esos son raros, la presión que se ejerce da como resultado, y antes de la conclusión del procedimiento, la renuncia del juez.⁴⁷⁰

Entonces la independencia termina siendo vista como uno de los cimientos de la autoridad judicial. La razón de ello es, que si bien el aislamiento del judicial del poder político es necesario para hacer justicia, éste debe tener un límite en su exigencia, de manera que se relacione con el compromiso con la regla democrática de la mayoría. No se puede salvaguardar al judicial del control popular, porque ello significaría interferir en los valores de un estado constitucional democrático.⁴⁷¹ Pero es importante considerar que hay conductas que aun siendo parte de la decisión judicial pueden merecer una sanción⁴⁷². El punto es entonces ¿quién juzga a los que juzgan? sobre todo si consideramos lo señalado en párrafos anteriores, en los que se evidencia que sin importar la forma de los mecanismos de *accountability* que además no funcionan, los sistemas favorecen la independencia sobre el *accountability* judicial y con restricciones relativamente menores a éste último.

⁴⁷⁰ GOLDRING (1987) p. 153. El Juez Kaufman reconoce que el proceso de impeachment, fue desde sus orígenes estructurado para ser empleado imperativamente en casos excepcionales. BERGER (1979) p. 824.

⁴⁷¹ FISS (1993) p.60.

⁴⁷² Hay jueces que son conocidos por emitir agravios en el curso de sus juicios, enuncian estereotipos crueles como base de sus decisiones, otros han demostrado total y completa ignorancia de ley, y otros llegando a extremos han decidido casos lanzando una moneda, por lo tanto inmunidad absoluta para los jueces sería llegar demasiado lejos. LUBET (1998) p. 72.

Para juzgar a quienes juzgan, al parecer es necesario reconocer que el *impeachment* parece haber sido diseñado para ser utilizado ocasionalmente, lo que significa que es necesario que existan otras formas de asegurar que los jueces no abusen de la confianza depositada en ellos.⁴⁷³

Si los mecanismos tradicionales no siempre funcionan, puede que la respuesta se encuentre en aceptar mecanismos informales y aceptar otras formas de control. Sin embargo, este aceptar otras formas o nuevos mecanismos de control se dificulta, sobre todo porque entre las relaciones más difíciles de compatibilizar se encuentra la de independencia y *accountability* judicial que afecta a los jueces individuales, principalmente en su comportamiento dentro de la corte, hasta su decisión.

Entonces tal vez el funcionamiento de esa relación, dado que los mecanismos tradicionales no lo logran, puede estar en flexibilizar la visión del *accountability* y la independencia, desde una sujeción rígida de una persona al control de otra hasta a un grado de control más cercano a la capacidad de responder que pueda tener una persona a los intereses de otra.⁴⁷⁴

Esta nueva forma de ver esa relación hace referencia a un modelo que considera tres niveles de flexibilidad⁴⁷⁵, denominados: Modelo represivo, cercano a la sujeción rígida en el que el judicial se encuentra reprimido por los otros poderes del estado; modelo autónomo caracterizado por la completa autonomía de los otros poderes de la sociedad y del judicial; y finalmente el que se considera que combina un grado razonable de *accountability* que subordina al judicial a fuerzas externas pero que lo mantiene independiente.

⁴⁷³ BERGER (1979) p. 825. El Juez Irvin Kaufman (Chief Justice en Estados Unidos) ve al judicial como un cuerpo compuesto por individuos capaces de auto-regularse. Y que por ello la independencia judicial es parte de un ideal histórico y la imparcialidad una parte importante de esa independencia. KAUFMAN, Irvin (1979) p. 4.

⁴⁷⁴ GRIFFITH (1998) p. 16.

⁴⁷⁵ CAPPELLETI (1983) pp. 54-61.

Es en este último modelo en el que podemos analizar los diferentes mecanismos informales de *accountability*, denominados formas de *accountability* Social⁴⁷⁶. Entre ellos, la presión de los pares, de los MCS, de instituciones autónomas, de grupos de ciudadanos, entre otros⁴⁷⁷ unos más relacionados con la cultura interna y otros con la cultura externa de un país. Señalar o sugerir estas nuevas formas no tiene como objetivo, por lo menos no de este trabajo, ser una propuesta a una reforma de los mecanismos formales existentes, solo pretendemos mostrar que existen mecanismos diferentes y ofrecer información de los diferentes modelos relevantes de mecanismos de *accountability* en otras jurisdicciones.

2.2.2.1 *Accountability* profesional o de pares

La tendencia de hoy es que los jueces deben asumir que son y serán constantemente evaluados, y que esa evaluación o presión puede provenir de organizaciones académicas o profesionales o de sus propios pares. Ambos estarán encargados de disciplinar al juez como una forma de *accountability* horizontal indirecto o difuso, en el que el grado de control es muy débil debido principalmente a la información limitada, inespecífica e indeterminada que se puede requerir de ciertos aspectos de la actividad profesional del juez.⁴⁷⁸

La resistencia de los jueces a ser evaluados por otros que no sean sus pares o sus superiores jerárquicos hace que este mecanismo de *accountability* en el que la reputación del agente entre sus pares puede dañarse si actúa en contradicción a las

⁴⁷⁶ GRIFFITH (1998) p. 16; *Cfr.* COLBRAN (2003) p.55, señala que Australia cuenta con un *checks and balance* que incluye el escrutinio público, de reportes de la prensa, asociaciones de abogados, academia, comentario legal, publicaciones legales, etc.

⁴⁷⁷ La profesora Gar Yein Ng en su trabajo de tesis hace una distinción entre lo que ella denomina, *accountability* duro y *accountability* blando. Cuando habla del *accountability* blando (*Soft Accountability*) como un concepto nuevo, señala la necesidad de aumentar los instrumentos como los procesos, de queja, acceso a información, que pueden permitir o facilitar el cumplir con la creciente presión del público respecto del *accountability* judicial. (2007) p.17.

⁴⁷⁸ LINDBERG (2009) p.14. Para Gar Yein Ng el *accountability* blando, está relacionado con la apertura y representación del judicial y es un mecanismo que demanda mayor transparencia, sensibilidad a las diferentes necesidades de la sociedad. Las cortes deben abrirse al público, al dialogo y ser más sensibles a los valores y las necesidades de la comunidad. (2007) p.17.

normas y procedimientos establecidos, además de ser sea débil, como se señaló anteriormente, varía significativamente debido a las normas informales que regulan la relación entre los participantes y a las causas y efectos derivados de la misma.⁴⁷⁹

La supeditación a sujetarse a este subtipo de *accountability*, deriva no de una norma legal establecida, sino del deseo voluntario del juez y la aceptación a ser evaluado⁴⁸⁰. Sus pares serán los únicos que podrán emitir un juicio sobre la calidad de sus decisiones⁴⁸¹. Como su opinión pesa mucho en el pensamiento, el orgullo y la autoestima profesional del juez, permite mantener las normas y procedimientos establecidos.⁴⁸² Contrario a la idea de que la evaluación de pares puede ser una forma efectiva de *accountability*, está el argumento que considera que no se está frente a un mecanismo de *accountability* sino de responsabilidad social, dado que no hay una autoridad externa que asuma el rol de fórum⁴⁸³ encargado de la sanción.

De manera supletoria, se han establecido mecanismos para generar condiciones favorables para este subtipo de *accountability*, pero que al final dependen del grado de compromiso que los miembros asuman y que no necesariamente significa una garantía de transparencia e imparcialidad en las operaciones judiciales, porque muchas veces estas normas sociales de *accountability* compartidas por la cultura interna y externa, es decir por las cortes, los abogados y el público en general, arriesgan a crear una forma de colusión entre actores, en la que se mezclan los intereses y el *accountability* se diluye.⁴⁸⁴

Desde la práctica, este mecanismo disciplinario es más difíciles de abordar y cuantificar. Existe, pero su existencia y la evidencia hace pensar que el impacto sobre los jueces puede ser positivo. Según el trabajo realizado por el profesor Gardner y limitado a los Estados Unidos, la influencia de los pares es el instrumento utilizado con

⁴⁷⁹ CAPPELLETI (2015) p. 51; *Cfr.* GAR (2007) p. 343.

⁴⁸⁰ LINDBERG (2009) pp. 13-14.

⁴⁸¹ GAR (2007) p.177.

⁴⁸² MALLESON (1999) p.67.

⁴⁸³ CONTINI y MOHR (2007) p. 41; *Cfr.* BOVENS (2010) p. 951.

⁴⁸⁴ *Ídem.*

más frecuencia y reconocido como un mecanismo cuyo efecto es determinante como mecanismo de disuasión.⁴⁸⁵

2.2.2.2. La opinión y escrutinio público y los Medios de Comunicación Social (MCS)

El desarrollo de un *accountability* más abierto ha sido importante para algunos sistemas en los que se han generado cambios respecto del nombramiento y profesionalización de los jueces, al igual que ha servido para el escrutinio público del desempeño judicial. El poder y la influencia⁴⁸⁶ judicial se han extendido tanto que de no ser por el accionar de la prensa que a través de un periodismo más crítico monitorea el rol judicial, el comportamiento de los jueces se mantendría casi completamente libre del escrutinio externo.⁴⁸⁷

En todo este tiempo, el control judicial se ha enfocado en aspectos relacionados con la conducta personal de los jueces, escándalos, incompetencia, senectud, enfermedad, pero cuyo monitoreo no afecta directamente la independencia judicial. La preocupación por asegurar consistencia, adecuación y mantener estándares mínimos en el desempeño judicial, recién han comenzado a considerarse relevantes y el rechazo y aislamiento de los jueces ante estas nuevas exigencias, anacrónico.⁴⁸⁸

Anacronismo que ha dejado de lado el escrutinio de las conductas por las que los jueces deberían ser considerados directamente *accountable* y que han sido seriamente cuestionadas ante el fracaso del sistema informal de autorregulación judicial.

⁴⁸⁵ GARDNER (1993) pp. 304-306.

⁴⁸⁶ Por el impacto de los temas en los que ha estado envuelto el judicial, eutanasia, drogas. GAR (2007) p. 61.

⁴⁸⁷ MALLESON (1999) p. 179.

⁴⁸⁸ Ídem. p. 179.

A esto debemos sumar el desarrollo de un periodismo más inquisitivo que ha permitido que la prensa se convierta en un verdadero guardián (wachtdog) del cumplimiento del rol de las autoridades públicas en las que se incluye el judicial.⁴⁸⁹

Las demandas por más autonomía judicial han sido parte de la agenda periodística pero además de las organizaciones de la sociedad civil que permiten el escrutinio público. Dos han sido los pilares sobre los que ambas se han organizado. Uno la imparcialidad judicial y la otra las reformas judiciales que permiten a grupos minoritarios de ciudadanos acceder a la justicia y para quienes las garantías legales o están ausentes o son frecuentemente violentadas. Ambas exigencias se han centrado en casos y reclamos específicos y los esfuerzos han estado direccionados a evitar que las autoridades influyan en las investigaciones o procedimientos.⁴⁹⁰

Esta exigencia de mayor imparcialidad judicial encuentra sus cimientos, señalan Enrique Peruzzotti y Catalina Smuloviz, en el control político de las autoridades sobre el judicial. Significando con ello que el judicial en sus decisiones no es imparcial y que por ello se requiere un control.⁴⁹¹

El papel de la prensa ha sido también de mucha importante en la información entregada al electorado, cuando se trata del accountability electoral en los países en los que los jueces de la alta magistratura deben someter su permanencia a la votación popular. Sin esa participación activa, el *accountability* de las autoridades sujetas a elección sería imposible. En Latinoamérica y Estados Unidos, la prensa como los grupos de escrutinio público como son las agrupaciones ciudadanas⁴⁹², ONGs y veedurías, han

⁴⁸⁹ También considera que la prensa asume el rol de guardián. DASGUPTA y AGARWAL (2009) p. 783.

⁴⁹⁰ PERUZZOTTI y SMULOVIZ (2006) pp. 195-196.

⁴⁹¹ *Ibidem.* (2006) p. 155.

⁴⁹² En Nueva Zelandia se tiene una página Web denominada SST (Sensible Sentencing Trust). Juzgar a los Jueces, la página web lo que permite es evaluar las decisiones judiciales, es una página que no solo intenta avergonzar a los jueces sino educar al público sobre las cortes. <https://sst.org.nz/> 2; *Cfr.* OTEGBEYE (2016) p. 36.

logrado a través de la presión, la exposición de las autoridades políticas inmersas en corrupción y el tratamiento mas justo ante la ley⁴⁹³.

Sin embargo, queda un punto que resulta ser aun más importante que la sola labor de exposición y visibilidad de las autoridades que alcanzan estos grupos de escrutinio público y los medios de prensa y es si se ha logrado en la práctica sancionarlas. Y es ahí donde el debate sobre la efectividad del *accountability* judicial no ha ido más allá de los confines legales y ha estado caracterizado más por un debate retórico e impreciso.⁴⁹⁴

Si bien en lo que respecta a los aspectos cuantitativos se han logrado muchos avances, sobre los aspectos cualitativos se ha hecho muy poco, sobre todo en lo que se refiere a la decisión judicial. La prensa con su constante cobertura y crítica a las sentencias, debido principalmente a la erosión de la confianza y cuestionamiento público a jueces, ha logrado que el judicial lentamente comience a participar en debates públicos. En ese sentido su rol ha sido fundamental haciendo la transmisión de la información del público a los jueces y de los jueces al público.⁴⁹⁵

¿Cómo han reaccionado los jueces ante la presión? La respuesta de los jueces ha variado mucho, hay quienes han participado de esa apertura y otros para quienes la prensa y su trabajo ha demostrado una gran ignorancia por el significado de la independencia judicial. Lo que no deja de ser cierto. Por ello, en algunos sistemas, los jueces han comenzado a ser más activos y responder a estas fuerzas, dejando de lado su ostracismo pasivo como recipientes de críticas, sin que ello signifique que pueden dejar de lado su imparcialidad no por la presión política sino por la presión pública más cuando las decisiones son impopulares.⁴⁹⁶

⁴⁹³ PERUZZOTTI y SMULOVIZ (2006) pp. 226-227.

⁴⁹⁴ La visibilidad mediática es importante y puede afectar la decisión. Las formas mediáticas pueden llevar mensajes y emociones. Aunque el estudio sobre el impacto en el *accountability* judicial todavía está en sus inicios. DAVISON (2014) pp. 188-189.

⁴⁹⁵ MALLESON (1999) p. 179.

⁴⁹⁶ *Ibidem*. p. 185.

Estas nuevas formas de *accountability* como son los medios de prensa y los grupos de escrutinio público, están sujetos a importantes vacíos y déficits, entre los más importantes y que sin duda pueden afectar la efectividad práctica del *accountability* al judicia, es que la prensa por su grado de competencia, e intereses comerciales⁴⁹⁷, tiende a enfatizar conflictos de manera personal⁴⁹⁸ y dramática y ello puede significar que la información al público en ese “cinturón de información entre el público y el judicial”, no sea necesariamente imparcial y confiable.⁴⁹⁹

Las limitaciones de los medios de prensa en la calidad de la información entregada hace que no puedan⁵⁰⁰ posicionarse como un mecanismo alternativo de *accountability* externo. Sin embargo y a pesar de los avances que se han hecho por visibilizar⁵⁰¹ a las autoridades judiciales para la desaprobación pública⁵⁰², la prensa y el escrutinio público no ha logrado hacer *accountable*, principalmente a los jueces supremos ni contrarrestar el desbalance ni balancearlo con la independencia judicial.

2.2.2.3. Ombudsman, las Cortes de Quejas

Las instituciones de *accountability* deben poseer ciertas características para hacer efectivo su rol regulador. Deben estar o aparentar estar distanciados de quienes deben regular, poseer un alto grado de independencia, sus hallazgos tienen que producir un grado de impacto pero, además sus recomendaciones no deben poder ser ignoradas con impunidad pues de lo contrario su efectividad se puede ver afectada.⁵⁰³

⁴⁹⁷ La prensa responde a dos tipos de conflictos: uno los intereses públicos y otro los intereses de quienes los auspician. COBRAN (2014) p.57.

⁴⁹⁸ Uno de los problemas de la prensa es que su enfoque puede ser negativo en lugar de positivo, puede perpetuar mitos populistas, no se hace un análisis legal, puede haber intereses políticos, se puede dar un peso inapropiado, y no hay una evaluación del desempeño judicial de forma sistemática, y muchas de las veces está más interesada en los resultados del caso y no en los “pecados” de los jueces. COLBRAN (2003) p. 57; *Cfr.* La prensa puede malinterpretar o no leer bien las reglas. BINDMAN (1996) p. 64. (traducción propia).

⁴⁹⁹ MALLESON (1999) pp. 190-221 (traducción propia); *Cfr.* VOERMANS (2007) p. 150.

⁵⁰⁰ El control es generalmente débil. LINDBERG (2009) p. 14.

⁵⁰¹ Como una sanción blanda se considera la exposición al público o la publicidad negativa. OTEGBEYE (2016) p. 8.

⁵⁰² SCHEDLER (1999) p. 18.

⁵⁰³ ELLIOT (2013) p. 233.

Las agencias autónomas como los ombúdsmanes o las Cortes de Queja, proveen una forma diferente de *accountability* y es importante partir de esta reflexión para poder comprender su rol cuando es el judicial, y el juez en particular el que estará sujeto a su control.

Una de las experiencias más notables y relacionadas directamente con el judicial es la experiencia sueca del ombudsman⁵⁰⁴ parlamentario como un modelo de *accountability* judicial, y el modelo danés copiado en Estados Unidos, Nueva Zelandia y otros países. Su característica principal fue la exclusión del judicial de la jurisdicción del ombudsman por la creación de una corte especial de quejas.

En este modelo, el Ombudsman es nombrado por el parlamento con la función principal de asegurar que los servidores públicos desempeñen sus funciones de conformidad con las leyes en vigor a través de cuatro representantes distintos, tres de ellos encargados de vigilar el aparato administrativo y uno a cargo del control de los órganos judiciales, función que se explica porque la función jurisdiccional y administrativa pertenecía inicialmente al rey, por lo tanto, debería ser supervisada por el Ombudsmen para la justicia.⁵⁰⁵

A diferencia de Suecia, la corte de quejas del sistema danés tiene como objetivo el cumplimiento de dos funciones: una relacionada con la reconsideración de casos criminales cerrados, y la otra escuchar las quejas contra los jueces, función que ha sido ignorada por quienes se han dedicado al estudio de esta institución.⁵⁰⁶ Y es ese descuido al que se debe prestar atención porque se encuentra relacionado con la cultura legal del judicial y la protección excesiva a su independencia. Dentro del procedimiento de este sistema de queja, se tiene la conformación de la corte para la revisión de casos criminales. El número de miembros es entre cinco y tres jueces, un jurista académico y un abogado. Contrario a ello, para la revisión de las quejas contra los jueces, esa primera

⁵⁰⁴ GRIFFITH (1998) p. 52.

⁵⁰⁵ ANDERSON (1980) pp. 394-395

⁵⁰⁶ *Ibidem.* p. 396

conformación es modificada con la eliminación de los dos últimos miembros citados, mostrando inconsistencias respecto del principio de que nadie debe ser parte en su propia causa.⁵⁰⁷

Si hacemos una comparación entre ambos mecanismos informales de *accountability*, podemos señalar que la diferencia más importante se encuentra, no en el procedimiento o la conformación del ombudsman, sino en como cada cultura legal entiende la independencia judicial. La protección de las cortes en contra del escrutinio judicial externo limita el cuestionamiento del comportamiento judicial. Esta tradición que se replica en varios países⁵⁰⁸ se funda en la percepción tradicional de la independencia judicial que se entremezcla con la idea de que los jueces no pueden ser supervisados. La excepción la encontramos en la concepción de independencia judicial que tiene el sistema sueco en el que los jueces no temen y no consideran que su independencia esté en peligro debido a la supervisión del ombudsman a su trabajo.⁵⁰⁹

Un sistema de *accountability* para ser creíble, debería necesariamente considerar un control externo. De no hacerlo se pone en riesgo el *accountability* como mecanismo de control convirtiéndolo en un acto que blinda al judicial del cuestionamiento externo en lugar de proteger los intereses de la sociedad en su conjunto. El modelo sueco, según Griffith, es un modelo que los sistemas legales deben adoptar como respuesta a la necesidad de controlar el desempeño judicial. El ombudsman judicial plantea como mecanismo de *accountability* el escrutinio externo y no compromete la independencia judicial.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ De cincuenta (50) quejas recibidas en contra de jueces, solo se consideró que una era justificada. En 1952 un solo caso de remoción ANDERSON (1980) p. 397. Los datos que se muestran solo tienen como objetivo mostrar que los jueces no son removidos y que mantienen su independencia; *Cfr.* DASGUPTA y AGARWAL (2009) p.802.

⁵⁰⁸ Estados Unidos, Dinamarca, Finlandia, entre otros. ANDERSON (1989) p. 400.

⁵⁰⁹ ANDERSON (1980) p. 400. Es importante aclarar que el ombudsman no se preocupa de la revisión del contenido de las decisiones judiciales sino si un juez actuó ilegalmente. Como el término ilegal es muy amplio desde la visión del sistema legal sueco, considerar la decisión judicial es indispensable, por lo tanto, parte de su trabajo recae en la revisión de las decisiones judiciales y no solo en su conducta. Ídem. p. 401.

⁵¹⁰ GRIFFITH (1998) p. 52.

Además de estos modelos de *accountability* como mecanismos citados, otras formas también se han puesto en acción. Entre ellas, El SST (Sensible Sentencing Trust, grupo de lobby) y la evaluación por desempeño. La implementación de métodos prácticos ha servido para que se puede mejorar el *accountability* judicial y que las decisiones y el desempeño de los jueces salgan del aislamiento en el que se encuentran a pesar incluso de tener muchas veces consecuencias fatales.

En busca del mismo objetivo se crea la página web bajo el nombre “juzgar a los jueces” (Judge the Judges), página que para sus creadores no solo tiene como finalidad avergonzar a los jueces, sino también educar al público.⁵¹¹

En la evaluación por desempeño el juez pueda hacer su propio análisis, y quienes lo evalúan ven si efectivamente cumple sus funciones como corresponde que lo haga. Son los testigos, abogados, jueces litigantes, los encargados de calificar la conducta judicial, el juez tiene la oportunidad de conocer las críticas constructivas de quienes lo evaluaron, y mejorar su trabajo, esta exigencia inicial de mejora, de no hacerse efectiva es sustituida por la publicación de sus evaluaciones.⁵¹²

Cuando se ve la efectividad en determinados sistemas de estas nuevas formas de *accountability*, lo que observamos es que no es necesario ir muy lejos con la independencia judicial solo lo suficiente como para aceptar las críticas. No significa que se deba dejar de lado los mecanismos tradicionales y solo adoptar estas nuevas formas, pues es importante considerar que ambas pueden llegar a suplir los déficits existentes⁵¹³ en cada sistema. Estas nuevas consignas han permitido, en algunos otros sistemas, abordar el tema del *accountability* como mecanismo, y lo han hecho a través de abrirse y aceptar la participación de quienes están en constante interrelación con

⁵¹¹ THOMPSON y JUDD (s/f) p. 2.

⁵¹² HAINES (2010) p. 926. Su rol se encuentra bajo revisión, por las partes, testigos, abogados, otros jueces y por la sociedad.

⁵¹³ BOVENS (2007b) p. 107.

ellos⁵¹⁴, pero lo importante es que los jueces acepten los límites, porque son límites que han sido impuestos por ellos mismos.

Puesto que los jueces valoran mucho su independencia y sostienen que no hay nada ni nadie sobre ella, cierto o no, el tratar de hacerlos *accountable* a mecanismos formales o informales tradicionales o no o a ambos, en la práctica, transforman estos instrumentos y los convierten en mecanismos amorfos que no dan paso a un *accountability* judicial efectivo. Y si a ello sumamos la ausencia de uno de los elementos más importantes como es el empoderamiento de quienes deben exigir a los que ejercen poder, ser *accountable*, el resultado es la imposibilidad de demandar y sancionar el comportamiento judicial frente a una decisión. De ahí que es posible considerar la existencia de niveles tanto del *accountability* como de la independencia.

2.3 Niveles de independencia y *accountability* judicial: La cultura de protección judicial

El análisis de la independencia judicial basada en los dos niveles de libertades identificadas por Isaiah Berlin⁵¹⁵, se da desde dos miradas una negativa que se refiere a la importancia de que los jueces estén libres de influencias y presiones externas, libres de coerción física y presiones económicas y la otra positiva cuando libremente pueden decidir y alcanzar ciertos objetivos.⁵¹⁶

Llegar a un consenso respecto de la primera no fue tan complicado, como lo fue para la segunda que surge debido a que la independencia positiva no puede escapar a la

⁵¹⁴ BOVENS (2007b) pp. 111-117.

⁵¹⁵ BERLIN (1969) pp. 2-10, libertad de (liberty from), entendida como la ausencia de interferencia de fuerzas externa o individuos y la libertad de decidir (Liberty to). Ambos conceptos ofrecen variados y complejos argumentos muchos de ellos complejos. La libertad engloba una serie de valores, igualdad, justicia, cultura, felicidad humana, entre otros. No se ha llegado un acuerdo sobre el marco referencial de la independencia judicial, muchos autores hacen otras diferenciaciones. Tenemos a Toharía que tiene un análisis diferencial entre imparcialidad e independencia, otros lo hacen considerando la autonomía, como Alberto Binder (2001) p.8; *Cfr.* RICO Y SALAS (1999), entre independencia interna y externa; DIEZ-PICASO (1992) lo hace entre independencia como una función que no es enteramente mecánica. p.2; KARLAN (1999) pp. 525-537.

⁵¹⁶ *Ibidem* pp. 536 y 558.

argumentación subjetiva que considera el rol humano del juez capaz de alcanzar un compromiso incondicional a la independencia judicial a expensas de otros valores. Este factor que se ve como amenaza a la independencia judicial desde un punto de vista positivo puede igualmente explicarse como una protección estructural para otros valores que una independencia incondicional desvaloriza.⁵¹⁷ Si se entiende así la independencia judicial, nos encontramos frente a un concepto que no puede ser considerado único, sino como una constelación de diferentes libertades de influencias externas.

Analizar la independencia desde su concepción negativa, nos sitúa frente a la libertad de coerción, de intereses económicos, y otro tipo o formas de presión popular. Pero cuando se trata de la decisión judicial, debemos medir la presión de los reclamos que se producen para preservar los resultados de esas decisiones⁵¹⁸. Y es la medida de esa presión la que tiene directa relación con el *accountability* de los jueces, ahí es donde nace la protección incondicional a la independencia judicial concebida como una libertad sin influencias ni control, y que puede implicar una autonomía imbatible⁵¹⁹.

Entonces entre la independencia y el *accountability* judicial se produce una tensión que nace de un sin número de razones, que exigen una cercana revisión judicial de la legislación y de las acciones del ejecutivo que requiere que el judicial trate y sea capaz de balancear los derechos con los intereses del pueblo.

En este nuevo rol el judicial limita esa independencia imbatible e incondicional con referencia a los propósitos a los que sirve⁵²⁰ y ello, exige una nueva protección de la independencia judicial pero que al mismo tiempo llame a tener un mayor grado de *accountability*.⁵²¹

⁵¹⁷ KARLAN (1999) pp. 535-536.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 558.

⁵¹⁹ GARDNER (2013) p. 258.

⁵²⁰ *Ídem*.

⁵²¹ ANDENAS y FAIRGRIEVE (2006) p.5.

En esta nueva protección al judicial, consideraremos dos niveles: la protección institucional y la protección individual. A los jueces se les confiere y se les viste con la independencia para que así puedan decidir sin temor ni favores⁵²² y de acuerdo con la ley, a los hechos y a la evidencia presentada ante ellos, sin embargo, esta independencia puede ser invadida de manera colectiva o individual cuando el poder de los agentes del gobierno crea y modificar instituciones judiciales. Esa posibilidad de invasión al judicial se encuentra moderada y protegida por las normas o garantías constitucionales⁵²³ que son las que prevén las condiciones relacionadas con la Separación de Poderes y que restringen el control legislativo sobre el judicial.

Pero además de la protección relacionada con la Separación de Poderes, hay otros procedimientos o métodos de protección a los jueces. Entre ellos el nombramiento, la disciplina, remuneración, seguridad de cargo e inmunidad. El objetivo de éstos es asegurar que un juez no sea removido de su cargo por una decisión contraria a los deseos de quienes ejercen poder⁵²⁴, de los partidos políticos, del gobierno, de grupos interesados, de los MCS, o como sucede en los países donde los mecanismos de remoción donde los estándares son muy elevados como en los sistemas civiles, los jueces son presionados para renunciar a su cargo.⁵²⁵

A ello debemos añadir la protección estructural para mantener a los jueces sin influencias externas, se dice es importante para la independencia decisional de la corte e importante para una justicia de calidad. Y por ello, la protección a la independencia necesita el apoyo de todos, de los abogados y de los ciudadanos y que permita conceptualizar la independencia judicial como un derecho constitucional dentro de la tradición histórica de un estado.⁵²⁶ Pero para mantener la integridad de la ley y la legalidad que las instituciones requieren, se necesita más que la sola protección a los jueces, pues la integridad depende también del deseo y la habilidad de éstos de mantener

⁵²² PIMENTEL (2011) p. 217.

⁵²³ Ídem.

⁵²⁴ PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

⁵²⁵ PIMENTEL (2009) p. 15.

⁵²⁶ SHANE (1998) p. 53.

un desinterés virtuoso en su trabajo, dejando de lado las tentaciones y luchando por lo que se ha denominado como la auto restricción judicial⁵²⁷.

Pero como dejar todo del lado de la protección se convierte en un constante reto, es necesario que esa independencia sea moderada por el *accountability* judicial, teniendo cuidado de que este mecanismo no sea utilizado en contra de los jueces para intimidarlos y obligarlos a torcer la ley para lograr resultados que satisfagan a la mayoría. La independencia debería estar protegida dentro de un limite apropiado que permita a ambos niveles de *accountability* (*institucional* y *decisional*) soportar la independencia judicial con mayor efectividad y gozar de una sana protección y respeto.

Entonces esa protección estructural al judicial debería ser, aquella en la que el judicial no esté demasiado separado de los demás poderes ni de la sociedad, porque ello podría generar poca familiaridad, y la poca familiaridad crea desconfianza y la desconfianza⁵²⁸ en una era en la que la sociedad duda de sus instituciones, da paso a la hostilidad pública.⁵²⁹

Entonces la protección tradicional a la independencia judicial definida como la libertad contra toda influencia o control que acredita una autonomía imbatible y al cumplimiento del *accountability*, debería dar paso al desarrollo de una cultura de coraje e integridad judicial que permita un proceso imparcial y acorde a la ley para todas las partes, esto se hace necesario porque la protección estructural no asegura ni es determinante en la independencia de la decisión judicial.

⁵²⁷ CARRINGTON Y CRAMPTON (2009b) p. 1106.

⁵²⁸ PIMENTEL (2009) p.15. La confianza de la sociedad en las cortes se da por la percepción que se tiene. "The Power of the Courts lies in the trust and confidence of the people", ABRAHAMSON (1996) p. 86.

⁵²⁹ GARDNER (1996) pp. 1238.

2.3.1 El *accountability* y la independencia institucional: La colectividad judicial

Para analizar este *accountability* es necesario referirnos directamente a la colectividad de jueces y su desempeño como un poder separado del estado⁵³⁰, pero en su interrelación con los otros poderes del gobierno respecto de su participación en la administración de sus recursos y personal (funcionarios judiciales).

Para explicar esa relación se hace necesario revisar la doctrina de la Separación de Poderes, pero desde su experiencia con la aplicación del *accountability* judicial como un mecanismo que hace que los jueces respondan colectivamente por sus conductas como un poder separado de un gobierno.

En general la independencia institucional del judicial como un poder considera la separación de los otros actores del gobierno, también lo hace con la libertad de presiones o influencias de grupos de presión u otros factores externos fuera de la ley, que puedan influir en el desempeño de la función judicial⁵³¹.

Como concepto la doctrina de la Separación de Poderes, y como señalamos en párrafos anteriores⁵³² cita que los gobiernos deben estar divididos en tres grandes ramas legislativo, ejecutivo y judicial, pero que además cada uno debe ejercer sus funciones sin inmiscuirse en las funciones de las otras ramas de poder. Para Montesquieu si el judicial se une al legislativo, la vida y la libertad estarían expuestas a un control arbitrario y los jueces se convertirían en legisladores. Si por el contrario se une al ejecutivo, entonces el poder de los jueces sería violento y opresivo⁵³³. Para evitar que ello suceda el mandato de la Separación de Poderes se encuentra establecido en las

⁵³⁰ ABRAHAMSON (1996) p. 70.

⁵³¹ OLOWOFOYEKU (1989) p.55; *Cfr.* MINEGAR (2011) p. 385; FERREJOHN y KRAMER (2002) p.970; GEORGE (2005) p. 1347; ABRAHAMSON (1996) p.70.

⁵³² *Supra* nota de pie 404.

⁵³³ MONTESQUIE (2005) p. 182.

previsiones legislativas y constitucionales de los países democráticos en las cuales se distribuye el poder y la autoridad entre los tres poderes del Estado⁵³⁴.

Es la independencia institucional la que estipula esa separación y lo hace en busca de proteger las leyes que garantizan los derechos y deberes de los ciudadanos, el actuar imparcial de las cortes en la resolución de disputas relacionadas con esos derechos y obligaciones y otras tres condiciones básicas: Seguridad en el cargo, seguridad financiera e independencia administrativa (ejercicio de la función judicial, asignación de casos y control de fondos)⁵³⁵. Los límites que esta independencia le impone al ejecutivo y legislativo evita la influencia sobre el judicial a través del nombramiento o remoción de los jueces⁵³⁶ y asegura que las cortes tengan la fortaleza e imparcialidad para decidir con justicia los casos sobre todo aquellos relacionados con el gobierno.

Si bien el razonamiento de que la independencia institucional como condición necesaria para el ejercicio de la independencia decisional, es fuerte, no se encuentra un respaldo histórico claro ni certeza suficiente de que dicha afirmación sea cierta. Sin embargo, y a pesar de ello el judicial siempre utiliza como defensa, la independencia decisional como un argumento contra la restricción institucional⁵³⁷. Aun cuando la autonomía de decidir imparcialmente puede ser el corazón de la independencia judicial, el concepto va más allá de ser solo decisional⁵³⁸ sobre todo cuando el legislativo es capaz de ejercer presión sobre el judicial si lo desea a través del control de su presupuesto, de las mejoras en el retraso judicial, de la creación de puestos y de mejoras en el sistema judicial evitando la sobrecarga de casos u otras represalias o medidas de venganza⁵³⁹, como una forma de dificultar al judicial como poder cuando están descontentos con las decisiones de los jueces.

⁵³⁴ OTEGBEYE (2016) p. 53.

⁵³⁵ NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) p. 9.

⁵³⁶ *Ibidem*. p.11.

⁵³⁷ KAHN (1999) p. 628.

⁵³⁸ *Ibidem*. pp. 629-630.

⁵³⁹ PIMENTEL (2011) p. 211; *Cfr.* FERREJOHN y KRAMER (2002) p. 977.

Entonces en esa relación el judicial está en deuda con el legislativo y el ejecutivo, lo que no significa que aquello no vaya a influir en los jueces individualmente, pero la amenaza a la independencia decisional resulta siendo menor, y mayor el no contar con un presupuesto, con entrenamiento adecuado de los jueces o con una administración interna efectiva⁵⁴⁰ que evite su dependencia.

En cambio cuando se trata la independencia decisional e independencia institucional se genera una sensación o sentimiento de que la primera requiere de la segunda y que hay una relación crítica entre las dos, en parte esto se debe a que el judicial no hace una clara distinción entre ambas, primero porque sostiene que cualquier incursión a la independencia institucional es por definición una potencial amenaza a la independencia decisional⁵⁴¹ y segundo porque responde a la necesidad de tener una respuesta a lo que es visto por los tribunales como una tendencia continua hacia una invasión legislativa cada vez mayor en las prerrogativas judiciales⁵⁴². Pero dentro de esta interrelación de poderes, no podemos olvidar que separar al judicial de los otros poderes de gobierno, no significa nada si los jueces se encuentran sujetos a las mismas presiones que nos llevan a desconfiar del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial en primera instancia, y ello sucederá si los grupos de influencia u otras instituciones externas pueden ejercer presión sobre él.⁵⁴³

Y esta presión en los últimos tiempos se puede medir en la frecuencia de ataques que se han hecho a las cortes, aun cuando el judicial no los describe como tales, sino actos que hacen un mal servicio a los principios de contar con una institucionalidad independiente o como actos que engañan al público sobre el rol de que tienen los jueces en una democracia constitucional.⁵⁴⁴ Esta situación se hace visible cuando en la legislación se restringe la revisión judicial de las peticiones de *habeas corpus*, cuando se restringe la discreción judicial a través de acciones administrativas y guías para

⁵⁴⁰ PIMENTEL (2011) p. 15.

⁵⁴¹ KAHN (1999) p. 630.

⁵⁴² Ídem.

⁵⁴³ FERREJOHN y KRAMMER (2002) p. 969.

⁵⁴⁴ KAHN (1999) p. 631.

sentencias⁵⁴⁵, cuando hay intentos de recortar el presupuesto judicial y reducir los salarios de los funcionarios judiciales, o finalmente, si se trata de tener control control sobre la disciplina o la práctica y procedimientos judiciales⁵⁴⁶.

La repuesta, de quienes defienden al judicial ha sido fuerte. La sola señal de ataque político del legislativo o ejecutivo convierte al judicial en un efectivo auto regulador. Tan efectivo que los políticos lo liberan de la presión y les permiten hacer leyes cuando hay *casos difíciles* y no responder por sus actuaciones como institución, ¿si el colectivo judicial se encuentra libre de presiones, y nadie está empoderado de juzgar a los jueces entonces qué se hace cuando el judicial como poder es irresponsable?

La reacción debería ser aplicar un *accountability* entre los poderes que sea apropiado pero esencial para evitar las relaciones que no son convenientes entre ellos⁵⁴⁷ y así hacer que el judicial responda a las necesidades del público al que sirve como un poder separado de gobierno⁵⁴⁸. Sin embargo, el *accountability* institucional está limitado a lograr que el judicial responda por el mejoramiento en su administración como poder, los jueces tienen una fuerte percepción de que, para los otros poderes, ejecutivo y legislativo, el judicial es una agencia administrativa, cuya necesidad de fondos ocupa en el proceso presupuestario un lugar equivalente⁵⁴⁹, pero, desde la mira del judicial esto no es así.

La salida del judicial ha sido convertirse en un poder autorregulado e independiente, al que en general el legislativo le entrega mayor independencia del que las constituciones lo establecen o requieren⁵⁵⁰ y raramente ha limitado su poder

⁵⁴⁵ KAHN (1999) p. 630.

⁵⁴⁶ GEORGE (2005) p. 1350.

⁵⁴⁷ BURBANK (2007) p. 909.

⁵⁴⁸ GARDNER (2006a) p. 917.

⁵⁴⁹ Frase perteneciente a un juez de la Corte Suprema de Utah Estados Unidos (Juez Christine Durham) en respuesta a un intento de limitar el presupuesto del judicial. GEORGE (2005) p. 1348.

⁵⁵⁰ GARDNER, (2006a) p. 919.

haciéndolo *accountable* como institución⁵⁵¹ y esto se debe a que la independencia además de ser un concepto normativo que influye en el juez, también lo hacen los mecanismos institucionales y los elementos culturales, importantes ambos ya que son los que varían de una sociedad a otra y que en conjunto garantizan esa independencia⁵⁵². Son el soporte difuso que recibe del público⁵⁵³.

Mientras un Estado o su Constitución no provea por un *check and balance* institucional el *accountability* de cualquier tipo será débil o simplemente no existirá. Este *check and balance* determina el marco en el que dar respuestas y aplicar sanciones, dos de las dimensiones del *accountability*, existen, y eso significaría que para tener un *accountability* institucional, es necesario crear requisitos de información, recaudación, supervisión⁵⁵⁴, elaboración de normas y determinación de áreas de preocupación institucional y no confinar la relación entre los poderes a una comunicación formal,⁵⁵⁵ porque los mecanismos más importantes del *accountability* judicial podrían darse a través de los límites institucionales⁵⁵⁶, sin que aquello signifique que la institucionalidad judicial no evite la política y con ello el reto de limitar la percepción de que las cortes son otro grupo más interesado. Los jueces “*deben mostrar liderazgo y retornar a las normas y costumbres al diálogo y a la habilidad política en las relaciones entre los poderes*”⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Contrario a esta posición el profesor Burbank argumenta que la independencia judicial es de vital importancia, que aunque el juez demuestre integridad los otros poderes del gobierno y el público no siempre están dispuestos a dar al judicial la suficiente confianza para que goce de amplia independencia. Cuando los jueces fracasan en el ejercicio de su integridad. Las fuerzas externas sienten la necesidad de intervenir para debilitar la protección estructural de los jueces, incluso amenazarlos con repercusiones. BURBANK (2008) p.18.

⁵⁵² PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 4.

⁵⁵³ BURBANK (2007) p. 915.

⁵⁵⁴ OTEGBEYE (2016) pp. 1-63

⁵⁵⁵ BURBANK, (2007) p. 917.

⁵⁵⁶ KAHN (1999) p.628.

⁵⁵⁷ BURBANK (2007) p. 910.

2.3.2 *Accountability* e independencia de comportamiento: El juez como persona

El *accountability* se define por el propósito al que sirve como un valor instrumental que tiene como objetivo promover: el imperio de la ley, la confianza pública y la responsabilidad institucional. Cuando se trata del *accountability* judicial hay tres partes que debemos considerar: una parte institucional, una decisional y una denominada de *comportamiento*⁵⁵⁸, relacionada ésta última con el accionar personal del juez y que, a su vez, se subdivide en otras subespecies.

Los jueces deben responder por su comportamiento si éste no se encuentra al nivel de una conducta pasiva de *impeachment*. Eso significa que se debe hacer *accountable* a los jueces por sus conductas, por aquellas que no están necesariamente relacionadas con la decisión de los casos, pero que pueden reflejarse adversamente en su integridad, imparcialidad e independencia al momento de decidir apropiadamente un caso.⁵⁵⁹

Este *accountability* de comportamiento personal que también es denominado *accountability* de probidad y procedimiento⁵⁶⁰, como mecanismo logra que los jueces respondan por conductas que están fuera y dentro de los estrados, disciplinándolos⁵⁶¹ si su accionar con los litigantes es abusivo, si aceptan obsequios inapropiados o si en su vida personal tienen un mal comportamiento⁵⁶².

⁵⁵⁸ La traducción es propia de Behavioral *Accountability*.

⁵⁵⁹ GARDNER, (2006a) pp. 912-915.

⁵⁶⁰ LE SEUER (2006) pp. 78-79.

⁵⁶¹ En este tipo de *accountability*, los jueces están sujetos a procedimientos disciplinarios. Aunque la revisión en apelación ocasionalmente puede incluir críticas al comportamiento judicial o en raras ocasiones se han aplicado sanciones a través de reasignar un caso a otro juez por mal comportamiento, por prejuicios o parcialidad, sin embargo, las acciones disciplinarias citadas, superan en cantidad las situaciones especiales señaladas. GRIFFEN (1998) pp. 75-76.

⁵⁶² GARDNER (2006) p. 920.

Dentro las subespecies de este *accountability* y para dar un nombre a lo ya señalado, y no llevar a confusiones relacionadas con el rol profesional fundamental del juez, cual es decidir, consideraremos dos tipos de comportamiento del juez como persona: en los estrados relacionado con su conducta en todo el proceso judicial, es decir, ocurrida en el lugar de trabajo cuando los jueces son descorteses, racistas, o toman posiciones en casos que todavía están pendientes de decisión y han puesto en peligro la integridad del proceso judicial. Y en su vida privada cuando se encuentra bajo el escrutinio público y su credibilidad como magistrados o jueces neutrales se deteriora⁵⁶³.

Al igual que el *accountability* institucional el *accountability* de comportamiento tiene sus límites. Los jueces podrían estar sujetos al proceso de *impeachment*, sin embargo, el *impeachment* es extremadamente complicado y solo está diseñado en general para abordar las conductas o comportamientos más graves. Algunos países utilizan como mecanismo disciplinador las mociones disciplinarias generalmente para corregir retrasos excesivos en la resolución de los casos y excepcionalmente se ha visto hacer uso de este mecanismo para disciplinar a un juez por una mala decisión, y cuando se lo ha utilizado ha sido en casos de extrema incompetencia.⁵⁶⁴

El uso de estándares como una forma de determinar si una conducta es positiva o negativa tiene también límites que se encuentran en la vaguedad de la definición conductual. –“Una conducta es negativa cuando con el accionar se infringe la dignidad del judicial o deteriora la confianza de una decisión profesional, independiente e imparcial-”.⁵⁶⁵ Sucede lo mismo con los listados de sanciones disciplinarias, que a veces son vagos y largos al considerar desde reducciones salariales, reprimendas, suspensiones, relocalizaciones, cambios de posición hasta la remoción de los cargos⁵⁶⁶ incluso la promoción como forma de sanción⁵⁶⁷.

⁵⁶³ GARDNER (2006) p. 920; Cfr. TARR (2012) p.124; LUBET (1998) p. 61.

⁵⁶⁴ KOSAR (2016) p. 76.

⁵⁶⁵ Ídem.

⁵⁶⁶ KOSAR (2016) pp. 1 y 98.

⁵⁶⁷ La promoción como incentivo sobre todo cuando los jueces son de carrera e ingresan a la carrera judicial desde muy temprana edad y su objetivo es escalar los peldaños lo más alto y rápido posible.

Estas limitaciones repercuten en la posibilidad de determinar el grado de comportamiento o desempeño y distinguir o diferenciar las conductas que se quieren o se consideran como objeto de una sanción, cuando no es posible establecer si el comportamiento de un juez cae dentro de lo que se ha denominado activismo judicial, mala conducta o mal manejo financiero⁵⁶⁸.

La tarea de utilizar estos mecanismos para disciplinar o descalificar la conducta judicial dependiendo de la cultura legal ha estado en manos de los Ministros de Justicia, instituciones independientes y el legislativo, pero como se carece de poder para poder aplicarlos y hacerlos efectivos entonces lo que se ha hecho es delegar esta responsabilidad al judicial,⁵⁶⁹ que podría ser el más apropiado para algunos casos. Sin embargo, esa solución no siempre ha generado respeto ni legitimidad y la percepción ha sido creer que un cuerpo compuesto por jueces no puede investigar la conducta judicial. Ante ello, las respuestas han sido variadas y una de ellas la creación de comisiones judiciales que no necesariamente debían incluir jueces y cuyas atribuciones se debían limitar a ciertos aspectos tales como el mal comportamiento judicial⁵⁷⁰.

Al comportamiento del juez como persona en los estrados y en su vida privada, quiero adicionar una variable que, si bien puede no ser determinante, es importante cuando se analiza la conducta judicial. Esta variable ha sido estudiada dentro de la relación constitucional del judicial con el legislativo⁵⁷¹ y es la cultura legal, porque considero, que dentro de ese comportamiento y como una limitación al *accountability* de comportamiento están las normas costumbres y convenciones que surgen y gobiernan las relaciones de las cortes y el Congreso pero que también influye en el comportamiento personal del juez.

Entonces privarlos de un posible ascenso se convierte en una amenaza para los jueces en una sanción que les puede impedir gozar de un estatus social, económico y todos los beneficios de una promoción. KOSAR (2016) p. 87.

⁵⁶⁸ AMERICAN JUDICATURE SOCIETY (2005) p. 4.

⁵⁶⁹ GARDNER, (2006) p. 921.

⁵⁷⁰ GOLDRING (1987) p. 157.

⁵⁷¹ GARDNER (2006) p. 925.

Cuando nos referimos la cultura legal, estamos frente a prescripciones y procripciones de comportamiento que le dicen a las personas que hacer o que no hacer, son acuerdos informales que gobiernan y restringen la discrecionalidad de la conducta judicial y que surgen gradualmente como resultado de las complejas interrelaciones de este grupo social, del que el judicial es parte y que con el tiempo pueden cambiar, desaparecer o mutar, pero que finalmente pueden determinar la forma en la que la independencia y el *accountability* son ejercidos.⁵⁷²

Estos grupos son la comunidad que influye en su comportamiento, desde la familia, amigos (jueces o no), clubs, asociaciones, religión, la comunidad profesional y política, en realidad todas las fuerzas que pueden moldear el comportamiento judicial y a las que el juez como persona responde.⁵⁷³ Este *accountability* implica que algunos actores tienen el derecho de sujetar a otros individuos a un set de estándares de comportamiento, evaluar su cumplimiento e imponer sanciones si determinan que no se cumplieron con esas responsabilidades, lo importante es que los actores saben retrospectivamente el criterio con el que serán juzgados⁵⁷⁴. Y cuando me refiero a que serán juzgados, no significa que con ello se viole la tan protegida independencia judicial, pues éste *accountability* significa poca o ninguna amenaza para ella, por lo tanto, se espera que los jueces respondan a la amplia categoría de malos comportamientos en los que pueden incurrir.

No existe un argumento válido que demuestre que se compromete la independencia cuando se sanciona a un juez que ha utilizado su oficina para coaccionar, para hacer tráfico y tampoco la imparcialidad y la justicia se ven amenazadas cuando se disciplina a un juez por acoso sexual, por intoxicarse públicamente, por interferir en el cumplimiento de la ley, actuar arbitrariamente, tener actividades políticas

⁵⁷² GARDNER (1983) pp. 305-336.

⁵⁷³ BURBANK, FRIEDMAN (2002) p. 27.

⁵⁷⁴ GRANT y KEOHANE (2005) p.29.

inapropiadas⁵⁷⁵, entre otras⁵⁷⁶. En estas conductas el *accountability* y la independencia no colisionan. Sin embargo, esta situación cambia cuando al disciplinar a los jueces se choca con importantes derechos e intereses personales, como sucede por ejemplo en la cultura legal norteamericana con los discursos de campaña que presentan los jueces ante sus electores.⁵⁷⁷ El debate en este tema se centra en la necesidad de ampliar o restringir esos discursos, decisión que tampoco significa una limitación a la independencia judicial.

Cuando hablamos de mal comportamiento, estamos frente a lo que el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), define como una conducta impropia y no acorde a la ley que afecta directamente a los jueces individuales y al judicial como colectivo⁵⁷⁸. Entonces las limitaciones existentes no pueden ser el pretexto para tener absoluta inmunidad, de serlo, sería llegar demasiado lejos. Es necesario encontrar los métodos que permitan traspasar las líneas y determinar claramente los límites, de lo contrario se corre el riesgo de mantener no solo jueces incompetentes, sino jueces mal comportados.

El empleo de mecanismos formales e informales en algunos sistemas legales como el norteamericano, ha servido para moderar la conducta judicial. Principalmente mecanismos informales, algunos más relacionados con la cultura legal interna como la persuasión, y el apelar a la lealtad institucional, que han servido para responder a los episodios conductuales del judicial. Su efectividad, ha dependido de la amenaza implícita de los mecanismos formales existentes y de la aceptación colectiva de mostrar un buen comportamiento, que son determinantes para que los mecanismos informales sean exitosos. Pues *el aumento del activismo judicial ha acrecentado la necesidad de accountability judicial, la gente tiene dudas de que los magistrados cumplen con*

⁵⁷⁵ LUBET (1998) p. 61. Los casos sobre acoso, intoxicación, tardanzas, etc., son casos de la jurisprudencia americana. Ver notas 22-32 de Judicial Discipline and Judicial Independence.

⁵⁷⁶ TARR (2012) p. 93

⁵⁷⁷ En estos discursos los jueces se comprometen ante sus electores en la forma en la que decidirán los casos y ello pone en riesgo su imparcialidad. Entonces estamos frente a la colisión entre los intereses personales de los jueces y la posibilidad de hacerlos *accountable*. GARDNER (2003) p. 72.

⁵⁷⁸ SHETREET y TURENNE (2013) p.10.

*estándares de buen comportamiento. Puesto que son los que establecen las reglas de comportamiento para todos los demás, tienen que demostrar que el estándar de su comportamiento es al menos tan alto como el más alto por el cual juzgan a los demás. Tienen que ganar esa autoridad moral y justificar la fe que el pueblo ha puesto en ellos. Una forma de hacerlo es mediante la codificación de la ética judicial y la adhesión a ella.*⁵⁷⁹ Lo cierto es que los mecanismos disciplinarios están, pero su disponibilidad y uso no han sido adecuadamente publicitados, por lo tanto, su uso y su aplicación son limitados.

2.3.3 *Accountability* y independencia decisional: El juez individual

Cuando hablamos de la conducta judicial, tradicionalmente dos son los principios fundamentales establecidos constitucionalmente: la independencia judicial y el *accountability* judicial. La independencia judicial que requiere de los jueces imparcialidad al momento de resolver una causa y así mantener la confianza social en sus decisiones con la seguridad de que el judicial no está dominado por un grupo de la sociedad. El *accountability* judicial, establecido también en la teoría constitucional sugiere que los jueces y sus decisiones deben responder por sus actuaciones y de cierta forma lo hacen a través de los mecanismos tradicionales, como las audiencias públicas, la apelación a instancias superiores, recusándose de los casos en los que su imparcialidad puede verse cuestionada o a través del procedimiento.⁵⁸⁰

Aceptar lo señalado, significaría considerar que el *accountability* judicial basado solo en los estándares legales es suficiente, cuando en las modernas democracias la organización judicial está cambiando y ese cambio requiere una visión interdisciplinaria del judicial y su *accountability*,⁵⁸¹ que no deja de lado el debate entre las diferentes manifestaciones filosóficas y políticas del rol judicial en el sistema político.

⁵⁷⁹ PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

⁵⁸⁰ GAR (2011) pp. 104-105.

⁵⁸¹ *Ibidem.* p. 103.

Los jueces solo deben ser interpretes de la ley y buscar el *corpus juris* para la aplicación de la regla más adecuada en una determinada controversia. Esto significa contar con la necesaria protección a la independencia judicial que le permitiría al juez decidir sin interferencias externas⁵⁸².

Ambas manifestaciones, la que considera el accountability basado en estándares y la que propugna una visión multidisciplinaria, se contraponen cuando se trata de la decisión judicial. El modelo tradicional de interpretación de la ley y el modelo basado en las preferencias en el que el juez explota una independencia caracterizada por actitudes y valores personales dejando de lado el resguardo legal, se convierten en los moderadores del debate independencia y *accountability* judicial sobre todo cuando no se tienen claros los límites que la ley puede imponer a esa libertad ni el rol de los jueces en la decisión judicial^{583 584}.

Haciendo eco de lo señalado la dicotomía o polarización entre ambos modelos, no existe, a pesar de que el pensamiento tradicional de independencia no permite dejar de lado el modelo tradicional, ambas preferencias juegan un rol importante en la determinación de la decisión judicial,⁵⁸⁵ pero no así en el *accountability* judicial cuando el pensamiento tradicional y la cultura legal (interna y externa) de un sistema judicial prioriza la independencia judicial limitando su aplicación. Principalmente, porque bajo el modelo tradicional de interpretación de la ley, la independencia judicial es la cualidad más importante de la decisión judicial. Los jueces no pueden tomar decisiones difíciles o de gran interés social si no son realmente independientes de terceros, sea un poder del gobierno o el electorado, lo contrario significaría que, si el juez depende de una aprobación, razonablemente no se puede esperar que decida los casos alejado del deseo

⁵⁸² GARDNER (2008) p. 435.

⁵⁸³ WEBSTER (1995) p. 2.

⁵⁸⁴ GARDNER (2008) p. 435.

⁵⁸⁵ *Ibidem.* pp. 435-436

de quien o de quienes tienen la decisión de mantenerlo en su puesto, por lo tanto si, no pueden ser realmente independientes, entonces por lo menos deben parecerlo.⁵⁸⁶

Este argumento legalista que predica la ficción de que la decisión judicial puede ser explicada solo con referencia a la ley⁵⁸⁷ y a un juez independiente, caracteriza al judicial y su preferencia por una aplicación amplia del principio de independencia que asegura que el juez individual o colectivamente está libre de influencias internas o externas. Y dentro de esa aplicación consagra el concepto de que un juez individual decide los casos de manera justa, imparcial y acorde a los hechos, la ley y no basado en el deseo, el prejuicio o el miedo a represalias,⁵⁸⁸ sin llegar a tomar decisiones de manera arbitraria y sobre la base de preferencias o antipatías personales, por el contrario, condiciona a los jueces a juzgar imparcialmente y basados en la ley⁵⁸⁹.

Esta forma de caracterizar la independencia judicial ha significado excluir el *accountability* en sus diferentes formas, por lo que, quienes toman decisiones en otras esferas de gobierno, deben explicar sus acciones y responder a las consecuencias. Esta priorización del principio de independencia judicial sobre el del *accountability* ha significado que los mecanismos por los cuales los otros poderes pueden ser políticamente *accountable* no se apliquen al judicial.⁵⁹⁰

Bajo esta visión resulta impensable que los jueces puedan ser alejados de sus cargos porque a los otros poderes públicos no les satisfacen sus decisiones, tampoco es posible que puedan rendir *account* ante el legislativo, como lo hacen otros funcionarios de gobierno. Por ello, los mecanismos disciplinarios generalmente han sido restringidos, salvo la apelación considerada como el mecanismo más idóneo y fuerte para el control de la decisión judicial, dado principalmente que el judicial no tiene como rol principal el

⁵⁸⁶ WEBSTER (2004) p. 9; *Cfr.* Los jueces al ser el sostén de la democracia deben en el día a día de su trabajo cumplir con requisitos ante la intimidación, corrupción no solo deben ser independientes, sino también deben parecerlo. CARRINGTON (1998) p. 80.

⁵⁸⁷ GARDNER (2014) p. 444.

⁵⁸⁸ ABRAHAMSON (1996) p. 70.

⁵⁸⁹ TARR (2012) pp. 90-91.

⁵⁹⁰ MALLESON (1999) p.35.

desarrollo de nuevas leyes sino lo que por años se ha venido haciendo, modificarlas, ampliarlas o restringirlas.⁵⁹¹

Para este razonamiento legalista, el Poder Judicial modifica amplia o restringe la ley porque en muchas situaciones es clara y en otras, muy restrictivas. Esto hace que haya consenso legal sobre su claridad, especificidad y consistencia. La dificultad de interpretar la ley, es superada cuando existe jurisprudencia precisa, hechos claros y si su conceptualización e interpretación están institucionalizada, sin importar la filosofía judicial que prevalezca⁵⁹².⁵⁹³ Pero como no siempre es así entonces la sociedad debe comprender que las decisiones judiciales se circunscriben a la ley y que la discreción del juez se encuentra limitada pero que muchas veces se requieren tomar decisiones impopulares⁵⁹⁴, lo que no significa que por ello, se puede pensar en otras formas de *accountability* porque hacerlo significaría una amenaza a la independencia judicial.⁵⁹⁵

Cuando entra en juego esa limitada discreción judicial, se asume la imparcialidad del juez siempre que su justificación sea razonable y se mantenga dentro de lo que una persona inteligente pueda considerar una lectura plausible de la norma y la evidencia empírica. Para el legalista el disentimiento judicial no significa un razonamiento respetable en su divergencia sino, se traduce como una evidencia de parcialidad, en la que el juez se niega a ver lo obvio, porque está influenciado y es corrupto⁵⁹⁶, justificación que deviene de considerar que las leyes se explican por si mismas, y que siempre hay una ley que seguir⁵⁹⁷, aun en casos controversiales, o difíciles solo hay un camino correcto y solución objetiva que debe verse reflejada en la decisión judicial.

Sin embargo, de toda esta argumentación legalista, en su razonamiento real no se llega a una única conclusión sobre lo que una ley es. La elección de un argumento o de

⁵⁹¹ WEBSTER (2004) p. 6.

⁵⁹² FEIN y NEUBORNE (2000) p. 4.

⁵⁹³ SCHEDLER (2004) p. 254.

⁵⁹⁴ ABRAHAMSON (1996) p. 77.

⁵⁹⁵ MALLESON (1999) pp. 35-36.

⁵⁹⁶ SCHEDLER (2004) p. 255.

⁵⁹⁷ Ídem.

otra línea de autoridad puede significar una racionalidad diferente y opuesta a la ya establecida. Los jueces no son todos iguales, y no piensan todos igual aun cuando, “*la mayoría sean blancos, clase media y moderados en sus visiones políticas*”.⁵⁹⁸ Carece de sentido que quienes se preocupan por la independencia judicial como lo hacen los legalistas no centren también su atención en el peso en la independencia que significa tener jueces con las características descritas y como puede influenciar en las decisiones judiciales, “*es como plantar la misma semilla y demandar al proveedor porque cuando salieron las flores lo hicieron con diferente altura debido a la variación de la luz solar*”⁵⁹⁹.

A esta metáfora se reduce la defensa que se hace del principio de independencia judicial, cuando en un sentido real no se la está defendiendo porque los jueces casi nunca actúan independientemente.⁶⁰⁰ Y no lo hacen solo por la presión que se puede ejercer sobre ellos, sino también por la naturaleza de las influencias que pueden afectar su decisión. Hay influjos, apropiados e interferencias inapropiadas o impropias capaces de interferir en la decisión judicial. Si bien la doctrina legalista sostiene que un juez independiente decide de manera imparcial y justa, en la práctica a los jueces se les puede pedir que limpien sus mentes de interferencias respecto de las partes y su argumento, solo en lo que humanamente sea posible.⁶⁰¹

Pero en lo que humanamente sea posible, nos describe a un juez que bien dentro de lo posible puede forzarse a mantener los estándares que su entrenamiento profesional y sus obligaciones del cargo le exigen y decidir los casos de acuerdo con lo que entiende que la ley requiere, dejando de lado sus preferencias personales y compromisos ideológicos, pero también dentro de ese posible, queda la duda de si ese entendimiento

⁵⁹⁸ DELGADO (1999) p. 15.

⁵⁹⁹ Metáfora de Giannina citado por el profesor Richard Delgado en su interlocutorio con Rodrigo su *alter ego*. (1999) p.15.

⁶⁰⁰ DELGADO (1999) p. 37.

⁶⁰¹ MALLESON (1999) p. 63.

de lo que la ley requiere es el adecuado,⁶⁰²sobre todo cuando sus decisiones son objetables o están mal concebidas⁶⁰³.

Si uno cree que un juez no posee una discreción real, entonces los jueces se convierten solo en seleccionadores del *corpus juris* que mejor conocen, la preocupación será si efectivamente ese juez posee el conocimiento y no el hacerlo *accountable* por su decisión. En un escenario como el descrito el interés de parte de los jueces por seleccionar a quienes ocuparan los cargos sería determinante⁶⁰⁴ y la crítica reducida solo a la revisión de pares y la posibilidad de un *accountability* externo nula. Sin embargo, los jueces no siempre dejan de lado sus preferencias personales, no conocen el *corpus juris* que seleccionan y no se encuentran libres de influencias impropias o no, que afectan su decisión. La familia, amigos, academia, política que pueden alterar su imparcialidad tanto como la presión del gobierno (legislativo y ejecutivo)⁶⁰⁵. Algunos de los puntos señalados se convierten en parte de los fundamentos que nos llevan a sostener el modelo de las preferencias, caracterizado por un pensamiento judicial que permite al juez implementar y explotar su independencia al grado en que sus decisiones tienen rasgos basados en sus valores y actitudes personales sin una particular preocupación por la norma.⁶⁰⁶

En el movimiento del legalismo real, de 1920, parte de la visión multidisciplinaria, reta el pensamiento tradicional de que los jueces no son autómatas que, mecánicamente, dividen y aplican el verdadero sentido de la ley, sino que son personas influenciadas por sus experiencias, ambiciones, educación y valores para quienes la ley deja de ser trascendental. Este extremo, es moderado por lo llamados neoinstitucionalistas para quienes la decisión judicial tiene características actitudinales influenciadas por un pensamiento estratégico el que reconoce la importancia de la ley,

⁶⁰² TARR (2012) p. 102.

⁶⁰³ LUBET (1998) p. 67.

⁶⁰⁴ WEBSTER (1995) p. 5.

⁶⁰⁵ MALLESON (1999) pp. 62-63.

⁶⁰⁶ GARDNER (2014) p. 435.

pero rechaza la idea de que es el único y exclusivo determinante y toma en serio las sospechas extralegales⁶⁰⁷ de la decisión judicial.⁶⁰⁸

Ello significa que se acepta la posibilidad que entre muchas razones, de encontrar la razón legal en variadas y complejas combinaciones. Si se mantiene la premisa tradicional que la independencia judicial existe por la sola razón de promover la ley, entonces si la decisión judicial es moldeada por otras razones más, la justificación para la independencia judicial se desvanece.⁶⁰⁹ En cambio si se acepta que las actitudes y la ley juegan un rol importante, la justificación de la independencia judicial permanece intacta pero se acomoda a las diferentes interpretaciones y escenarios de la decisión judicial, dejando de la lado a la idea de la supremacía judicial⁶¹⁰.

En este escenario el *accountability* judicial compite entre dos modelos: uno que considera que los jueces son los llamados a resolver sus propios asuntos como forma de proteger la independencia judicial y el otro que considera la alternativa del control político y electoral sobre los jueces bajo el argumento de que en sus decisiones unas veces siguen la ley y otras implementan sus preferencias.⁶¹¹

Con el modelo de control externo lo que se pretende es que el sistema judicial tenga una perspectiva de vigilancia externa para asegurar el *accountability* judicial.⁶¹² En otras palabras, se trata de asegurar la independencia judicial y la adhesión a un proceso justo aislando el mismo proceso de corrupciones externas y dejando a los jueces adherirse a las reglas formalistas o a una interpretación más flexible, a la luz de sus propias preferencias⁶¹³ y alcanzar los principios de una buena justicia⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ SCHEDLER (2004) p. 251.

⁶⁰⁸ GARDNER (2008) pp. 438-439.

⁶⁰⁹ *Ibidem* p. 443.

⁶¹⁰ TARR (2012) p. 96.

⁶¹¹ GARDNER (2008) p. 446.

⁶¹² MINEGAR (2011) p. 386.

⁶¹³ GARDNER (2014) p. 448.

⁶¹⁴ GARDNER (2006b) p. 914.

En ambos modelos en los que el *accountability debe competir*, ¿cuál es entonces la relación independencia y *accountability* cuando se trata de la decisión judicial en un escenario en el que la independencia judicial no ha sido cuestionada como figura dominante, omnipresente ni como instrumento que permite aislar la institucionalidad judicial moldeada por una cultura legal que ha permitido al papel autoritario de este principio, dando lugar a que se lo utilice como argumento en contra de los cambios y la innovación judicial?⁶¹⁵

Siendo la cultura de un sistema judicial, las normas y los valores que ejercen mucha influencia entre sus miembros, y ellos se encuentran caracterizados por el no cuestionamiento al judicial, el Poder Judicial parece operar como un club cerrado que protege a sus miembros de las “*influencias externas impropias*”. El juez decide libre de presiones y libre de sanciones no porque el proceso de selección, o de remoción determine su independencia, sino porque la independencia judicial es valorada en la sociedad y ello hace que los jueces se esfuerzan por cumplir con esa norma⁶¹⁶.

La importancia de que un juez no solo sea independiente, sino que deba parecerlo⁶¹⁷, como ya lo citamos, refuerza el hecho de que el poder y la autoridad del Poder Judicial dependen del valor que la cultura legal le atribuye a la independencia y al *accountability* judicial. Los mecanismos tradicionales de *accountability* tienen aplicación limitada cuando se trata de responder por la decisión judicial. Tradicionalmente se han mantenido distantes de las presiones sociales del día a día y de la vida política. Este distanciamiento además de reforzar la independencia judicial ha mantenido al judicial dentro de una cultura aislada y renuente de adoptar una mirada más amplia que responda a los intereses de la gente a la que sirve.⁶¹⁸

⁶¹⁵ MALLESON (1999) p. 68.

⁶¹⁶ ABRAHAMSON (1996) p. 79.

⁶¹⁷ WEBSTER (2004) p. 9.

⁶¹⁸ MALLESON (1999) pp. 41-43.

Los jueces parecen negarse a considerar seriamente que las influencias externas juegan un rol importante,⁶¹⁹ aun cuando cada estudiante, abogado y juez entiende que los valores influyen en la elección que hace un juez y que las decisiones no siempre pueden explicarse por la doctrina legal o cuando un juez opera en un sistema judicial independiente colectiva e individualmente, y que puede mostrar parcialidad en su decisión. Por ello, los jueces no deben estar confinados a una torre de marfil, ni estar sujetos a las influencias externas, pero deben ser consientes de los efectos de sus decisiones en la vida real, y no dejar que se conviertan en decisiones con una lógica estéril.⁶²⁰

Sin embargo, aun cuando las decisiones de los jueces están influenciadas por el modelo tradicional de interpretación legal y el modelo basado en las preferencias, cuando la demanda por más *accountability* aumenta, los jueces toman el podio en defensa de la independencia judicial⁶²¹ y su relación con el razonamiento legal, entonces esto nos lleva a concluir que el *accountability* judicial no depende solo de cómo está estructurado un sistema judicial sino como la cultura legal internaliza el principio de la independencia judicial, hay culturas en las “*no hay poder sobre los jueces que controle sus decisiones no hay autoridad que pueda removerlos y no pueden ser controlados por la ley o la legislatura. Son independientes de la gente de la legislatura y de cualquier poder bajo el cielo*”⁶²².

2.4.- La conducta judicial: Reglas que regulan su comportamiento

La independencia judicial ha sido ampliamente considerada como un prerequisite del imperio de la ley y la garantía fundamental de un juicio justo, traducido

⁶¹⁹ GRIFFITH (1998) p. 132; Cfr. MALLESON (1999) pp. 62-63; Steven Croley (1995) p. 762, respecto de la influencia que tiene la ideología del juez en la decisión judicial.

⁶²⁰ HEFFERNAN (1997) p. 1046.

⁶²¹ GRIFFITH (1998) p. 594.

⁶²² Essays of Brutus No. XV, Mar. 20, 1788, in 2 THE COMPLETE ANTI-FEDERALIST 437, 438 Citado por CARRINGTON y CRAMPTON (2009a) p. 549. La traducción es propia de: “*There is no power above them, to controul any of their decisions. There is no authority that can remove them, and they cannot be controuled by the laws of the legislature. In short, they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven.*”

esto en la piedra angular de un sistema de gobierno en una sociedad democrática y la salvaguarda de la libertad y los derechos de los ciudadanos bajo la ley. Su función y propósito ha sido fácil de determinar, más no así su exacto significado y eso la ha sujetado a caprichos, interpretaciones y diversos usos.⁶²³

Uno de ellos tiene relación con la conducta judicial, es decir, el rol constitucional de decidir las disputas de manera justa, imparcial, conforme a derecho y con la evidencia presentada ante ellos y con el objetivo de alcanzar la confianza pública en las cortes por el accionar independiente de los jueces cuyo resultado será el anhelo de cumplir con las decisiones judiciales.⁶²⁴ Aun cuando la confianza de la sociedad en las decisiones de los jueces es fundamental no debería considerarse como un elemento exclusivo de la independencia judicial.

Si bien es importante que los jueces sigan la ley, sean realmente imparciales y dejen de lado sus intereses, lo que cada vez se ha sido más difícil, debido principalmente a la sustitución de un legalismo que no va de la mano del *accountability* sino que solo requiere de los jueces, por el realismo real que encarna, ser menos estrictos con los textos existentes y estar más atentos a las consecuencias sociales de sus juicios.⁶²⁵ Ello ha significado que cuanto más importancia se le da a lo social, resulta más difícil dejar de lado las preferencias personales, políticas, intereses familiares y la pasión u odio, lo que ha su vez ha generado reacciones sociales a las consecuencias de sus decisiones.⁶²⁶

Entonces, si uno de los objetivos de la independencia es fomentar la confianza pública en las cortes, aspecto esencial de un sistema legal que depende de la voluntad de legitimidad para cumplir las decisiones judiciales, el *accountability* podría ser visto como el apoyo para alcanzar ese objetivo. Puede caracterizarse, por un lado, como un sistema que inculca valores e intereses de quienes están dentro de una organización y del

⁶²³ WOODHOUSE (2006) p. 122.

⁶²⁴ GRAY y HOLLAND (2000) p. 117; *Cfr.* PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

⁶²⁵ CARRINGTON y CRAMTON (2009b) p. 1107.

⁶²⁶ Ídem.

comportamiento dentro de la misma. Por otro, puede determinarse como un mecanismo que analiza si una organización construye esos valores e intereses dentro de sus propias decisiones y acciones.⁶²⁷

En ese sentido el *accountability* podría ser considerado ya no como un mecanismo que se contrapone a la independencia judicial, sino como un canal de comunicación que: 1) transmite información sobre el funcionamiento de la organización a quienes tienen el derecho a tenerla o saber sobre ella. La información puede incluir los objetivos, valores fundamentales y los intereses que se deben proteger y 2) transmite métodos y técnicas que aseguran que los miembros de una organización actúan consistentemente con esos valores e intereses, entonces el *accountability* se convierte en ese complejo de medios que refuerzan la responsabilidad de los actores.⁶²⁸

Así la tradicional protección estructural a los jueces deja de ser determinante para la independencia personal del juez. Al igual que los mecanismos disciplinarios, u otro tipo de amenazas a la carrera de los jueces o a la inamovilidad como sanción a un mal comportamiento, ya no son la base del *accountability* personal de un juez. La fortaleza o la debilidad de ambas protecciones, deja de ser una medida exacta del grado de la verdadera independencia judicial que existe en un sistema.⁶²⁹

La información transmitida de los valores y objetivos puede permitir al juez enfrentarse independientemente a la presión externa porque tiene un compromiso ético⁶³⁰ y una conducta sujeta a estándares que doblega los excesos sin dañar la independencia y preservando la imparcialidad e integridad del judicial⁶³¹. Es necesario que un juez demuestre un comportamiento elevado y se adhiera a principios éticos y principios legales de la cultura en una sociedad, para ganar la autoridad moral y

⁶²⁷ CONTINI y MOHR (2007) p. 30.

⁶²⁸ Ídem.

⁶²⁹ PIMENTEL (2009) p. 28.

⁶³⁰ Ibídem. p. 27.

⁶³¹ JUDICATURE (2003) p. 259.

justificar la fe de la gente en el judicial.⁶³² Una sociedad debería poder exigir que sus jueces cumplan no solo con la moralidad de la constitución sino que la base debería ser la moralidad ética de su comunidad.⁶³³ Algunos intentos se han hecho para que esa información se vaya dando y que el judicial se sujete al cumplimiento de estándares que no dañan la independencia, pero todavía no son suficientes.

2.4.1. Principios básicos de la independencia judicial – Las Naciones Unidas (ONU)

Los principios básicos de la independencia judicial aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de las resoluciones 40/32 de 20 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985,⁶³⁴ establecen veinte (20) principios fundamentales para el resguardo de la independencia judicial y que pueden resumirse, pero no limitarse a:

a) Independencia institucional e individual del Poder Judicial – La independencia judicial debe estar garantizada por el estado y por la Constitución o las leyes de un país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura que tendrá autoridad exclusiva para decidir cuestiones dentro de su competencia o atribuidas por ley. Sus decisiones basadas en los hechos y en consonancia con el derecho, no admitirán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales y las instituciones gubernamentales de toda índole, respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.⁶³⁵

Con este principio lo que se pretende es asegurar que el proceso judicial sea llevado con imparcialidad y que los derechos de las partes sean respetados. Para alcanzar

⁶³² PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

⁶³³ PIMENTEL (2009) p. 15.

⁶³⁴ NACIONES UNIDAS (1985) Los principios que serán enunciados serán los que se encuentran más relacionados con el *accountability* judicial y la conducta ética del judicial.

⁶³⁵ NACIONES UNIDAS (1985).

aquello el estado debe proporcionar los recursos necesarios para garantizar que el judicial pueda desempeñar esas funciones.⁶³⁶

b) Libertad de expresión y asociación – Cumpliendo con la declaración universal de los derechos humanos los que sean parte del judicial son considerados como cualquier ciudadano con derechos de expresión, creencia y libertad de asociación. Sin embargo, deberán conducirse de manera de preservar la dignidad de su institución, la imparcialidad y la independencia judicial.

c) Competencia profesional, selección y formación – Quienes ocupen cargos judiciales deben ser personas idóneas con una formación y calificación jurídica apropiadas para desempeñar sus funciones. Los métodos que sean utilizados para la selección del personal apropiado deben garantizar que ese objetivo se cumpla. En la selección no habrá discriminación alguna por raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole social, económica o condición de nacimiento. Salvo las regulaciones que establecen los requisitos para ocupar cargos judiciales y que tengan relación con el país en que se cumplirán las funciones.

d) Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo – Todo procedimiento que se adopte contra un juez por una acusación formulada por su actuación judicial y profesional, se tramitará con prontitud e imparcialidad. El juez tendrá derecho a ser oído en la etapa inicial previo al examen de la cuestión, el que será confidencial a menos que el juez solicite lo contrario. En la resolución que se adopte el juez solo podrá ser suspendido o separado de su cargo por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones. Estas medidas no pueden ser aplicadas a tribunales supremos.⁶³⁷

⁶³⁶ MOHUMED (2014) p. 3.

⁶³⁷ Ídem.; *Cfr.* supra pie de página 619.

2.4.2. Código Bangalore de la Conducta Judicial⁶³⁸ – Un código pionero

El año 2000, un grupo de ocho países se reunió con la finalidad de tratar el tema del *accountability* y la independencia judicial desde una visión que permitiera proveer de un mecanismo para que los jueces fueran *accountable* en la práctica de la jurisdicción a la que sirvieran, no a través de la elección o el voto popular sino que mediante la absoluta adhesión a un conjunto de valores judiciales. Este código es pionero en el área del *accountability* judicial con estándares que exigen a los jueces una conducta ética.

En este documento se asume que los jueces son *accountable* por su conducta ante instituciones establecidas para mantener la imparcialidad, la transparencia y la independencia como estándares judiciales.⁶³⁹ El asegurar que en la práctica puedan cumplir con estas exigencias tanto en su decisión como en el proceso mismo, se hace a través del fortalecimiento de la integridad del rol judicial dentro de lo que es su competencia⁶⁴⁰. Entonces los jueces en la aplicación práctica de su rol, no solo tienen que conducirse con propiedad o aparentar hacerlo, sino también debe someterse a restricciones personales evitando situaciones que puedan levantar sospechas de favoritismo o parcialidad que puedan poner en duda la dignidad judicial.

Dentro de una conducta ética los jueces no pueden mandar señales amenazante o intimidante a la sociedad en su conjunto, pues el hacerlo significaría perder su decoro y traer mala reputación a la institución judicial, pero principalmente perderían la confianza de la sociedad en el sistema judicial en general⁶⁴¹, que es lo que sucede cuando la sociedad comienza a exigir más *accountability*.

En estos códigos de conducta internacionales y las recomendaciones en ellos establecidos, tres principios se interrelacionan con la independencia y el *accountability*

⁶³⁸ Traducción propia de “*The Bangalore Principles of Judicial Conduct*”.

⁶³⁹ THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) p.10.

⁶⁴⁰ Ídem.; Cfr. Cinthia Gray (2004) p. 1246, señala que los los códigos de conducta los que hacen requerir al juez que respete y cumpla la ley, que se fiel a la ley y que mantenga su competencia profesional.

⁶⁴¹ PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p; Cfr. BRODY (2008) p. 8.

judicial: La transparencia, la integridad y la imparcialidad. Como principios éticos tienen como objetivo lograr que la conducta judicial sea *accountable* pero sin arriesgar su independencia. Estos principios podrían llegar a cumplir con ese objetivo fundamental cuando modifican y amplían su alcance respecto de la independencia judicial. Pues la transparencia tradicionalmente fue enfocada en la publicidad de los procesos judiciales y, en países de derecho común (Common Law), en la publicación de decisiones razonadas. La apertura de las cortes a la publicidad libre y accesible sobre el procedimiento y la organización de las cortes, son algunos de los cambios que se correlacionan con los objetivos antes mencionados⁶⁴².

Cuando se trata el principio de la integridad judicial, nos encontramos frente a un principio ampliamente utilizado para establecer los límites de la responsabilidad de los jueces y del judicial como institución, ahora y frente a las nuevas exigencias éticas, su enfoque lo convierte en un concepto holístico que articula los principios de transparencia, *accountability*, independencia e imparcialidad⁶⁴³, para permitir el funcionamiento efectivo del judicial.

El cambio el alcance de estos principios, ha sido establecer medidas que aseguren el *accountability* entre jueces y el proceso a través del cual se implementen las medidas disciplinarias que van desde simples llamadas de atención hasta la remoción de cargo. Las malas señales judiciales enviadas a la sociedad son castigadas a través del proceso sancionatorio a cargo de una institución externa e independiente del judicial o de un consejo⁶⁴⁴ conformado por jueces con inclusión de algunos miembros del ejecutivo y legislativo poniendo, sin embargo, cuidado en preservar y no comprometer la independencia judicial.⁶⁴⁵

⁶⁴² THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) p. 12.

⁶⁴³ *Ibidem*. p. 13.

⁶⁴⁴ En algunos sistemas se han hecho los intentos con Comisiones encargadas de la conducta judicial. BEAUCHAMP y KING (2010) p. 9

⁶⁴⁵ THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) p. 11.

Los esfuerzos no se han limitado a los códigos de conducta ética mencionados, junto a éstos hay otros instrumentos internacionales dirigidos a mejorar la conducta judicial. Entre ellos, tenemos el Index de la Reforma Judicial, las Reglas de la Asociación Americana de Derecho, el reporte especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los jueces y abogados y otras normas aprobadas en diferentes países, y cuyas características y alcance varían dependiendo del sistema legal y la estructura judicial.⁶⁴⁶

La aprobación y empleo de estos nuevos mecanismos de *accountability* judicial han modificado la relación del *accountability* e independencia judicial, tanto en el sistema del derecho común (Common Law) como en el de derecho civil. Esta modificación en general se traduce en el alto nivel de consenso alcanzado en la aplicación del *accountability* al incumplimiento de algunos estándares relacionados con la administración de las cortes⁶⁴⁷. La adopción eficaz de estos principios éticos de conducta judicial y los mecanismos para disciplinar su incumplimiento, pueden variar dependiendo del contexto y la tradición legal y política de los países. En algunos países pudo llevarse a cabo a través de mecanismos tradicionales de *accountability* arraigados en el sistema legal, en otros de nueva creación a través de la implementación de mecanismos constitucionales o legislativos⁶⁴⁸.

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos realizados, respecto del *accountability* a las decisiones judiciales, el acuerdo sobre proteger la independencia judicial, y no disciplinar las decisiones sustantivas, salvo a través de la apelación, parece ser todavía que en algunas culturas legales como la chilena sigue siendo imbatible.

⁶⁴⁶ THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) p.14.

⁶⁴⁷ En el análisis que hace el profesor Charles Gardner (2006b) p. 911, en su trabajo titulado “*Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric*”, establece tres categorías de *accountability* judicial (institucional, el de comportamiento y el decisional) y con ellas demuestra los intentos, no controversiales, de *accountability* judicial, los que coinciden con los aspectos administrativos.

⁶⁴⁸ THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008) pp. 14-18.

2.4.3 Jueces protegidos e independientes: El comportamiento judicial en su decisión

El comportamiento del juez es lo que caracteriza su dominio de independencia en las decisiones judiciales y jurisdiccionales, esto se traduce en como dirige el proceso y como se decide⁶⁴⁹. Dentro de esta autonomía decisional hay reglas que gobiernan la actividad del juez, dentro y fuera de los estrados y que han sido implementadas desde la perspectiva de no dañar la independencia judicial en la parte que es más importante, como es su decisión.⁶⁵⁰ Esta protección parte de la premisa de que el público cuando está seguro de que los jueces están sujetos a ciertos castigos por su conducta, es más proclive a aceptar la decisión judicial, hecho que beneficia al judicial y a la sociedad en general⁶⁵¹, y esto se debe a que la sociedad le interesa que las decisiones de las cortes sean consistentes, que no sean arbitrarias y que no dependan de la personalidad o actitud de un juez. Lo que no quiere decir que en la realidad los jueces aplican la ley de una forma mecánica, sin hacer referencia a sus propios valores, perspectivas y concepciones de justicia.

Aun cuando las decisiones judiciales son tomadas por humanos con valores diversos y que inevitablemente puedan tener la intrusión ilegítima de criterios extralegales en su decisión. O puede suceder que aun cuando el juez se adhiere a los límites de la ley y la jurisprudencia, existe un rango de elecciones legítimas en ciertos casos y ello admite la posibilidad inevitable de un rango de cosas correctas e incorrectas en un escenario determinado⁶⁵², lo deseable es siempre que no se alejen de las reglas establecidas llegando a ser arbitrarios.⁶⁵³ Y es por eso que el conflicto entre la aplicación del *accountability* y la independencia judicial, cuando se trata de la decisión judicial, no solo deviene de la amenaza de un régimen disciplinario a la independencia judicial a esa

⁶⁴⁹ PÉREZ-PERDOMO (2003) p. 4.

⁶⁵⁰ BEAUCHAMP y KING (2010) p. 6.

⁶⁵¹ Ídem.

⁶⁵² PIMENTEL (2009) p. 19.

⁶⁵³ GARDNER (2008) p. 435.

estructura que protege a los jueces de influencias externas, sino también al ámbito de independencia práctica de cada juez, donde esa relación puede hacerse borrosa.⁶⁵⁴

Cuando en la decisión se revela ignorancia grave del Derecho, una clara negligencia, mala fe, abuso de autoridad o está fundada en lo que Fernando Atria⁶⁵⁵, sobre la base de los argumentos del juez Stephen Breyer, llama *preferencias explícitamente personales* en las cuales el juez solo puede indicar su predilección abusando de su poder y discrecionalidad, las legislaciones han llegado a consensos, sobre las responsabilidades disciplinarias y la aplicación del *accountability* a ese comportamiento. *Accountability que se explica* como ético legal, del poder del juez, dado que el juez puede decidir conforme a derecho, lo que significa que el ignorante del derecho no debería poder ser juez.⁶⁵⁶

¿Qué sucede, sin embargo, si aun cuando la decisión está fundada en derecho y se han considerado las diferentes interpretaciones en un escenario determinado, la decisión judicial revela un error o una moderada alteración⁶⁵⁷ de la ley? en la que la conducta del juez ya no es tan clara? Dos son los escenarios posibles, el primero que sean corregidos por las cortes de apelación en cumplimiento de su rol y segundo por una sanción referida al *accountability* decisonal.

Considerando que la apelación como mecanismo de *accountability* tradicional fue abordado en un punto anterior⁶⁵⁸, nos centraremos solo en el *accountability* decisonal, en cuyo análisis consideraremos principalmente, sin que ello signifique la exclusión de otras visiones, la posición del profesor Charles Gardner Geyh⁶⁵⁹ en su análisis crítico de la decisión judicial, pero tratando de tener una visión más amplia, consideraremos la ética personal del juez moldeada por la cultura de un determinado

⁶⁵⁴ DAY (2008) p. 2.

⁶⁵⁵ ATRIA (2009) p. 352.

⁶⁵⁶ PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 100; *Crf.* GRIFFITH (1998) p. 203; GARDNER (2006a) pp. 915-916.

⁶⁵⁷ BLOOMT y SERKIN (2012) p. 554.

⁶⁵⁸ *Supra* nota de pie N° 462 y 359.

⁶⁵⁹ GARDNER (2006) pp. 911-917.

sistema legal. Tratando de mostrar que la intención, en la práctica no es lo que determinará el *accountability* por el error en la decisión judicial, sino que ello, depende al final de los valores, justicia sustantiva y el poder que detentan los jueces y que puede variar dependiendo de la corte, (cultura) que es la que articula lo importante y apropiado de mantener al judicial con ciertos estándares y valores.⁶⁶⁰

El profesor Charles Gardner Geyh, respecto de la decisión judicial señala que los jueces pueden ser sancionados solo por las decisiones a las que él denomina impropias y sostiene su argumento fundándose en la intencionalidad del error y la necesidad de limitar el universo de situaciones por las que los jueces pueden ser *accountable*.

Partiendo de la idea de considerar que los errores en la decisión no son intencionales.⁶⁶¹ distingue dos tipos de errores en la decisión: el error inadvertido y el error deliberado y sobre la base de la intencionalidad (el estado subjetivo de la mente judicial) considera que de ambos, solo el segundo debería estar sujeto a una sanción, siempre que se pueda establecer con evidencia clara y fehaciente que el juez llegó a una conclusión errada sabiendo que su comportamiento era imprudente⁶⁶². Sin embargo, considera que se debe limitar⁶⁶³ el universo de situaciones por las que el juez puede ser *accountable* por esos errores, debido al riesgo que implican los ataques constantes de los actores políticos a los que se encuentran sometidos los jueces. En consecuencia, un juez

⁶⁶⁰ BANDES (2006) pp. 948-949.

⁶⁶¹ Charles Gardner (2006b) pp. 922-924, señala que en una decisión puede haber dos errores uno intencional y otro que no lo es. Y dentro de los errores intencionales o impropios se encuentran aquellos relacionados con beneficios económicos, favoritismos políticos, entre otros.; *Cfr.* Gretchen Carpenter (2006) pp. 370, cita las formas en las que se remueven a los jueces como un aspecto importante de la independencia judicial. Menciona a las razones por que las que los jueces en Inglaterra pueden ser removidos, cita el discurso del Juez King en Australia en el que debe ser clara la mala conducta o conducta impropia del juez.

⁶⁶² Cuando decimos que un juez sabe que es imprudente, nos referimos a que el juez intencionalmente es capaz de dejar la ley de lado, de recibir coimas, de decidir sobre la base de interés financieros, o favoritismos personales, políticos, religiosos, raciales y que son incapaces de honrar la gran responsabilidad que la sociedad les entrega al confiarles la decisión sobre los derechos fundamentales. BEAUCHAMP y KING (2010) p. 19; *Cfr.* GARDNER (2006b) p. 934.

⁶⁶³ Mauro Cappelletti también considera razonable limitar la obligación legal por errores serios de hecho o derecho. (2015) p. 14.

cuyo error es honesto, solo puede ser sometido a medidas correctivas, y excluye las punitivas, eso significaría que no puede ser sancionado.

A esta taxonomía planteada por Gardner, se pueden hacer algunos cuestionamientos referidos a la falta de una definición clara de activismo y política⁶⁶⁴, fundamentales ambos para establecer el límite, primero en el que los jueces priman el deseo de las mayorías, de manera de conformar⁶⁶⁵ y responder ante ellas o hacer prevalecer sus preferencias y segundo para caracterizar la deliberada usurpación de poder político.⁶⁶⁶

Gardner Geyh cuando basa su posición considerando la mente subjetiva del juez nos enfrenta a lo que William Marchall⁶⁶⁷ sostiene cuando señala que la dificultad de probar un error judicial es comparable con probar que ese error fue intencional, sobre todo por los riesgos que implica probar la difamación y aseverar que un juez actuó intencionalmente de manera negligente, sobre todo si consideramos que las decisiones judiciales tienen como fundamento una normativa constitucional, precedentes, y las decisiones dejadas por otros jueces que hacen difícil caracterizar que la base de una decisión pudo ser política o ideológica y sin respeto a las normas legales preexistentes.

A mayor abundamiento sobre la dificultad de probar no que los jueces cometen errores como humanos imperfectos que deciden cosas bajo presión, sino que lo hacen con la intención, tenemos principios legales muy claros que al momento de su aplicación se convierten en poco claros⁶⁶⁸, lo que puede nublar el límite entre la aplicación de la norma y la intencionalidad judicial.

⁶⁶⁴ BANDES (2006) p. 948.

⁶⁶⁵ Para Kramer y Ferejohn, conformar a la sociedad tiene relación con lo que la independencia judicial trata de amparar, y para ellos es *“la decisión que tiene como base las razones que existen y que una cultura legal reconoce como apropiadas”* traducción propia. (2002) p. 972.

⁶⁶⁶ BANDES (2006) pp. 948-949.

⁶⁶⁷ MARSHALL (2006) pp. 937-944.

⁶⁶⁸ GRAY (2004) p. 1246.

El *accountability* con respecto a los errores en la decisión judicial no depende solo de la posibilidad de probar la intención judicial que, como vimos, encuentra una serie de limitaciones, sino también de la ética y cultura legal características importantes de la conducta judicial y que pueden ser las que uniformen ese rol⁶⁶⁹, limiten la intencionalidad del error en la decisión judicial y permitan recuperar la confianza de la sociedad a la que sirven.

Cuando se señala que la prueba de la intencionalidad significa entrar en la mente subjetiva del juez, es también entrar en el sentido propio que tiene de independencia y *accountability* y que depende de la internalización de valores propios y del impacto de la cultura legal (interna y externa y) de un sistema⁶⁷⁰, que a diferencia de la intencionalidad no requieren de prueba alguna, sino del cumplimiento de la ley en la decisión judicial como un principio ético que le permite al juez la inclinación natural de no seguir sus propios intereses o sucumbir a las presiones⁶⁷¹, lo que puede ser más importante que las reglas formales en el funcionamiento de la justicia⁶⁷².

El cumplir un principio ético, requiere de los jueces coraje e integridad para soportar las influencias y presiones y ejercer una verdadera independencia en su decisión, ambos reflejan cualidades de los jueces que no necesariamente están relacionadas con los requisitos estructurales de selección sino con el carácter cultivado por los años.

Volviendo entonces a la intencionalidad del error y la presunción de que los errores judiciales no son intencionales, podremos decir que no lo son, no porque sean

⁶⁶⁹ Para Susan Bandes (2006) p.949, una de las objeciones a la taxonomía agregada planteada por Charles Gardner es que no diferencia las cortes ni el poder que cada una ejerce en el rol judicial; *Cfr.* PIMENTEL (2009) p. 4, como no se puede pretender que una solución calza a todos. Uniformar el rol judicial es importante si consideramos que hay diferencias individuales entre los jueces pero además en las comunidades o sociedades que aun cuando puedan ser inconsistentes, pertenecen a una estructura legal. Los sistemas varían de una cultura legal a otra y ello repercute en el grado en que los jueces internalizan la administración de justicia.

⁶⁷⁰ PIMENTEL (2009) p. 2.

⁶⁷¹ *Ibidem.* p.12.

⁶⁷² PÉREZ-PERDOMO (2000) p.6.

difícil de probar o porque la independencia judicial esté en peligro, sino porque los jueces cumplen con los principios éticos, con las costumbres sociales y expectativas formales e informales que espera la sociedad para otorgarles deferencia⁶⁷³ y protección estructural⁶⁷⁴ para el cumplimiento de sus decisiones.

Una muestra de cómo es la deferencia y protección de la cultura legal, que en definitiva es la que determinará el *accountability* por el error en la decisión, se encuentra en varias de las formas que toma la protección a la independencia decisional del juez y las limitaciones a la aplicación efectiva del mismo. Y ahí están las restricciones impuestas por la norma constitucional que protege la independencia judicial, una de ellas las limitaciones al legislativo en el *impeachment* de los jueces relacionados con la evidencia extrínseca del “*mens rea*” antes de que un juez pueda ser removido por usurpación de poder, por legislar desde los estrados o por activismo judicial⁶⁷⁵. Y aun cuando se sostiene que lo que sucede con el *impeachment* no refleja la renuencia de interferir con una decisión judicial, históricamente las cortes se han beneficiado del llamado “soporte difuso⁶⁷⁶”⁶⁷⁷, cuando sus decisiones no fueron populares⁶⁷⁸. Lo que nos muestra, que el equilibrio entre el judicial y los otros poderes existe principalmente debido a las normas informales y a la costumbre que blindan al judicial.

Y si de blindaje se trata, cuando el legislativo debe ejercitar control sobre la decisión judicial, generalmente da preferencia a la independencia sobre el *accountability*. La razón de ello es la cultura, convenciones y normas desarrolladas

⁶⁷³ David Pimentel (2008) p.18, basado en lo que implícitamente da a entender Stephen Burbank cuando se refiere a la independencia judicial y como el público y los poderes del estado aun cuando las decisiones son impopulares entregan el apoyo al judicial.

⁶⁷⁴ PIMENTEL (2009) pp. 32-40; *Cfr.* Steven Lubet (1998) p. 61, presume la buena fe la no intencionalidad cuando señala que un juez independiente da a cada parte la oportunidad de ser escuchado sin importar su posición en la sociedad y un juez independiente norma o emite su decisión en buena fe sigue la ley como la entiende sin posiciones personales, políticas ni repercusiones financieras. Aharon, Barak (2005) p. 18, citando a L. Tribe señala que por la multiplicidad de sistemas de interpretación todos los límites están determinados por la buena fe del proceso de interpretación.

⁶⁷⁵ GARDNER (2006a) p. 915.

⁶⁷⁶ Término utilizado por científicos políticos, referido principalmente al apoyo que se le dio en 1930 a la Corte Suprema Americana,

⁶⁷⁷ BANDES (2006) pp. 962-963.

⁶⁷⁸ BURBANK (2007) p. 913.

dentro del legislativo referidas a la no intervención en el accionar de las cortes.⁶⁷⁹ Todo ello significa, para el judicial la base de su autonomía, la seguridad de que se encuentran en una zona de seguridad garantizándoles que no serán *accountable* y que sus decisiones no tendrán consecuencias⁶⁸⁰.

2.5 El juez supremo ¿independiente o *accountable*?

“Como Juez de la Corte Suprema, me pregunto cuál es mi rol como juez? Sin duda mi rol es resolver las disputas presentadas ante mí y como juez de la nación debo decidir la ley que resolverá esa disputa, eso significa que mi rol es decidir un caso acorde a la ley de mi sistema legal. Pero es todo lo que puedo decir sobre mi rol?...Soy un buen juez de la Corte Suprema de justicia, cuál o cuáles son los criterios para calificar mi trabajo?”⁶⁸¹

De la cita señalada, tres son aspectos importantes que considerar en la relación independencia y *accountability* de los jueces de la Corte Suprema. Primero, la independencia en la decisión de un caso sobre la base de la norma legal; segundo, quién decide y si en el cumplimiento de ese deber hubo algo más que solo la ley; y finalmente, comprobar si un juez es o no *accountable* ante la sociedad por ese trabajo.

Tradicionalmente las constituciones democráticas establecen dos principios fundamentales que determinan el estándar de comportamiento de las cortes: La independencia y el *accountability* judicial. En la teoría constitucional, el juez debe estar separado de los otros poderes porque, al momento de decidir un caso particular o evitar que leyes o acciones injustas del gobierno sean implementadas, debe ser imparcial para mantener la confianza en sus decisiones y así cumplir con su rol de protección a la sociedad de posibles arbitrariedades del gobierno. Pero, además y también en la teoría constitucional, el *accountability* encuentra sus formas a través de las audiencias

⁶⁷⁹ GARDNER (2009) pp. 287-296.

⁶⁸⁰ KOSAR (2016) p. 70.

⁶⁸¹ La traducción es propia de la frase que introduce el trabajo del juez Aharon Barak Juez supremo de la Corte Israelí titulado “*A Judge on Judging: The role of a Supreme Court in a Democracy*” (2002) p. 19.

públicas, la recusación cuando una de las partes cree que el juez no podrá actuar imparcialmente y la apelación, por excelencia, como cuestionamiento al razonamiento judicial.

¿Qué sucede sin embargo, cuando las posibilidades que considera la teoría constitucional no pueden ser aplicadas al rol judicial?, como sucede cuando las decisiones de la Corte Suprema no se encuentran sujetas a los mecanismos tradicionales de *accountability*, más aun ahora que el desinterés del judicial se hace más difícil con el reemplazo del legalismo formal por un realismo legal, que encarga a los jueces limitarse menos por los textos preexistentes y estar más atentos a las consecuencias sociales de sus decisiones, situación que se ve agravada por la inflada vanidad colectiva del judicial que considera que tomar más en cuenta las consecuencias sociales de sus juicios, hace más difícil dejar de lado las preferencias propias, intereses de amigos, aliados, el odio o la simpatía de la sociedad que los ataca o alaba dependiendo de la reacción a las consecuencias de esas decisiones.⁶⁸²

Si nos enfocamos en el rol tradicional del juez supremo, tenemos un magistrado cuyo rol principal es, y esto dentro de lo que se denomina la teoría legalista⁶⁸³, entregar una resolución a las disputas entre individuos y el estado de manera imparcial, justa y en las que debe prevalecer el imperio de la ley.

A diferencia de los jueces de otras cortes, los jueces de la Corte Suprema tienen amplias atribuciones para decidir sobre la interpretación constitucional de las leyes de manera no vinculada, sin contaminación ideológica⁶⁸⁴ y sin imponer su percepción personal subjetiva. Por lo tanto, sus decisiones deberían reflejar los principios implícitos

⁶⁸² CARRINGTON y CRAMTON (2009b) p. 1107.

⁶⁸³ Para la judicatura la teoría oficial de la conducta judicial pero cuestionada por quienes se consideran realistas jurídicos y pragmatistas (cientistas políticos, cultivadores del análisis económico del derecho y otros escépticos). Sostiene que las decisiones judiciales se encuentran predeterminadas por el derecho y que es el imperio de la ley el que debe guiar la decisión judicial. La norma preexistente, los cuerpos legales, las decisiones previstas de los altos tribunales y no la idiosincrasia del juez son los que deben prevalecer como dominio delimitado de la decisión judicial. El juez legalista complementa su conducta con reglas de interpretación, cánones de construcción, que se derivan de reglas limitadas como forma de eliminar la discrecionalidad judicial. POSNER (2011) pp. 52-54.

⁶⁸⁴ RICO y SALAS (1999) s/p.

en el sistema legal en el que operan y el *ethos* que lo caracteriza⁶⁸⁵ como forma de proteger la independencia judicial que se convierte en necesaria cuando se trata de preservar además de la resolución de disputas, la efectividad del proceso en la revisión judicial, cuando es el juez supremo como árbitro final, el encargado de hacer cumplir las limitaciones constitucionales del poder de las otras ramas de gobierno⁶⁸⁶, sino lo hace éstos límites dejarían de tener sentido si el el judicial está sujeto a la voluntad política de los poderes que son elegidos por votación popular.

Hay quienes cuestionan ese rol del juez, por no contar con la legitimidad democrática⁶⁸⁷ que otorga la elección popular, sino porque identifican la democracia con la regla de la mayoría⁶⁸⁸ y olvidan que la esencia del rol de la Corte Suprema como institución independiente de responsabilidad política, es entrar a la escena política cuando el sistema aparentemente funciona mal y limita a los representantes elegidos del pueblo de hacer lo que quieran.⁶⁸⁹

Lo que no significa que la Corte Suprema pueda sustituir el imperio de la ley por el imperio de los jueces⁶⁹⁰. Los jueces no pueden hacer lo que quieran, porque están sujetos a la ley de la forma en la que el legislativo la aprobó, por lo tanto, también queda claro que no pueden en sus decisiones formular políticas nacionales o regular la economía, atribuidas por la constitución a las otras ramas del gobierno. Es parte del

⁶⁸⁵ BARAK (2002) p. 86.

⁶⁸⁶ GRAY y HOLLAND (2000) p. 123.

⁶⁸⁷ Dentro de la teoría de la dificultad contra mayoritaria (Alexander Bickel), existen dos posiciones notoriamente contradictorias, una la llamada teoría solucionista y la otra antisolucionista, ambas se diferencian principalmente en la aceptación o rechazo de la legitimidad de la Corte Suprema para ejercer su poder de revisión. Los primeros sostienen que si la Corte Suprema actúa de manera correcta, entonces sus acciones califican como democráticamente *accountable*. Para estos teoristas el drama deviene de la identificación de la legitimidad de la Corte Suprema con la regla de la mayoría. Quienes sostienen la posición contraria, los antisolucionistas, consideran que no se necesita resolver esa dificultad que tiene su origen en las contradicciones sobre el significado de democracia. EBEID (1999) pp.11-13.

⁶⁸⁸ Cuando la Corte Suprema ejercita su poder de revisar y declarar inconstitucional una ley o altera la decisión de uno de los poderes elegidos por elección popular, aparentemente actúa en contra de la voluntad de la mayoría lo que resulta imposible de justificar como una acción que se encuentra dentro de los límites de una democracia. *Ibidem*. p. 10.

⁶⁸⁹ FRED (1999) p. 12

⁶⁹⁰ BEATSON (2008) p. 2.

legalismo tradicional el proteger la independencia judicial no como un privilegio de los jueces, sino como una necesidad social, que otorga seguridad a la gente de vivir segura sabiendo que su libertad solo será limitada cuando la ley así lo establezca⁶⁹¹.

En ese escenario un *accountability* judicial, en el que se deba responder a la gente, como lo hacen el legislativo y el ejecutivo no tiene cabida, los jueces no son los representantes de la sociedad. Si así fuera señala el juez Aharon Barack, sería una tragedia, porque los principios de representación que se aplican a los poderes elegidos no pueden ser aplicados al judicial. Basta que el judicial en sus decisiones refleje los diferentes valores aceptados en una sociedad, para ser *accountable* dentro del respeto de su independencia y del rol que tiene en una democracia.⁶⁹²

Además de la teoría tradicional legalista desarrollada, que explica como debe ser el comportamiento judicial, hay otras teorías que de igual manera y de forma incompleta⁶⁹³ tratan de explicar la decisión judicial. Entre ellas la teoría sociológica, actitudinal, estratégica, económica, organizacional, pragmática, y la teoría fenomenológica. Todas y sin ahondar en ninguna servirán de base para el desarrollo de nuestro argumento referido a la independencia y falta de *accountability* judicial influenciado no por las teorías decisionales señaladas, sino por las características culturales de un sistema legal que valoriza la independencia judicial y que lo hace a través de la protección constitucional del nombramiento y remoción judicial, y los límites establecidos para la aplicación de un *accountability* externo a las decisiones de la Corte Suprema chilena.

Pese a la noción acordada del legalismo tradicional y la importancia de la independencia judicial, los jueces deberían poder ser independientes en ciertos aspectos relacionados con su misión y en otros no. Al igual como sucede, cuando se considera como medida de la independencia judicial la percepción pública, ésta puede cambiar por

⁶⁹¹ Ídem.

⁶⁹² BARAK (2002) p. 161.

⁶⁹³ POSNER (2011) p. 31.

razones diversas⁶⁹⁴. Por ejemplo, desde la segunda Guerra Mundial y gracias al aporte del realismo legal, de los estudios legales críticos y a la integración de otras disciplinas intelectuales en la ley, se ha alcanzado un mejor entendimiento del rol judicial y la naturaleza de su decisión⁶⁹⁵, y con ello la percepción pública sobre el rol judicial también ha cambiado.

En este cambio es necesario el análisis más amplio y conciliador de las teorías del rol judicial, considerando en él, el rol de facto de los jueces de la Corte Suprema y el cambio de lo normativo y tradicional a uno en el que el poder del judicial respecto de los otros poderes del estado ha aumentado.⁶⁹⁶ La clara separación tradicional de poderes, hoy en día ha dejado de serlo gracias a las divergencias entre la normativa, los principios que se suponen deben guiar su comportamiento, la práctica y la expectativa pública que se tiene de la Corte Suprema. Para muchos estas diferencias tienen como resultado Cortes demasiado activas y para otros demasiado restringidas, apreciación que dependerá de la confianza que una sociedad tenga en su Poder Judicial⁶⁹⁷

Cuando la Corte Suprema debe decidir, las divergencias no se presentan en la resolución de los casos fáciles que tienen una sola y clara respuesta, sino en aquellos *casos difíciles*, en los que hay cabida para la discreción judicial amplia o restringida resultante del análisis de temas donde no hay respuestas correctas. Es con esta sencilla explicación que la teoría legalista y la concepción de un juez no vinculado con decisiones exclusivamente lógico-formales, neutrales y objetivas deja de tener fundamento, dado que las resoluciones judiciales se encuentran condicionadas por los valores propios del que las dicta, es decir, el punto de vista del juez influenciado por la cultura legal en la que vive⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ RICO y SALAS (1990) s/p.

⁶⁹⁵ BARAK (2002) p. 21.

⁶⁹⁶ Ídem.

⁶⁹⁷ BARAK (2002) p. 21.

⁶⁹⁸ RICO y SALAS (1999) p. 22, “las decisiones pueden representar un “punto de vista”; Cfr. SIMON (1985) no existen mecanismos que garanticen la vinculación del juez a la ley; RUSSELL (2001) pp. 11-12.

Según las teorías del comportamiento judicial, los jueces deciden basados en sus preferencias políticas (teoría actitudinal⁶⁹⁹), de manera estratégica cuando el juez adopta una metodología decisoria que tiende a favorecer su línea política o influenciado por los grupos reducidos (teoría sociológica⁷⁰⁰), o por el interés en maximizar su utilidad convirtiéndose así en un juez autointeresado y racional. En el balance, las decisiones judiciales de los altos tribunales resultan de una complicada y misteriosa interacción de modos de razonar influenciados por emociones, sentido común, experiencias, y otros condicionantes, pero también de lo que la cultura legal valora y de las restricciones morales y éticas que imponga sobre sus jueces. Y con ello quiero referirme al valor impuesto sobre la independencia y el *accountability* judicial.

Ningún juez puede ignorar a *un cocodrilo en su bañera*⁷⁰¹, y no me refiero necesariamente a la política, sino a la presión que una cultura legal pueda ejercer sobre quienes deben decidir. Ejercer en el sentido de qué protección estructural le da a sus jueces para evitar la interferencia de los otros poderes en sus decisiones, pero también cuán dispuesta está a ejercer un control estructural⁷⁰² sobre ellos o cuán decidida está a hacerlos *accountable*.

⁶⁹⁹ Para Richard Posner (2011) pp. 31-40, las teorías que describen el comportamiento judicial están sobrevaloradas y presentan lagunas. La teoría actitudinal, infiere las preferencias políticas de los jueces a partir de la pertenencia al partido político que los elige. Un juez responderá a quien lo nombro o eligió. Y ello se ve sustentado cuando en el congreso se debate políticamente el nombramiento de un juez de la Corte Suprema americana que no dista mucho de lo que sucede en los países romano-canónicos. Sucede lo contrario cuando se acerca su jubilación, muchas veces los jueces toman distancia de la ideología política del presidente que lo nombró por ejemplo en casos en los que está involucrada la seguridad nacional. Si bien, hay argumentos que avalan la injerencia política en la decisión judicial, ello no quiere decir que las consideraciones políticas dominan la toma de decisiones de un Tribunal Supremo.

⁷⁰⁰ La teoría sociológica combinando la teoría actitudinal y la estratégica, centra su atención en la conformación de los grupos pequeños, es decir la conformación de los tribunales donde la minoría se suma a la mayoría y la decisión dependerá no necesariamente de la argumentación racional sino de la diferencia en la formación y capacidad de los jueces. Estas discrepancias a las que se enfrentará el tribunal dependiendo de su composición, requiere de cooperación y de constantes esfuerzos por minimizar los descontentos y las dicitencias. POSNER (2008) pp. 43-45.

⁷⁰¹ UELMEN (2014) p. 1133; *Cfr.* UTTER (1989) p.19.

⁷⁰² GARDNER (2014) p. 3.

Cuando se trata de la protección estructural, los sistemas jurídicos consideran diferentes mecanismos para proteger la independencia judicial. Término que no debería considerarse literalmente⁷⁰³ sobre todo cuando el Poder Judicial no es independiente ni autónomo cuando se trata de temas de gestión y administración de sus recursos. Sin embargo, cuando se trata de cómo deben decidir los jueces, entonces si nos enfrentamos a mecanismos de protección establecidos en la constitución o norma jerárquica dependiendo del sistema legal que se trate.

Esa protección estructural se traduce en la forma de elegir a los jueces, el tiempo de prestación de servicios sujeto a la prohibición de reducciones salariales, y las formas de remoción.⁷⁰⁴ Cuando se trata de la selección judicial, y como una forma de proteger la independencia judicial, los países cuentan con diferentes procesos de elección o selección de los magistrados judiciales, sea a través del parlamento, a través del ejecutivo (Alemania, Bulgaria) y en algunos sistemas en determinados momentos se consideraron tipos mixtos⁷⁰⁵ de selección judicial.

Cuando se trata del tiempo, nos encontramos frente a magistrados con cargos vitalicios, por tiempo determinado o sujeto a elecciones y por períodos renovables como son los casos entre otros de Italia⁷⁰⁶ con nueve años, Sudáfrica doce años y Estados Unidos sujetos a elección popular, y cuya remoción se encuentra determinada solo a través del proceso de *impeachment*, como una forma más de aislar a los jueces de la influencia que más aqueja a los políticos.

⁷⁰³ El término independencia, según se encuentra definido refiere a la ausencia de dependencia, es decir, la cualidad o condición de completa autonomía, e imposibilidad de influencia o control externo. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA; Cfr. GARDNER (2006) p. 219.

⁷⁰⁴ Para Burbank y Friedman, todos esos mecanismos de resguardo de la independencia judicial no necesariamente son o se convierten en una verdadera garantía. Por lo tanto, la forma tradicional de protección parece estar mal entendida (2002) p.123.

⁷⁰⁵ Poder Legislativo-Poder Ejecutivo de forma conjunta (cada uno podía elegir una cantidad de jueces, el ejecutivo y judicial en conjunto, algunas veces con la confirmación legislativa y otras con la sola participación del judicial como seleccionador). EPSTEIN et.al. (2002) p.192.

⁷⁰⁶ EPSTEIN et.al. (2002) pp.192-193.

Si bien parte del control estructural es el *impeachment*, lo señalamos antes, la evidencia muestra que, como los jueces son seres humanos pasibles de todo tipo de influencia y presión de parte de la sociedad, pero además que responden a esa presión social, entonces la protección estructural a la independencia no necesariamente resulta en el tipo de independencia que se espera, teórica y tradicionalmente, tenga un juez supremo, tampoco resulta siendo necesaria y suficiente para asegurar más la independencia judicial. Algo similar sucede con la otra parte del control que se lleva a cabo a través de someter a los jueces a elecciones periódicas de retención, los jueces no terminan siendo más *accountables*⁷⁰⁷.

Aquello no significa que no exista una relación entre la protección estructural formal y la independencia judicial, debido a que las protecciones formales son útiles para mantener con límites claros las convenciones sociales, por lo tanto, son esas convenciones, como parte de la cultura legal, las que per se, serían la base para la independencia judicial⁷⁰⁸.

Entonces, dependiendo del sistema y cultura legal, podríamos tener un Poder Judicial caracterizado por no seguir el imperio de la ley, que necesitará ser controlado estructuralmente sin limitación ni consideración a su independencia, un Poder Judicial cuyos jueces son corruptibles o bien intencionados, aunque aún susceptibles de una mala conducta, deberían tener la independencia estructural necesaria para hacer lo correcto sin interferencias inapropiadas, pero reservando la opción de hacer *accountable* a los jueces que se desvían; finalmente, una judicatura con jueces *héroes* que sabrán resistir la presión externa así como la tentación de seguir una agenda personal que puede ser dotado de un alto grado de independencia estructural y limitando la preocupación por hacerlos *accountable*,⁷⁰⁹ *así el cocodrilo tendría de quien alimentarse*.

⁷⁰⁷ BURBANK y FRIEDMAN (2002) pp. 162-191; *Cfr.* HANDBERG (1985) p. 133.

⁷⁰⁸ CAMERON (2002) p. 140.

⁷⁰⁹ PIMENTEL (2009) p. 5

Cuando algunos estudiosos⁷¹⁰ al hacer la analogía zoológica, refiriéndose a la política, se cuestionan, ¿cómo se puede satisfacer a un cocodrilo sin llegar a ser su bocado? Su respuesta y posiblemente correcta, ha sido que resulta muy difícil convencer a una sociedad de aceptar una decisión judicial si no es posible asumir que todos los abogados y los jueces están involucrados con preservar la independencia judicial, sino, por el contrario, demuestran estar más comprometidos con sus intereses personales y ganancias políticas⁷¹¹. Esto significa, que no es posible describir lo que hacen los jueces de la Corte Suprema, ni cuál es el mejor método que debe prevalecer cuando deciden, pues todo queda reducido al comportamiento individual de cada juez en una determinada cultura legal. Lo que no significa, que los jueces de la Corte Suprema no tengan una autonomía limitada⁷¹², en su decisión, que no estén parcialmente aislados de influencias o controles externos, o que algunas limitaciones a su comportamiento no sean limitaciones a su independencia sino solo una definición de sus límites. Un poder que no es *accountable*, no necesariamente implica autoritarismo o tiranía⁷¹³.

Lo que si es importante considerar en todo este análisis y quiero enfatizar en ello es que aun cuando no se tiene evidencia empírica clara de las convenciones sociales de protección o control estructural de los jueces de la Corte Suprema, cuando se trata de ejercer el control externo a las decisiones judiciales, tradicionalmente parecería que la cultura legal ante el balance independencia-*accountability*, favorece⁷¹⁴ sin dudar la independencia judicial.

Como muestra de lo señalado, están los intentos de hacer *accountable* a los altos tribunales a través del mecanismo tradicional del *impeachment*. Primero, han estado

⁷¹⁰ UELMAN (2014) p.1132; *Cfr.* UTTER (1989) p. 19.

⁷¹¹ *Ibidem.* p. 1150.

⁷¹² HANDBERG (1985) p. 133.

⁷¹³ CAPPELLETI (1983) p. 5.

⁷¹⁴ PRASHANT (2006) p. 4848, cuando hace su análisis sobre el Consejo Nacional de Justicia en India, señala que el Poder Judicial puede ser independiente de los otros poderes más no del *accountability*, y que si bien la independencia de una institución es fundamental, para él, el judicial ha considerado que solo puede ser *accountable* a si mismo. Y sin bien su estudio es del sistema Hindú, el resultado del mismo puede ser aplicable a otros sistemas; *Cf.* HANDBERG (1985) pp. 129 y 130.

circunscritos a casos criminales o de comportamiento personal de su rol y segundo, cuando se trata de errores en sus decisiones la presunción es que se hicieron de buena fe⁷¹⁵, por lo tanto, no se puede dar curso a este mecanismo. En la práctica se hace impracticable⁷¹⁶ por el consumo de tiempo⁷¹⁷, complicado⁷¹⁸, inefectivos por razones básicas de la protección constitucional a los jueces que se mantiene fuerte y estable a través de los años y porque los poderes políticos o tal vez la gente no tiene o no quiere cambiarlos, o alterarlos, por lo menos no lo suficiente⁷¹⁹, no para hacerlos *accountable*.

2.6 *Accountability* e independencia judicial: ¿Es posible una reconciliación? Una conclusión anticipada

Dentro de las contribuciones hechas respecto del *accountability* y la independencia judicial, son tres las formas principales, no excluyentes, en las que hemos abordado el tema: Primero, que ambas por si mismas no tienen un fin social ni político, sino que son un instrumento de valor⁷²⁰ para alcanzar otros fines⁷²¹, aun cuando no se tiene un consenso claro de cuales son los fines a los que sirve. Sin embargo, hay objetivos que si lo son: El imperio de la ley, la confianza pública, la imparcialidad del juez⁷²², y la responsabilidad institucional; segundo, que estos conceptos no están en guerra constante, sino más bien, complementarios, aliados⁷²³ y; tercero, que ninguno es monolítico⁷²⁴, porque la existencia y la efectividad de ambas depende del contexto, lo que significa que el mecanismo que funcione para una cultura legal puedo no hacerlo para otra.

⁷¹⁵ PIMENTEL (2009) p. 22.

⁷¹⁶ PRASHANT (2006) p. 4847.

⁷¹⁷ GRAY y HOLLAND (2000) p. 125.

⁷¹⁸ BEAUCHAMP y KING (2010) p. 9.

⁷¹⁹ FERREJOHN (1998b) p. 2.

⁷²⁰ CAPPELLETI (1983) p. 16; *Cfr.* GARDNER (2003) p. 65; KAHN (1999) p. 632.

⁷²¹ BURBANK y FRIEDMAN (2002) pp. 9 y 11-14; *Cfr.* KAHN (1999) p. 632.

⁷²² CAPPELLETI (1983) p. 15.

⁷²³ BURBANK (2003) p. 325. Señala también que son la cara de la misma moneda.

⁷²⁴ GARDNER (2006) p. 914.

En estas tres formas principales, la independencia judicial debe estar moderada por el *accountability* judicial, pero limitada en su aplicación para evitar que sea utilizada para doblegar al judicial. Si bien, la tendencia ha sido alcanzar un balance entre ambas hay quienes, como sostienen que aunque no son diametralmente opuestas, ponen énfasis en aspectos diferentes del rol judicial.⁷²⁵ Mientras el *accountability* pone énfasis en la responsabilidad que tiene el juez ante la sociedad y los ciudadanos, parecería que la independencia aísla al juez supremo de la sociedad, por ello, es de trascendental importancia inculcar valores profesionales y tener expertis profesional como una forma de auto restricción, pero que de paso también al *accountability*⁷²⁶.

Con algunas variaciones estas formas han abordado la relación *accountability*-independencia judicial enfocándose en encontrar los mecanismos necesarios que permitan alcanzar un balance entre ambos principios. Algunos de ellos han puesto énfasis en estándares éticos de conducta judicial⁷²⁷, otros han planteado que se debe proteger la integridad de la decisión judicial haciendo una diferenciación entre mala conducta y el error judicial sobre la base de la naturaleza de la conducta judicial y la frecuencia del mismo⁷²⁸, y algunos considerarán la diversidad judicial, como característica fundamental dentro del balance *accountability*- independencia judicial⁷²⁹, refiriéndose a la diversidad social y a la indispensable necesidad de imparcialidad en las decisiones⁷³⁰, desde que la independencia judicial es dependiente de la aceptación pública que quiere asegurarse de que las decisiones judiciales son ejecutadas de acuerdo a la ley.

⁷²⁵ Ídem.

⁷²⁶ En HANBERG (1985) p. 129; *Cfr.* Para la juez Sandra Day O'Connor (2007) pp.1-6, enfática defensora de la independencia judicial, a quien Arthur D. Hellman (2007) p.8 46, considera sinónimo de "independencia judicial", el *accountability* no debería, como lo es, ser una amenaza a la independencia judicial porque la perversión del concepto lo que hace es deteriorar las garantías de una democracia y la libertad que brillantemente fueron concebidas por quienes diseñaron la Constitución Americana.

⁷²⁷ GRAY y HOLLAND (2000) p. 118; *Cfr.* CANIVET (2006) p. 43.

⁷²⁸ LUBET (1998) pp. 59-74; *Cfr.* *Similar posición tiene* GARDNER (2006) pp. 922-924.

⁷²⁹ ANDREW y MAZUR (2004) pp. 775-791.

⁷³⁰ La cita de tres de las formas de abordar el balance *accountability*-independencia no significa que sean las únicas (tenemos a Francesco Continni que habla de una forma de cooperación) y tampoco necesariamente las más importantes, simplemente son las que mejor soportan nuestra posición y el propósito de la presente investigación.

Sin embargo, en la práctica el balance entre la independencia y el *accountability* judicial continúa generando debate, porque por un lado se considera que los mecanismos de balance implementados han servido para alcanzar un judicial independiente y *accountable*, y por el otro que son antiéticas e imposibilitadas de existir juntas porque en el contrapeso continuo entre ambas, la repetitiva ausencia de un *accountability* efectivo tiene como resultado la fatal independencia de un juez supremo.

¿Es posible o no un equilibrio? Lo cierto es que si nos mantenemos dentro de ambas posiciones, en la práctica el *accountability* sería imposible de ser alcanzado. Sin embargo, si añadimos a esa dicotomía la influencia de la cultura legal y la ética profesional, sí podríamos pensar en considerar la posibilidad de llegar a la reconciliación de ambos principios. Entonces el análisis de la cultura legal interna y externa resultará siendo fundamental, toda vez que ésta se convierte en un factor condicionante del rol judicial en su aceptación del *accountability*.

CAPITULO III

LA CULTURA LEGAL COMO CARACTERÍSTICA DETERMINANTE PARA LA APLICACIÓN DEL *ACCOUNTABILITY* JUDICIAL A LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA

3. La Cultura Legal

En la cultura legal tradicional, la imagen de un juez se caracteriza por la idea de imparcialidad, autonomía y la capacidad de poder obrar de manera independiente para cumplir con su rol de decidir solo basándose en la ley y su conciencia, libre de interferencias ideológicas y políticas. En ese entendido la independencia y como lo señalan Ferejohn y Kramer⁷³¹, además de ser un concepto institucional que modera las relaciones entre poderes, es un concepto normativo que influye en el comportamiento judicial.

En esta cultura legal tradicional, la posibilidad de que un juez pueda ser creativo o, con sus decisiones, hacer leyes es impensable. Pues significaría ir en contra de la voluntad popular, los deseos de la gente y usurpar las funciones otorgadas constitucionalmente al legislativo. En este escenario, los jueces se convierten en simples buscadores de normas aplicables a un determinado caso. Contexto en el que las normas son preexistentes y están ahí listas para que los jueces las encuentren y las apliquen cuando deciden⁷³².

Esta forma de entender la independencia con lo que la sociedad intuitivamente considera hace a un juez independiente, deviene de la comparación que se hace de un juez con un actor político, cuando se asume que éste último cede y abandona las reglas

⁷³¹ FEREJOHN (1999) p. 365. Referido a como la estructura de la independencia judicial puede explicarse por la estructura normativa de los objetivos que se quieren que las cortes cumplan.

⁷³² FRIEDMAN (2000) p. 1.

por razones legalmente inapropiadas⁷³³. Entonces pensar en un juez legislador⁷³⁴, creativo, o en la posibilidad de que su decisión esté basada no solo en la ley sino influenciada por sus propios valores, o deseos, significaría exponer la libertad y la vida de los ciudadanos a un control arbitrario de opresión y violencia si el juez se convierte en legislador⁷³⁵.

Hoy esa concepción limitada de independencia judicial en la cultura legal ha cambiado. Las sociedades ya no consideran que la ley sea determinante en la conducta judicial o por lo menos no la única. Las sociedades sufren constantes cambios que impactan en las actitudes, valores, y opiniones que la gente tiene de la ley y el sistema legal. Las sociedades están divididas entre modernas y antiguas⁷³⁶. Las primeras ya no están dispuestas a aceptar ese pensamiento tradicional en la que el juez solo pronuncia la ley, ni mantenerse en el pasado. En cambio en las antiguas, la idea de un rol judicial como legislador o creativo, es considerado ilegítimo⁷³⁷ pero además impensable.

Si asumimos, que las sociedades cambian y que por lo tanto también lo hacen las actitudes, los valores y las opiniones, entonces ¿qué sucede con aquel juez que, aún habiendo cambios en la sociedad, piensa que cuando decide lo hace de acuerdo a la ley y sin influencia de sus valores personales como una forma de preservar y justificar su independencia? Entonces estamos frente a una desconexión entre la retórica pública que utilizan los jueces y lo que en la realidad se reconoce⁷³⁸ que hacen.

⁷³³ FEREJOHN y KRAMER (2002) p. 970.

⁷³⁴ Hablamos de un juez legislador porque es uno de los aspectos más controversiales del rol judicial. Y el que más exige la aplicación del *accountability*. Sin pretender dejar con ello de lado o ignorar que en las decisiones judiciales dentro del rol judicial principalmente de la Corte Suprema está el de administración.

⁷³⁵ MONTESQUIEU (2005) p. 182.

⁷³⁶ FRIEDMAN (1994) p. 120. Friedman explora el concepto de cultura en sociedades modernas relacionadas con los cambios rápidos que se dan y la forma de ver el sistema legal.

⁷³⁷ BARAK (2002) p. 33.

⁷³⁸ GARDNER (2014) p. 445.

Esta desconexión o brecha entre la retórica judicial y el cambio de paradigma social, trae consigo aparejada la desconfianza hacia el judicial⁷³⁹ y la demanda a los jueces a ser *accountable*. Ya no es suficiente el control relacionado con el ingreso y promoción de los jueces ni la responsabilidad como mecanismo de control, sino que se exige que las democracias constitucionales consideren provisiones que hagan a los jueces *accountable* tanto a los otros poderes del Estado como a la sociedad.⁷⁴⁰

Y es aquí donde nos enfrentamos a la dicotomía independencia-*accountability* judicial y la posibilidad de lograr que ambos principios sean compatibles o aceptar que siempre estarán en un estado de tensión.⁷⁴¹ Uno de nuestros objetivos se centra en lograr el balance entre ambos principios de manera que se pueda alcanzar un Poder Judicial que funcione bajo las bases y razones que una cultura legal existente reconoce como apropiadas⁷⁴² y que además, atenuen el impacto de cuánta independencia estructural y *accountability* se quiere para moderar el comportamiento judicial.

Analizar qué se entiende por cultura legal y su relación con la independencia judicial, la ética, la moral y con quienes, como los otros poderes del Estado, ejecutivo y legislativo, la prensa y la academia, forman parte de la de la cultura legal externa⁷⁴³, es importante. Pero también lo es el análisis, bajo tres condicionantes que demuestren el porque la cultura legal es determinante para la aplicación del *accountability* judicial. Una primera condicionante encontramos en la cultura de independencia como factor determinante del rol judicial, en ella dos son los aspectos importantes de considerar, primero, la estructura y la normativa legal; segundo, la cultura legal y la importancia de

⁷³⁹ MORI (Market Opinion Research International) Confianza en las instituciones de la Democracia (2018-2019), se puede visualizar una baja en la confianza en el Poder Judicial de 31 (2018) a 13 (2019). Esta tendencia también se puede ver en el estudio “Confianza en las Instituciones” (1990-2019) en el que el Poder Judicial sufre una caída de 44 a 8 puntos.

⁷⁴⁰ FERREJOHN y KRAMER (2002) p. 962.

⁷⁴¹ GRIFFITH (1998) p. 1

⁷⁴² FERREJOHN y KRAMER (2002) p. 972.

⁷⁴³ PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (2003) p. 152. El concepto que utilizan se basa en el que utilizó Lawrence Friedman en su obra “The legal System: A Social Science Perspective” (1975). Entendiéndose a la cultura externa como todo aquello que queda fuera de cultura de abogados y jueces. (lawyers and jurists).

la ética y la moral en la función judicial y tercero la cultura externa dispuesta a sancionar el comportamiento judicial. Finalmente trataremos de alcanzar el balance *accountability*-independencia judicial para lograr la aplicación del primero como mecanismo de control a las decisiones judiciales, proponiendo la necesidad de cambio en la forma tradicional de abordar la dicotomía tradicional independencia-*accountability* a través de la creación de lo que llamaremos una cultura legal de *accountability* que de manera transversal permita modificar el sistema legal vigente en un determinado país.

3.1 El término cultura legal

Muchas de las ramas científicas se han apropiado del término cultura y el Derecho no ha estado ajeno a ello, más si consideramos que la cultura juega un papel muy importante y es determinante en la percepción de las categorías a través de las cuales los individuos perciben la realidad en la que viven.

La cultura norma y controla esas categorías a través del interés y cosmovisión al que en sus vidas diarias están expuestos los grupos sociales⁷⁴⁴. Esta cultura tiene tres formas de conectarse con la ley; una conexión histórica que considera a la norma legal como un producto incorporado en la cultura y que refleja una práctica social; una segunda conexión en la que la ley participa de la cultura, en la práctica y en las relaciones sociales y una tercera en la que no se habla de la relación opuesta de cultura y norma legal, sino de la creación y aplicación de una *cultura distinta* en el sistema y que es internalizada a lo largo no solo de la educación legal, sino de toda la práctica

⁷⁴⁴ Para Susan Silbey (2010) p. 470, el concepto de cultura es muy debatido y muy confuso y considera que esa confusión deviene de la inestabilidad teórica y práctica del término que se exagera más aun cuando se le añade el término legal. Dicha confusión señala, se presenta por la mezcla de dos concepciones de cultura: una como concepción global de prácticas y creencias y la otra más analítica referida al resultado de las acciones sociales. El uso del término ha proliferado en variadas formas, unas conceptuales, otras enfocadas al estudio de la ley y la cultura, como algo hecho por el hombre hasta considerar a la cultura como un sistema de símbolos y significados de la práctica social.; *Cfr.* COTTERRELL (1997) p. 15. (sobre los problemas del concepto debido a la variedad de culturas legales y sus relaciones).

profesional permitiendo más de una posible solución que dependerá a su vez de cada sociedad.⁷⁴⁵

A esta cultura distinta es la que Lawrence Friedman conceptualiza, dejando atrás los textos legales, los roles, el desempeño judicial, pero poniendo énfasis en la ley descrita, como “sistema legal” en el que confluyen tres elementos importantes a saber: un elemento estructural, un elemento sustantivo y un elemento cultural⁷⁴⁶.

El elemento estructural que se encuentra relacionado con el tipo de cortes, la ausencia o presencia de federalismo o pluralismo, división de poderes y procedimientos institucionales e inputs; el elemento sustantivo relacionado con la normativa legal que procesa los inputs y el elemento cultural referido a los valores y actitudes que unen al sistema legal y que determinan el lugar que éste ocupa en una sociedad⁷⁴⁷ y que decidirá cuando la gente recurre o no a él⁷⁴⁸, que estructuras se usan y porque, que reglas funcionan y cuales no y porque esta cultura legal representa lo que somos y no lo que hacemos⁷⁴⁹.

En esta comprensión de las características de la cultura legal como sistema, los tres elementos señalados interactúan influenciados por situaciones y factores externos como la presión y la demanda de soluciones que una sociedad exige y a la que no solo se le da una especial importancia, sino que se considera que define su libertad y su vida con características propias.

⁷⁴⁵ MAUTNER (2011) p. 840.

⁷⁴⁶ FRIEDMAN (1969) p. 34; *Cfr.* FRIEDMAN (1975) p. 5.

⁷⁴⁷ *Ídem.*

⁷⁴⁸ NELKEN (2004) p. 8. En sentido descriptivo en la cultura legal se identifican fenómenos relacionados al conocimiento público, a las actitudes y comportamiento de la sociedad hacia el sistema legal, y ello incluye o considera lo que piensa o el juicio que se haga sobre la ley la legitimidad, la justicia, la utilidad y es lo que al final lleva a la sociedad a recurrir o no al sistema. SILBEY (2010) p. 472.

⁷⁴⁹ NELKEN (2004) p. 1.

Los cambios que en ella se producen aunque parecen imperceptibles, impactan en la cultura legal y nivel de demandas que hacen las personas. Y es esa poderosa fuerza legal, capaz de producir cambios legales y sociales.⁷⁵⁰

Usando el concepto de cultura legal en los términos señalados, hay dos distinciones necesarias que hacer. Una cultura legal interna y una cultura legal externa.⁷⁵¹ Por un lado, tenemos una cultura legal interna constituida por los valores, convicciones, actitudes, creencias, hábitos de la práctica de la profesión legal ampliamente compartidos por quienes forman parte del proceso de sistematización del derecho, que pueden ser en parte comprobables científicamente y de aceptación racional pero también *“pueden ser creencias en el sentido Orteguiano de la palabra que designan proposiciones que sin ser ciertas rigurosamente hablando reciben una adhesión existencial”*⁷⁵². Y ello se debe a que estamos frente a individuos que comparten valores, principios, creencias dentro de un mismo contexto en el que interactúan usando un mismo vocabulario y normas implícitas (como pueden o no ser comprobables) de una misma estructura institucional.

Es importante dejar en claro que si bien comparten el mismo vocabulario y las normas implícitas de una misma estructura institucional, ello no necesariamente significa que llegarán a las mismas conclusiones o interpretaciones. Sin embargo, los desacuerdos que puedan existir no deben hacernos perder de vista el alcance del intercambio, pues incluso para tener un desacuerdo común se debe generar un mismo vocabulario⁷⁵³, que no necesariamente se relaciona con los conocimientos profesionales,

⁷⁵⁰ FRIEDMAN (1969) p. 34; *Cfr.* Para David Nelken (2004) p. 9, sin embargo, los patrones de comportamiento legal no son necesariamente el resultado de la demanda por soluciones y alivio legal de la cultura popular sino son más la consecuencia de las posibilidades institucionales que se proporcione.

⁷⁵¹ FRIEDMAN (1994) p. 152; *Cfr.* PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (2003) p. 152. Para Stephen Breyer (1999) p. 50, el profesor Herbert Lionel Adolphus Hart hacia una distinción muy cuidadosa en el sistema jurídico, entre dos perspectivas, una ‘interna’ y otra ‘externa’. En la primera el actor es el juez, el abogado, el ciudadano, como el directo receptor de las del propio sistema, en la segunda el observador está fuera del sistema, ofreciendo descripciones del sistema independiente de valores. Lo importante es que ambas posiciones son coincidentes en el tratamiento dividido de la cultura legal.

⁷⁵² SQUELLA (1988) p. 32.

⁷⁵³ FRIEDMAN (1994) pp. 3-6.

con el saber científico, sino con expresiones derivadas de una ideología y de una creencia acerca del derecho⁷⁵⁴.

Y por el otro, una cultura legal externa que tiene mucha importancia, al relacionarla con la opinión, intereses, la valoración y presión, que aún no interviniendo en la actividad jurídica, hace la sociedad y grupos determinados de individuos al sistema legal. La importancia otorgada a esta cultura externa se funda principal, no exclusivamente, en la demanda de soluciones legales, que se hacen al judicial, y que es lo que determina el lugar que ocupará en la cultura de la sociedad, definiendo cuando la gente acudirá a él o cuando lo dejará de lado.⁷⁵⁵ Y es esta forma de caracterizar el concepto de cultura legal que Cotterrell cuestiona⁷⁵⁶ por la imprecisión de las formulaciones que se hacen y que no permiten determinar el ámbito de aplicación del concepto y la relación entre los varios elementos que se consideran. Para él la idea flexible de cultura legal, presenta una serie de problemas en su aplicación teórica sobre todo en lo que respecta a la relación con el sistema legal. Insiste en la necesidad de considerar una “ideología legal” en lugar de una “cultura legal”, sostenida por la *práctica profesional* de la ley, compuesta por ideas de valor e ideas cognitivas que nacen de la doctrina o de su proceso de aplicación y que impactan en la conciencia de los ciudadanos.⁷⁵⁷

Cotterrell produce una de las críticas más importantes al concepto de cultura de Friedman. Sin embargo, tampoco logra evitar las generalizaciones y la vaguedad atribuida al concepto de cultura legal.⁷⁵⁸ Si bien, no entraremos al debate conceptual de

⁷⁵⁴ VALLE (2006) p. 86.

⁷⁵⁵ FRIEDMAN (1969) p. 34.

⁷⁵⁶ El cuestionamiento parte por las variadas formas de abordar el concepto, primero como parte las actitudes y comportamientos que la sociedad hacia el sistema legal, luego como conjunto de costumbres, formas de pensar, opiniones relacionadas con la cultura general y más tarde como un concepto ideacional, que deja de lado el comportamiento y termina siendo entendido como un conjunto de ideas, valores opiniones relacionadas con la ley y el sistema legal. COTTERRELL (1997) pp. 19-21.

⁷⁵⁷ COTTERRELL (1997) pp. 21-22.

⁷⁵⁸ FRIEDMAN (1997) p. 37.

la cultura legal, resulta importante, aclarar la diferencia existente entre ambos y la razón que nos lleva a mantener el concepto de “cultura legal” sobre el de “ideología legal”.

Partiendo de la premisa de que los seres humanos no son autómatas que responden a estímulos, y que la cultura en general es capaz de moldear su comportamiento, estamos frente a individuos que no solo escogerán y aplicarán una forma de comportamiento, una norma o un estándar de vida, sino son individuos que comparten interpretaciones sobre la base de experiencias heredadas (lo que significa que dos personas no tendrán las mismas ideas ni los mismos valores) que acomodan para ejercer las acciones distintivas que los caracterizan.

En el concepto de ideología legal, se sostiene que “*puede considerarse no como una unidad sino como una superposición de corrientes de ideas, creencias, valores y actitudes incrustadas, expresadas a través de la práctica y formadas por ella*” unida a la doctrina legal, no como doctrina legal propiamente tal, sino por constituirse con elementos de valor e ideas expresadas y formadas por las prácticas de desarrollo, interpretación y aplicación de la doctrina jurídica dentro de un sistema legal que impacta de una u otra manera en la conciencia de los ciudadanos, no como un todo sino una serie de ideologías o corrientes ideológicas que al contraponerse, reflejan diferentes tipos de experiencias sociales, lo que contribuye a identificar las posibles incompatibilidades y a reconocer su resistencia a la modificación a través de la experiencia permitiendo un relación más clara entre el poder social y las corrientes de pensamiento.⁷⁵⁹

A diferencia, de lo citado, cuando nos referimos al concepto de cultura legal, como parte de un concepto de las ciencias sociales puede ser vago o de difícil definición, pero permite abarcar una serie de fenómenos dentro de una categoría general que deja subsumir otras categorías menos vagas⁷⁶⁰, no de fácil determinación pero, que establecen

⁷⁵⁹ COTTERREL (1997) pp. 21-23. (la traducción es propia)

⁷⁶⁰ FRIEDMAN (1997) p. 33.

patrones de conducta que caracterizan un grupo determinado de individuos, haciendo posible el identificar la cultura legal de los mismos.⁷⁶¹

En este contexto la cultura legal se convierte en una variable fundamental influenciada por el contexto externo, capaz de producir un anquilosamiento o un cambio en la ley y cuando uno de ellos se produce, puede generar un cambio en la actitud, el comportamiento y en las expectativas y deseos de la gente que demandará y exigirá la modificación del sistema legal y del orden legal.⁷⁶² Y en lo señalado radica la importancia y la razón por la que nos ceñiremos al uso del término y el concepto de cultura legal, dejando de lado “la ideología legal” no porque no sea importante, sino porque se centra en la doctrina y el proceso de su aplicación como el origen del impacto en la conciencia de los ciudadanos, cuando lo que buscamos no es el estudio teórico de la naturaleza de la ley sino, la importancia de las ideas, los deseos, pensamientos, valores, todo a lo que Friedman llama “Ley Viva”⁷⁶³.

Y esta vivencia de la ley se presenta cuando los individuos, se enfrentan a situaciones nuevas que demandan soluciones nuevas, evalúan y procesan su información y sobre la base de experiencias heredadas, la acomodan. Es esta información la que termina ejerciendo la acción distintiva en el concepto de cultura legal compartida por los individuos de un mismo ámbito social, en nuestro estudio, de un mismo sistema legal, pero además es la que crea las expectativas⁷⁶⁴, que aun cuando no necesariamente se encuentran en la norma legal o en el estudio de la doctrina legal, son determinantes en la percepción sobre la imparcialidad⁷⁶⁵, la independencia y el *accountability* judicial.

Es el carácter formal e informal de las instituciones el que permite alcanzar un nivel de independencia, o de *accountability*. Son las instituciones las que, presionadas, al final facilitan una integración social al permitir que los individuos cooperen para

⁷⁶¹ NELKEN (1997) p. 3.

⁷⁶² FRIEDMAN (1997) pp. 33-34.

⁷⁶³ *Ibidem*. p. 34. El término utilizado por Friedman es “living Law” (la traducción es propia)

⁷⁶⁴ COTTERRELL (1997) p. 15.

⁷⁶⁵ BURBANK (1999) p. 337.

alcanzar los objetivos y propósitos comunes, al imponer acciones a los agentes donde los límites son inadecuados y la irresponsabilidad es la norma. O donde el *accountability* es tolerable o imposible de alcanzar porque las prácticas y creencias, los valores, actitudes condicionadas por un proceso histórico son las que aun siendo difíciles de cambiar, son las que determinan las expectativas y la construcción de estructuras de *accountability*⁷⁶⁶.

3.2. Características de la cultura legal y su relación histórica

La cultura como variable importante que mueve la maquinaria legal y determina los patrones de las demandas sociales, no puede considerarse completa si en su estudio solo se exhiben las discordancias entre las posiciones conceptuales, cuando desde el punto de vista de la cultura misma es fundamental también describir la naturaleza relacional entre ésta y los diferentes planos que influyen decisivamente en el funcionamiento del sistema legal. Pueden haber leyes similares en sistemas similares, sin embargo, la forma de vivirla, de aplicarla varía enormemente y todo debido a la cultura legal y a las relaciones que históricamente mantiene con la independencia judicial, con el rol de los jueces y con el *accountability judicial*, y que son los que permiten generar una reacción química al conjunto real de instituciones, legislación y políticas legales que gradualmente van adquiriendo un carácter nacional⁷⁶⁷.

El primer elemento relacional de complejidad estriba entre la cultura legal y la independencia judicial, relación a la que Shimon Shetreet ha denominado *cultura de independencia*⁷⁶⁸ con cinco pilares de base fundamental: Una estructura institucional, una infraestructura constitucional, previsiones legislativas y garantías constitucionales, jurisprudencia y el mantenimiento de una tradición ética de estándares de conducta y a las que añadiremos una sexta que denominaremos apoyo real de la sociedad a las cortes

⁷⁶⁶ MONCRIEFFE (1998) p. 400.

⁷⁶⁷ PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (2003) pp. 153-157.

⁷⁶⁸ SHETREET (2012) pp. 17-18. Ambos autores consideran esos pilares como base fundamental para la creación de una cultura de independencia.

que se traducirá en lo que la sociedad en su conjunto hace o deja de hacer cuando el judicial en sus decisiones ha dejado de ser independiente.

Entonces en una cultura de independencia, la independencia judicial⁷⁶⁹, como principio esencial de la administración de justicia y como una forma de asegurar un judicial capaz de funcionar independientemente de los otros poderes, de la presión externa y de decidir sin miedo ni interferencias, es fundamental. Ello requiere que los jueces gocen de una independencia extrainstitucional e intrainstitucional⁷⁷⁰, para que como sistema de tribunales funcionen y sean percibidos por la sociedad funcionando de acuerdo a la ley⁷⁷¹ y sin interferencia alguna, lo que no significa que serán independientes en todo.

Estas dos formas de independencia son como se señaló, fundamentales, sin embargo, no podemos olvidar que para que ambas puedan existir es importante no perder de vista la protección cultural a esa independencia judicial, no solo porque la profesión judicial inspire respeto o que el juzgar sea una honorable tradición, particularmente en lo que respecta a los magistrados supremos quienes parecen estar protegidos por una suerte de barrera mágica de mitos y misterios, sino porque en una cultura de críticas y amenazas es imposible que la independencia judicial pueda prosperar⁷⁷². Lo que no significa que se debe dejar de lado el estudio de los diferentes métodos y niveles que le sirven de base.

El segundo elemento relacional de la cultura legal se da cuando hablamos de lo que hacen los jueces, pero más importante cómo lo hacen y por qué más importante, porque tienen en sus manos las decisiones finales sobre la vida, la libertad, los derechos

⁷⁶⁹ El profesor John Ferejohn (1999) p. 355, hace una distinción entre dos formas de independencia, una en la que el juez es independiente si puede tomar sus decisiones sin miedo ni interferencias y cuando puede tomar sus decisiones sin la necesidad de depender de otras personas o instituciones.

⁷⁷⁰ La independencia intrainstitucional, no es parte de la presente investigación, razón por la cual, solo quedará enunciada.

⁷⁷¹ BURBANK (1999) p. 342.

⁷⁷² FRIEDMAN (2006) pp.147-148 y ss; *Cfr.* BURBANK (1999) p. 335, cuando señala que la independencia judicial tiene muy poca relación con los métodos de selección o el tiempo de permanencia en el cargo, como la tiene con la cultura.

y propiedad de todas las personas. Como señalamos en un acápite anterior, son dos las manifestaciones filosóficas y políticas del rol judicial. Los jueces solo deben basarse en la ley y buscar el *corpus juris*, como base de un razonamiento legalista o son legisladores que explotan su independencia con los límites legítimos de ese rol y en el que confluyen sus preferencias y valores personales. Ambos extremos no han estado exentos de cuestionamientos relacionados con la imposibilidad de pensar que un juez pueda dejar de lado sus preferencias personales y que como autómatas tomen sus decisiones, o que lo hagan basados solo en sus valores y actitudes personales dejando de lado la norma.

En un escenario controversial como éste ¿cuál es entonces el rol de la cultura de independencia y su intrínseca relación con el rol judicial? Los jueces no son autómatas, y tampoco podemos pensar que decidirán ignorando la norma. Si nos ceñimos a que el apoyo de la cultura es fundamental para la independencia judicial, entonces debemos sostener que si los jueces deciden de manera tan independiente, corrupta y solo pensando en sus ganancias personales, actos todos que los denigran⁷⁷³, la cultura de independencia se encargará de retirarle su apoyo, lo que no necesariamente y en la práctica sucede.

En países con una fuerte cultura de independencia se han abordado de diferentes formas las determinaciones constitucionales de resguardo estructural al rol judicial. La selección de los mecanismos depende de la estructura y tradición política y legal del país, en algunos países como Canadá, India y Estados Unidos, la constitución o las decisiones vinculantes le otorgan a los tribunales de justicia el derecho de determinar la constitucionalidad de la legislación o la legalidad de las acciones administrativas, en otros como en los Países Bajos y Suecia, las Cortes no pueden revisar la constitucionalidad de la legislación⁷⁷⁴. Esta protección está referida a la facultad de los

⁷⁷³ DAY (2008) p. 4.

⁷⁷⁴ NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE FOR THE CANADIAN INTERNACIONAL DEVELOPMENT AGENCY (2008) p. 83.

jueces de tomar decisiones libres de la presión o influencia de los otros poderes⁷⁷⁵, principalmente cuando la decisión pueda afectar una resolución adoptada por ellos.

Otras formas de protección formal a las decisiones independientes de los jueces se ven reflejadas en la protección salarial, administración de recursos y tiempo de permanencia en los cargos, sin embargo, esta protección formal no es necesaria ni suficiente para asegurar una independencia judicial real, porque las protecciones formales resultan útiles para sustentar las convenciones sociales al proporcionar demarcaciones claras.

Entonces estas convenciones sociales parecen ser más bien las que dan lugar a la protección per se de la independencia judicial no necesariamente la protección estructural. Y a que nos referimos cuando decimos convenciones sociales, a todos aquellos valores, actitudes, expectativas, normas sociales, etc., que una sociedad valora (conductas éticas y morales). Entonces nuevamente será la cultura la que terminará estableciendo la forma de protección al rol judicial.⁷⁷⁶

Si son los valores, actitudes y formas de comportamiento lo que una sociedad valora entonces la preocupación principal debería fundarse en el sentido propio de independencia y *accountability* de los jueces⁷⁷⁷ y de la cultura externa como condicionantes de la independencia decisional. Consecuentemente, será la calidad individual del juez, su integridad, su coraje y los principios éticos⁷⁷⁸ impuestos sobre

⁷⁷⁵ CARLTON (2003) pp. 1-2.

⁷⁷⁶ El profesor Stephen (2007) p. 913, en su trabajo “Judicial Independence, Judicial *accountability*, and Interbranch Relations” sobre la base de otros trabajos señala que son las normas informales, las costumbres son determinantes del equilibrio de la relación entre los poderes del estado. Pero que además son esas normas informales las que evitan los procesos de *impeachment* al judicial por decisiones que pueden no ser populares.

⁷⁷⁷ PIMENTEL (2009) p. 4.

⁷⁷⁸ DAY (2008) p. 2.

ellos y no necesariamente la protección formal⁷⁷⁹ la que determinará la independencia del rol judicial.

El último elemento relacional de la cultura de independencia es el *accountability* judicial. Para explicarla partiremos recordando que el *accountability* judicial es un mecanismo que involucra la obligación de explicar y justificar una conducta⁷⁸⁰. Lo que implica una relación entre un actor y un fórum, en la que el primero explica y justifica una acción o desempeño que puede dar lugar a un debate y cuestionamiento por parte del fórum, que finalmente evalúa y juzga el desempeño del actor, imponiéndole un premio o una sanción, “es una relación entre un actor y un fórum en la que el actor está obligado a explicar y justificar su conducta, el fórum a cuestionar y juzgarla y el actor a enfrentar consecuencias”.⁷⁸¹

Entendido de esa manera, en la relación *accountability judicial* - cultura de independencia, consideraremos dos aspectos importantes: primero una cultura de independencia que se relaciona con un actor y un fórum. Bovens aclara su concepto, señalando que el actor puede ser un individuo o una organización sea ésta una institución pública o una agencia y que el fórum puede ser una persona (superior jerárquico, ministro, periodistas) o una institución (parlamento, cortes, auditores). Asumiendo que la relación entre el actor y el fórum puede ser una relación principal-agente o no necesariamente, como como es el caso de las Cortes⁷⁸². Y segundo una cultura de independencia que debe o no aceptar al *accountability judicial* como un mecanismo que involucra una obligación.

Entonces esta relación independencia y *accountability* judicial dependerá hasta cierto punto de las relaciones constitucionales externas que tenga del judicial con los

⁷⁷⁹ ABRAHAMSON (1996) p. 79. Dentro de la calidad o carácter individual, considera el entrenamiento del juez, el juramento, los condicionantes sociales y de la cultura. Señala que si en una sociedad se valora la independencia judicial, los jueces deben vivir bajo las normas que la sociedad valora.

⁷⁸⁰ BOVENS (2010) p. 951; Cfr. ROMZEK y DUBNICK (1998) p. 6; SCOTT (2000) p. 40; MULGAN (2003) p.7-14; LERNER y TETLOCK (1999) p. 255.

⁷⁸¹ BOVENS (2010) p. 951.

⁷⁸² Ídem.

otros poderes del estado y el resto estará compuesto por la cultura de apoyo político y social consensuado que permite mantener un proceso de desarrollo de una cultura de independencia y *accountability* judicial.

3.2.1. La independencia judicial y la cultura legal: Una cultura de independencia judicial

La base de la relación cultura legal e independencia judicial se encuentra en el derecho de las Cortes de gobernarse a sí mismas como otro poder del estado y a la libertad de conducirse y decidir libre y sin temor en los asuntos que sean puestos en su conocimiento. En ese entendido la independencia decisional e institucional se encuentran estrechamente ligadas con la finalidad de crear una imagen positiva que permita a la sociedad en su conjunto y a los otros brazos del gobierno, percibir la misión de las Cortes y encontrar los caminos apropiados para legitimizar el trabajo judicial. Para alcanzar ese objetivo ambas están sujetas a dos condicionantes: la estructura institucional y la normativa legal.

3.2.1.1 Estructura Institucional

De los seis pilares considerados importantes, el primero en el que recae la responsabilidad de este objetivo es la denominada estructura institucional que regula todos los asuntos relacionados con el estatus de los jueces y la jurisdicción de las Cortes⁷⁸³. En este nivel se consideran salvaguardas de protección que permiten a los jueces cumplir con su función constitucional. *Los jueces no son independientes porque la constitución o las leyes lo digan que lo son, tienen que haber estructuras organizacionales y mecanismos institucionales que los garanticen.*⁷⁸⁴

La cultura de independencia, en toda sociedad tiene como base mecanismos que regulan las relaciones entre el judicial y los otros dos poderes del estado (ejecutivo-

⁷⁸³ SHETREET (2011) p. 18.

⁷⁸⁴ PÉREZ-PERDOMO (2001) pp. 100-101.

legislativo). En esta relación los jueces y la sociedad tienen la responsabilidad de preservar el diseño de cultura de independencia que hubiese sido ideada, con las variaciones importantes de una sociedad a otra⁷⁸⁵, y asegurar el funcionamiento institucional-administrativo del judicial y sustantivo-administrativo del juez individual.⁷⁸⁶

Dentro de la relación con los otros poderes, el judicial debe mantenerse alejado del proceso político y la influencia que pueden ejercer los otros poderes del estado a través de los procesos de remoción, nombramiento disciplina y selección judicial. Sobre todo si consideramos que el legislativo y ejecutivo participan en los procesos de selección de jueces principalmente de las Cortes Superiores y de disciplina y remoción judicial. El profesor Shetreet, ejemplifica experiencias en las que el legislativo ha interferido la independencia judicial y cita como ejemplo la experiencia ecuatoriana de 2007, cuando nueve (9) jueces de la Corte Constitucional son removidos de sus cargos por decisiones contrarias a la cultura popular, siendo que de acuerdo a la norma constitucional de Ecuador corresponde, para la remoción, un proceso de *impeachment*.⁷⁸⁷

Para evitar que casos como el señalado sucedan, los estándares internacionales de independencia judicial consideran como parte de los mecanismos de protección una remuneración apropiada y protegida de la interferencia de las otras ramas del gobierno. Lo que no significa que esa protección no pueda verse afectada por situaciones generales de austeridad nacional⁷⁸⁸, sin embargo, cuando hablamos de una apropiada protección, nos referimos a la posibilidad de intervención en el presupuesto judicial como una forma de represalia al accionar judicial, lo que si puede convertirse en un impedimento para su labor, y puede dañar la imagen de independencia si su gobierno administrativo depende por ejemplo del ejecutivo, como responsable de la construcción de infraestructura, de

⁷⁸⁵ PÉREZ-PERDOMO (2001) p. 99.

⁷⁸⁶ SHETREET (2011) p. 20 .

⁷⁸⁷ *Ibidem* p. 24. Rusia también es otro ejemplo de intervención o interferencia del ejecutivo con las decisiones de los altos tribunales judiciales.

⁷⁸⁸ SHETREET (2011) p. p. 25.

otras facilidades, de recursos para las Cortes, o la administración de las funciones vacaciones y horarios ⁷⁸⁹ de los funcionarios judiciales.

La infraestructura institucional como uno de los niveles necesarios para hablar de una cultura de independencia, no solo está conforma por los mecanismos de protección señalados. Pues uno de los puntos más importantes se encuentra en las relaciones de los tres poderes, no a través de los mecanismos *per se*, sino como una forma de cuidar el balance, la soberanía legislativa y los principios de separación de poderes.

A esta protección, denominaremos, protección subjetiva relacionada con el debate en el legislativo sobre el funcionamiento de las Cortes, el debate sobre los casos de importancia pública como suelen ser los *casos difíciles* (o como Shetreet los llama casos controversiales⁷⁹⁰), las críticas a los jueces y la función extrajudicial de los jueces. Llamo a estos debates mecanismos de protección subjetiva, porque en ellos, y dejando de lado los procedimientos formales, se observan normas internas (formales e informales y tradiciones) que dependiendo de si en la cultura prima la independencia sobre el *accountability*, moderan, excluyen o incluyen críticas al judicial, lo que no siempre a limitado los ataques⁷⁹¹ del legislativo al Poder Judicial y al desempeño de los jueces individuales. Ataques que en los casos relacionados con procesos de remoción no siempre han llegado a efectivizarse, a pesar de las demandas sociales por el *impeachment*⁷⁹², sobre todo si han tenido como base controversias políticas.

Adicional a las medidas tradicionales de protección, tenemos las funciones extrajudiciales. Relacionadas con las restricciones temporales a las labores post-

⁷⁸⁹ COLBRAN (2003) p. 62.

⁷⁹⁰ En Chile se le ha dado el nombre de Sentencias Destacadas. LIBERTAD Y DESARROLLO, (2004-2017).

⁷⁹¹ KAHN (1999) pp. 625-626; Cfr. GARDNER (2006b) posición 1575-3713; GRIFFITH (1998) p.3; GRIFFEN (1998) p. 76; GARDNER (2013) p. 261; WHITE (2002) pp. 1053-1054 pie de página 2.; CARRINGTON y CRAMPTON (2009b) p. 1107; BURBANK (1999) pp. 315, 316, 341 y 342; WEBSTER (2004) p. 25; BROWN (1998) p. 576; LIPPMAN (2008) p. 2; SHANE (1998) p. 21.

⁷⁹² Hay casos en los el proceso de *Impeachment* a los jueces de Cortes Supremas o Jueces Federales han llegado hasta la efectiva remoción de los jueces. Juez, Samuel Chase (1800); Juez Harold Baer (1997); Juez Ramaswamy (1990); Juez Federal Walter Nixon (1993).

judiciales de los jueces, al desempeño de funciones en el ejecutivo o legislativo asumiendo roles o tareas en representación del estado o en procesos de negociación en representación de uno o de ambos poderes⁷⁹³. La razón para establecer esta restricción radica en la importancia de preservar ante la sociedad, el principio de Separación de Poderes.⁷⁹⁴

Los mecanismos de protección formales y subjetivos mencionados, lo que hacen es permitir generar una perspectiva más positiva del trabajo de las Cortes al encontrar la forma de legitimizar la función judicial en la mente del público, importante para el apoyo o no de la sociedad en su conjunto a la independencia judicial. Se las hizo de esa manera, bajo la premisa de que cuando el público está seguro de que los jueces están sujetos a ciertos límites y castigos, por sus conductas, es más proclive a aceptar la decisión judicial⁷⁹⁵, hecho que beneficia al judicial y a la sociedad en su conjunto.

3.2.1.2. Estructura constitucional

Otra de las aristas importantes de la cultura de independencia, radica en las normas aprobadas por el legislativo y en la norma constitucional de cada país. Si bien las normas relacionadas con la protección a la independencia judicial, pueden variar de un sistema a otro, hay ciertas materias comunes que en general se encuentran reguladas en la norma constitucional y excepcionalmente a través de leyes, pero que permiten considerar cierta protección universal a la independencia judicial, y digo cierta porque hay países que no tienen normas escritas pero sus judiciales gozan de independencia⁷⁹⁶.

⁷⁹³ SHETREET (2011) p. 27.

⁷⁹⁴ Ídem.

⁷⁹⁵ BEAUCHAMP y KING, (2010) p. 6.

⁷⁹⁶ RUSSELL (2001) pp. 3-23, en su análisis cuestiona si es posible hablar de una teoría general de protección universal a la independencia judicial. Cuestiona si para alcanzar aquello es necesario aclarar y armonizar los fenómenos a los que nos referimos cuando se habla o se trata la independencia judicial. Considera dentro de su análisis tres aspectos: 1) si la independencia judicial es esencialmente la relación de las instituciones judiciales y los jueces individuales con otras instituciones o grupos o 2) si solo se refiere al rol judicial y a su conducta y 3) si es el objetivo el que permite hablar de independencia judicial en una teoría general. Concluye señalando que no necesariamente se pueden hablar de una teoría general solo respaldándonos en lo establecido en las constituciones escritas de muchos países, cuando hay otros que sin tenerlas gozan de un judicial independiente.

La protección constitucional escrita considera entre otros, los procesos de nombramiento, calificación de jueces, y los procedimientos disciplinarios. Quienes tuvieron a su cargo el diseño de las constituciones pusieron un precio muy elevado a la independencia y a la imparcialidad judicial. Esta protección históricamente, para hacerse efectiva consideró algunos principios, relacionados con la prohibición de establecer o crear tribunales especiales para atender controversias, con la ejecución correcta de las decisiones judiciales, con la separación del judicial del servicio público y la prohibición de hacer cambios que perjudiquen los cargos judiciales.⁷⁹⁷

Lo que se pretendía con estos principios, era reforzar la idea de un judicial independiente, aislado y con “*autonomía relacional*”⁷⁹⁸, referida a tener independencia individual, partidaria y de los otros poderes del Estado en la toma de sus decisiones⁷⁹⁹. Pues resulta fundamental que los jueces sean considerados neutrales y que sean capaces de tomar sus decisiones aislados de cualquier influencia o control partidario.⁸⁰⁰

3.2.1.3. Normas legislativas y salvaguardas constitucionales

Dentro de la normativa legal como condicionante tenemos que, por lo señalado en acápite anterior, la protección y control de las Cortes judiciales se encuentra establecida, en gran medida en las normas constitucionales. Sin embargo, hay materias relacionadas con el Poder Judicial que pueden en algunos países, estar normadas por rango legislativo. La diferencia entre ambas radica en que las primeras solo pueden ser cambiadas a través de una modificación constitucional, y la segunda solo por acuerdo mayoritario del legislativo.

¿Qué sucede sin embargo, con la autonomía judicial establecida constitucionalmente? Sucede que muchas veces se puede ver afectada por la autoridad legislativa cuando a través de su gobierno puede modificar la jurisdicción de las Cortes,

⁷⁹⁷ SHETREET (2001) p. 246.

⁷⁹⁸ DODSON y JACKSON (2001) p. 255.

⁷⁹⁹ Ídem.

⁸⁰⁰ DODSON y JACKSON (2001) pp. 255-256.

la aprobación presupuestaria para la operación judicial, y temas administrativos relacionados con la estructura y tamaño de las Cortes judiciales.

Dejando de lado los temas administrativos y estructurales en los que el legislativo tiene ingerencia respecto del judicial, tenemos a un legislativo con la potestad de decidir temas disciplinarios, como el *impeachment*. Cuando la norma constitucional señala que los jueces de las Cortes Superiores se encuentran sujetos a permanecer en sus cargos siempre que mantengan un buen comportamiento, es el legislativo el encargado de determinar cuando un juez y su conducta ha degenerado lo suficiente para iniciar un proceso de *impeachment*. Ello significa, que el legislativo tiene la capacidad de remover a un juez por la toma de una decisión contraria a sus deseos. Para el profesor Gardner, que aun cuando el legislativo no inicie un proceso de *impeachment*, tiene dentro de sus potestades la posibilidad, como se dijo anteriormente, de disminuir el presupuesto de las Cortes y modificar la estructura de las mismas.⁸⁰¹

El debate en algunos países, como Israel, se centra en el riesgo de normar con rango legislativo algunas previsiones relacionadas con la independencia judicial, aun cuando se normen materias judiciales con normas no de rango constitucional. En tal caso deberían en su interpretación ser consideradas como normas con un valor constitucional⁸⁰² por el alto valor que posee la independencia judicial en el balance de poderes, en los objetivos que la comunidad legal desea alcanzar, en la identidad, el origen y la tradición que se refleja en tal identidad y diversidad que se refleja en ella⁸⁰³.

3.2.1.4. Las facultades adjudicativas: Jurisprudencia de las Cortes

Dentro de lo que es la estructura institucional, considerar las facultades adjudicativas significa considerar la decisión de las Altas Cortes, es decir la

⁸⁰¹ La modificación de la estructura de una corte tiene relación con la disminución de personal, de material de oficina, disminución de salarios de los funcionarios judiciales, entre otros. GARDNER (2006) pp. 266 y 277-282.

⁸⁰² SHETREET (2011) p. 31.

⁸⁰³ BARAK (1993) p. 770.

jurisprudencia. Su uso reviste de gran importancia en la vida del derecho de todos los ordenamientos jurídicos, sean éstos del Common o Civil Law. Dentro del análisis del derecho se hace referencia a la jurisprudencia como un conjunto de decisiones de contenido específico respecto de la norma que se interpreta, y es este punto el que nos lleva a relacionarlo con cultura, principalmente porque la jurisprudencia se convierte en la fortaleza de la que extraen su fuerza las normas. Cada cultura tiene su propia jurisprudencia que deriva de su propia cultura y tradición legal que son las que determinan un orden de ideas y conceptos sobre los cuales se sustenta una experiencia legal común.⁸⁰⁴

Hay términos que aparecen en las normas y la Constitución que reflejan las concepciones fundamentales del sistema al que pertenecen y de la cultura que le da a estos términos el significado jurisprudencial específico, que permite extraer de él la conclusión de que cada norma creada dentro de una comunidad legal, alberga la concepción fundamental de la cultura legal y la jurisprudencia de su sistema legal.⁸⁰⁵

Las Cortes deben considerar esas expresiones, esos términos como la base para interpretar el significado de los textos de las normas. De la revisión de sus decisiones en temas de independencia debe ser posible concluir que lo sustantivo de las expresiones inmersas en la norma es lo que cada país entrega no solo a la creación sino a la mantención de una cultura jurídica⁸⁰⁶. Casos como *The Valente*⁸⁰⁷ y *Beauregard*⁸⁰⁸ en la

⁸⁰⁴ BARAK (2005) p. 162.

⁸⁰⁵ Ídem.

⁸⁰⁶ SHETREET (2014) p. 20.

⁸⁰⁷ El planteamiento hecho por Noel Bates, abogado de Walter Valente, acusado por conducción irresponsable, es que los jueces provisionales no cumplen con las garantías de independencia y que ello no les daba la suficiente independencia como tribunal, requisito necesario establecido en la sección 11(d) del “Charter of Rights and Freedoms” de la Constitución de Canadá. De acuerdo a Bates el estándar mínimo de independencia judicial es el que gozan los Tribunales Superiores Provinciales cuyo salario y permanencia en el cargo se encuentra protegido por la sección 99 y 100 del Acto Constitucional de 1867. Protección de la que no gozaban los jueces provinciales cuyos cargos se encuentran sujetos a las normas de elegibilidad y planes de beneficios de los funcionarios públicos. Sobre la base de estos antecedentes Bates señala que el ejecutivo tiene el poder de otorgar ciertos privilegios a los jueces, lo que para él significa que estos jueces podrían favorecer al ejecutivo en orden a obtener los privilegios antes señalados. La Corte provincial aludida, declinó su jurisdicción y el caso subió a la Corte de Apelaciones de Ontario. En su decisión la Corte señaló que en ausencia de una garantía constitucional de la independencia judicial, la

Corte Canadiense nos muestran la relación de la jurisprudencia con la cultura de independencia. Estos casos le dieron a dicha corte la oportunidad de interpretar el principio de la independencia judicial. En el caso Valente sostuvo que lo importante para considerar a un tribunal independiente, es la seguridad financiera del cargo y la independencia institucional de los tribunales en los casos puestos a su conocimiento.

En su decisión del caso Bearuegard, lo que hace este Alto Tribunal es analizar el propósito de la independencia sobre la base de dos fundamentos: uno relacionado con la completa libertad de un juez de decidir los casos sin presión de ningún tipo y el otro con la importancia de la independencia para permitir que las Cortes cumplan con su rol institucional de protección constitucional.⁸⁰⁹

Cuando tocó a otras Cortes decidir sobre temas relacionados con el judicial como la disminución salarial, o la eficiencia⁸¹⁰ de los jueces siendo que son ellos mismos los afectados,⁸¹¹ han priorizado y preservado la independencia judicial sobre la base de la cultura legal que los respalda.

3.2.1.5 Códigos de conducta y ética judicial

Como parte de la normativa, la protección al judicial es una característica importante sino fundamental en los sistemas legales. La tendencia sin embargo, además

adherencia tradicional del ejecutivo a la independencia judicial significa la consideración de independencia de la cortes provinciales según lo establece al capítulo citado, la corte sugirió el test de “persona razonable” para determinar la independencia. Esta decisión fue apelada a la Corte Suprema Canadiense. En ella se consideró en la decisión el test de “persona razonable” pero además se intentó un análisis más preciso sobre la independencia judicial. En el análisis se hace una diferenciación entre imparialidad e independencia como dos conceptos totalmente diferentes y se establecen tres condiciones que permiten a los jueces tener la capacidad de actuar de manera independiente. Entre las condiciones se señalan: la seguridad financiera, del cargo y la independencia institucional de los tribunales en casos que les sean adjudicados. Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R.IL 673. GREENE (1988) pp. 178-185; *Cfr.* SHETREET (2011) pp. 32-33.

⁸⁰⁸ GREENE (1988) pp. 185-190.

⁸⁰⁹ *Ibidem.* 179-184.

⁸¹⁰ BARAK (2011) p. 33.

⁸¹¹ Si se descalifica a un juez o varios porque deben decidir un caso en el que son afectados, no habría tribunal capaz de resolverlo

de esa protección ha sido tratar que los jueces no sufran de represalias por decisiones que no están necesariamente apegadas a la norma legal.

En el intento por reforzar esa protección y que el desempeño del juez se vea no solo independiente sino íntegro e imparcial, la comunidad jurídica completa su independencia aprobando códigos de conducta vistos en nuestro capítulo anterior. La intención con ello fue proveer de un mecanismo que permita a los jueces ser independientes y *accountable* en la práctica a través de la adhesión absoluta a un conjunto de valores judiciales que exige de los jueces una conducta ética. Con ello, se esperaba que se mantengan alejados de los procesos políticos, que no expresen simpatía o desagrado por las autoridades que gobiernan y que no se dejen llevar por grupos de presión o por lo que la sociedad quiera. Así la independencia se convertiría en un instrumento para alcanzar, la imparcialidad, el apego a la ley, a los principios legales y a ponerlos sobre cualquier interés personal o partidario.⁸¹² Y con ello se alcanza la confianza del público en esos estándares éticos de los jueces y en su adhesión a las decisiones, aun cuando puedan no estar de acuerdo con ellas.⁸¹³

Estas tradiciones éticas y los códigos de conducta judicial que protegen la independencia judicial la que pueden verse a través de las actividades oficiales y personales de los jueces. La independencia sustantiva del juez, que puede verse comprometida con las dependencias generadas en su entorno y de todo aquello que puede sembrar duda sobre la neutralidad judicial se encuentra también protegida bajo la esfera de esas tradiciones y códigos de conducta.⁸¹⁴

Cuando señalamos aquello, nos parece obvio que los jueces (los tribunales) sigan las leyes y lo establecido en la Constitución⁸¹⁵. ¿Sucede, sin embargo, lo mismo con el seguimiento y cumplimiento del o los cánones éticos y códigos de conducta judicial que

⁸¹² PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 3

⁸¹³ BARAK (2002) p. 60.

⁸¹⁴ SHETREET (2014) p. 6; *Cfr.* SHETREET (2011) pp. 33-34.

⁸¹⁵ WHITE (2002) p. 1062.

sancionan a los jueces cuando éstos incumplen con sus preceptos? Lo cierto es que, teóricamente, parece ser que la sociedad, al saber que los jueces o tribunales se encuentran sujetos a sanciones disciplinarias que consideran incluso la remoción del cargo, piensan que es obvio su cumplimiento como parte de *accountability* judicial. Pues la independencia judicial no significa que los jueces pueden actuar y decidir los casos puestos en su conocimiento sobre la base de intereses y predilecciones propias, o sea que no pueden— “*sentarse como un Kadi bajo un árbol de bananas, y hacer justicia como se les plazca*”⁸¹⁶, porque de ellos se espera que actúen independientemente, pero sin dejar de lado las consideraciones éticas.

De los jueces se espera que cumplan una función dual, mantener la independencia, imparcialidad e integridad del sistema judicial y un estándar de conducta y desempeño apropiado, bajo la premisa, aristocrática, de que los jueces poseen o tienen más inteligencia, más entrenamiento intelectual en la ley y que por ello deben mantener un estándar ético más elevado que el resto de los ciudadanos, dentro y fuera de la corte.⁸¹⁷

Si su actuar está sujeto a un fuerte compromiso ético, podría permitirles preservar un *accountability* propio manteniendo su independencia personal libre de presiones. No hacerlo significaría el sometimiento de su coraje e integridad personal, que son las que en definitiva pueden darle independencia sobre la base de ese convencimiento ético. A diferencia del régimen disciplinario tradicional que puede llegar a ser una amenaza a la estructura de independencia judicial y a la protección de influencias externas de los jueces⁸¹⁸, puede asociado a otros mecanismos balancear los intereses de independencia y *accountability* que espera una sociedad para no perder la confianza en el judicial.

Y cuando hago énfasis en el elevado compromiso ético que considera el coraje y la integridad personal del juez, no me refiero solo al cumplimiento de los tradicionales

⁸¹⁶ ROSENN (1987) p. 4. La traducción de “*An independent judge need not sit like a kadi under a banana tree, dispensing justice as he or she sees fit*”.

⁸¹⁷ Utilizada por Aristóteles, citado por PÉREZ-PERDOMO (2000) p. 3 pie de página 7.

⁸¹⁸ PIMENTEL (2009) p. 19.

Códigos de ética y conducta aprobados en casi todos los sistemas jurídicos, contruidos “siguiendo reglas de una lógica ajena a la realidad y extraña a lo contingente a lo incommensurable y a lo individual”⁸¹⁹, sino a la idea de salir de la mentiras con las que se mantiene el estado y la sociedad y tratar más bien de creer en un orden moral en el que los ciudadanos mantienen la fe en la libertad interna del juez independiente⁸²⁰ y *accountable*, en un juez ético.

3.2.1.6 La confianza de la sociedad en las Cortes: Una visión de apoyo y respeto a la independencia judicial

Se dice que el judicial debe ser independiente o por lo menos parecerlo, porque de ello depende la percepción que la sociedad tiene sobre sus decisiones. La sociedad necesita creer que las Cortes toman sus decisiones basadas en la ley y sin corrupción o malas influencias, para estar dispuesta a obedecerlas, “*la gente respeta la Ley y es más proclive a vivir bajo la mismas, solo si cree que ella opera justa y efectivamente*”⁸²¹. En ese sentido, lo dijimos, es importante la ética, pero también la cultura y los principios definidos en una comunidad que serán diferentes de una sociedad a otra. Ello significa que cada sociedad exigirá de sus jueces el apego a la ley, a sus principios básicos y a sus normas morales⁸²², pero también será la encargada de la deferencia y el respeto que sus jueces y el judicial se merezcan.

Si bien la confianza pública es importante ello no significa que sea la condición exclusiva para una buena decisión judicial⁸²³, sin embargo si puede ser condicionante para la protección a la independencia judicial con las variaciones de cultura, costumbres y expectativas que cada sociedad pueda tener. Hoy en día la sociedad está más polarizada respecto de la desconfianza e insatisfacción con los jueces por la percepción de que éstos se equivocan. Las sociedades creen que las decisiones de los jueces

⁸¹⁹ CORTINA (2000) p. 11.

⁸²⁰ La independencia reside en cada juez. BECKER (1970) p 144.

⁸²¹ KAY (1997) p. 710.

⁸²² PIMENTEL (2009) p. 22

⁸²³ BEAUCHAM y KING (2010) p. 7.

deberían reflejar el deseo del pueblo, son vistos como políticos y consideran que se deben al pueblo como cualquier otro funcionario público.⁸²⁴

Para autores como Judith Kaye, la independencia no significa que el judicial esté completamente aislado de los otros poderes del Estado sobre todo porque entre ellos existe, en alguna medida, una relación necesaria. Tampoco es que el judicial deba ser inmune a las críticas o ser *accountable* al público, pero no como lo son los otros brazos del estado. La diferencia principal radica en que los funcionarios públicos deben responder a la sociedad y a sus deseos, los jueces no. Por lo tanto, los jueces no son iguales a los funcionarios públicos, para sostener la diferencia señala que los jueces no discuten sus decisiones, no imparten conferencias de prensa y no participan en programas de radio o televisión.⁸²⁵

El hacerlo no necesariamente significaría ganar o recuperar la confianza y deferencia de la comunidad. Los jueces (los tribunales) por el contrario deben cumplir con su rol constitucional de decidir las disputas puestas en su conocimiento de manera justa, imparcial no hacer comentarios de las partes o de los testigos y mucho menos mandar señales amenazantes o intimidantes⁸²⁶ a la sociedad en su conjunto, si actúan así ganarán la confianza y el respeto a través de su desempeño y conducta⁸²⁷. Un juez honorable es necesario para la justicia y para la sociedad.

¿Qué sucede sin embargo, con esa sociedad dentro de la generalización que se hace del cómo debe ser el comportamiento y conducta judicial destinada a ganar la confianza de la comunidad? Que el juez parece ser el sujeto activo de esta relación y la sociedad el sujeto pasivo receptora de la misma. Mantenernos en ello significaría

⁸²⁴ HAYNES (2010) p. 916.

⁸²⁵ KAYE (1997) pp. 711-712.

⁸²⁶ Uno de muchos ejemplos de la actuación política de un juez lo tenemos en el actuar del Juez Guido Calabresi en Estados Unidos, quien a hizo comentarios públicos sobre su descontento con la reelección del ese entonces presidente George Bush a quien comparó con el Dictador Italiano Benito Mussolini. A poco de hacer ese discurso, el Juez tuvo que disculparse. Este hecho daña al judicial como institución pues muestra que los jueces pueden actuar como políticos. HELLMAN (2007) p. 862.

⁸²⁷ PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

quitarle a la sociedad y a la cultura la importancia de su rol en esta relación, juez-sociedad.

Un juez es independiente y *accountable* si se adhiere a los principios legales de una cultura y de una sociedad. Ello significa que no solo en los jueces recae la responsabilidad de la honorabilidad, sino también, en la sociedad que es la encargada de exigir que los jueces cumplan con ciertas normas morales y éticas dentro de una comunidad que las precia.⁸²⁸

La percepción del rol judicial debe ser consistente con los valores básicos de una sociedad, el poder y el comportamiento de los jueces para una sociedad que, como Montesquieu⁸²⁹, ve a los jueces como la boca que pronuncia la ley, es *diferente de una sociedad que ve la legislación judicial como legítima*.⁸³⁰ Eso quiere decir, que el principio de independencia conlleva más que la imparcialidad o el apego a los valores éticos, un entorno que garantice el desempeño del poder judicial de su función central distintiva de adjudicación independiente, imparcial⁸³¹ y *accountable*.

En una sociedad en la que la presión profesional a los jueces por parte de sus pares⁸³² o quienes están en la profesión legal, muestre al juez que decide sobre la base de juicios políticos o porque se apresta a buscar su promoción personal, que la cultura legal no reconoce esos actos como apropiados y que considera que las razones sobre las que versa la decisión no son aceptables,⁸³³ tendrá una forma de *accountability*.

La profesión legal tiene el interés en la eficiencia con la que las Cortes funcionan, en la razonabilidad con la que deciden, ellos son quienes revisan las decisiones para el aprendizaje y la búsqueda de precedentes. Si bien, los abogados no pasan los chismes directamente al juez, los jueces saben que la “red” es lo

⁸²⁸ PIMENTEL (2009) p. 15.

⁸²⁹ Supra nota de pie N° 7.

⁸³⁰ BARAK (2002) p. 33.

⁸³¹ LOWDES (2016) p. 3.

⁸³² GRIFFITH (1998) p. 16.

⁸³³ HELLMAN (2007) p. 859.

suficientemente buena para hacerles llegar los comentarios⁸³⁴. Comentarios que no son exclusivos de la profesión legal.

La academia juega también un rol preponderante en el control judicial cuando propociona comentarios informados y críticos sobre el funcionamiento del orden legal. Los comentarios, en revistas u otras publicaciones proporcionan no solo información útil a los jueces, sino evalúan su desempeño, sobre todo cuando en ellos se pueden evidenciar, críticas y opiniones detalladas y bien fundamentadas⁸³⁵ resultado de una cultura de educación judicial desarrollada y con las características propias que cada sociedad tiene en sus textos constitucionales, legales y reglamentarios, en la enseñanza de la ley y de habilidades judiciales, en si en todo su sistema sociocultural⁸³⁶, en toda esa cultura interna propia⁸³⁷ importante para el estudio de un sistema legal.

Hoy, dentro de una sociedad en la que el judicial ha dejado de ser el último brazo visible de un gobierno⁸³⁸, el escrutinio de los MCS, para el mantenimiento de la independencia judicial, se ha vuelto fundamental. El judicial se ha vuelto visible, sin embargo, esta visibilidad se enfrenta a una élite judicial que se ha distanciado de la sociedad, muchas veces porque frente a los ataques tiene prohibido reaccionar, otras porque la comunicación al público no es clara. Todo esto ha contribuido a ser percibida

⁸³⁴ COLBRAN (2003) p. 64.

⁸³⁵ *Ibidem*. pp. 64-65.

⁸³⁶ Para Edmundo Fuenzalida (2003) p. 197, en su trabajo “Derecho y Cultura Jurídica”, el sistema jurídico no solo considera los textos legales, constitucionales, reglamentarios, los convenios y contratos generados por los particulares, sino también incluye a los tribunales de justicia, desde las jerarquías más altas, hasta los funcionarios auxiliares de la administración de justicia (profesores, archiveros, auxiliares, etc.) a todo este aparatage llama “sistema sociocultural” jurídico.

⁸³⁷ Hay probablemente una cultura legal de doctores, de auditores, por lo tanto, también de abogados, de jueces y juristas en general. PÉREZ –PERDOMO y FRIEDMAN (2003) pp. 150-152; *Cfr.* En los Principios de *accountability* de la relación entre los tres poderes del Gobierno “*Commonwealth Principles on the Accountability of and the Relationship Between the Three Branches of Government*” consideran que para un adecuado control del judicial, el entrenamiento judicial que incluye la enseñanza del derecho, las habilidades judiciales y el contexto social, incluyen además los problemas étnicos y de género. COMMONWEALTH PARLIAMENTARY ASSOCIATION (2009) p. 18. Para Felipe Gonzáles Morales (2003) p. 294, hay una enseñanza tradicional del derecho que es la que caracteriza la cultura jurídica como formal y rígida, dice el que hay una cultura de los jueces.

⁸³⁸ KAHN (1999) p. 637.

dentro de la sociedad, como una institución peligrosa y distante.⁸³⁹ Percepción muchas veces también atribuida no solo a la labor judicial como tal, sino al trabajo de la prensa, que por la presión y la demanda de un análisis rápido y aprovechando que los ciudadanos ven difícilmente la realidad de las decisiones judiciales, crea una expectativa sensacionalista sin expertis legal en la sociedad⁸⁴⁰.

No importa si es la falta de comunicación de parte del Poder Judicial, o es responsabilidad los MCS, lo cierto es que el escrutinio mediático y su opinión al parecer se han convertido en documentos públicos⁸⁴¹ y un reto para los jueces, la independencia y el *accountability* judicial. ¿Por qué un reto?, porque la imparcialidad puede ser fácil de comprender, pero no así la independencia y el *accountability* judicial. No es fácil para el público tener en claro que el imperio de la ley depende de la independencia judicial, de un juez ético, de un juez *accountable*, también de su rol como sociedad. La ley puede no ser justa ni buena pero estamos atados a ella. Si bien puede ser obvio para jueces y abogados para esa cultura interna, no es tan obvio para quienes necesitan convencerse (la cultura extena) de que la independencia y el *accountability* son valores que deben protegerse.

Todas las condicionantes descritas, nos permiten mostrar la importancia que tiene la cultura legal como condicionante en el rol judicial ya sea través de todo aquello que encierra la estructura institucional o lo señalado por la norma legal o normas de conducta ética. Sobre todo hoy que el judicial es más visible que antes y se encuentra frente a una sociedad capaz de cuestionar.

3.2.2 La cultura legal del rol judicial

Al inicio de este capítulo señalamos que uno de los elementos importante de la cultura legal es su relación histórica con el rol judicial. No desde la visión de qué hacen

⁸³⁹ KAHN (1999) p. 625.

⁸⁴⁰ *Ibidem.* 637-640.

⁸⁴¹ KAHN (1999). 644.

los jueces, sino cómo lo hacen. Planteamos que son dos las posiciones filosóficas, políticas y porque no decirlo culturales, de cómo los jueces cumplen con la función judicial. Deciden solo basándose en un razonamiento legalista en el que prima el corpus juris, o deciden sobre la base de sus valores e intereses personales, introduciendo muchas veces en el rol de legislar con sus decisiones.

En el debate ambos extremos, como lo dijimos anteriormente, no han estado exentos de cuestionamientos, cada cultura legal ha abordado de diferentes formas las determinaciones estructurales de protección a la independencia del rol judicial y la forma en la que toma sus decisiones. Sin embargo, sostuvimos también que la protección formal no es suficiente y que son las convenciones sociales, los valores morales y éticos, los que finalmente terminan siendo determinantes en la protección a la independencia decisional de juez.

Para una sociedad que reclama por igualdad, libertad y democracia la independencia judicial es un prerequisite. Sin embargo, los jueces y lo hemos señalado anteriormente, son humanos pasibles de cometer errores cuando deciden. Por lo tanto, hacerlos *accountable* por errores, genera tensión y un categórico y admirable conflicto de principios por el riesgo de que este mecanismo sea pasible de manipulaciones e influencias políticas, sobre todo cuando los jueces toman decisiones que pueden no ser populares, poniendo en riesgo su independencia.

¿Cómo lograr entonces que los jueces sean sujetos de control, sin comprometer su independencia? Se han hecho intentos a través de diferentes modelos de control interno y externo (consejos de judicatura, comisiones, *impeachment*, entre otros) y su efectividad ha llegado a depender de la aceptación y confianza de la sociedad, de la relación formal y de la expresión y valores que encarna cada comunidad. Eso hace que las expectativas de independencia y *accountability* sean diferentes al igual que lo son los aspectos determinantes de la independencia y *accountability* en la conducta judicial,

ello permite promover mecanismos para lograr el balance entre ambos de manera que se pueda lograr la promoción de un judicial efectivo y fuerte en una sociedad⁸⁴².

En la reformulación del debate tradicional entre independencia y *accountability* David Pimentel parte redefiniendo ambos principios. En esta redefinición la concepción tradicional de la protección judicial es el blindaje estructural ante las represalias por algunas de sus decisiones o influencias externas de las que pueden ser posibles los jueces. Los instrumentos tradicionales diseñados para su protección, nos dice, no afectan directamente a la independencia decisional del juez, no en el entendido de que puede haber presión o el juez puede sentirse vulnerable, lo que no significa que un juez no esté actuando independientemente, pues su independencia solo se vería comprometida cuando el juez cede a la presión.⁸⁴³

Cuando este mismo autor trata el *accountability*, sostiene que el cumplimiento de la ley admite un rango de opciones para el juez que es ético y *accountable*. Por ende, alejarse de ella en sus decisiones no es una opción que pueda considerarse como buena en ninguna cultura legal. Por lo tanto, los jueces si no hacen lo correcto, por lo menos deberían hacerlo por las razones correctas, por un sentido de responsabilidad interna de cada juez. En este, sentido deja el concepto de *accountability* como sinónimo cercano del concepto de responsabilidad, pero con una marcada adherencia a la norma ética y los principios legales de la cultura en una sociedad.⁸⁴⁴

Si bien, consideramos que la independencia subjetiva del juez sobre la base de integridad, ética y moral son importantes, no significa que dentro de la caracterización del *accountability* como mecanismo de control a las decisiones del judicial, dejemos de lado la existencia de una autoridad externa ante quien el juez debe ser *accountable*, tampoco podemos ignorar la necesidad de una sanción por no hacer lo correcto o hacerlo por las razones incorrectas que el juez utilizó para llegar a su decisión.

⁸⁴² PIMENTEL (2009) p. 4.

⁸⁴³ *Ibidem*. pp. 5-16.

⁸⁴⁴ PIMENTEL (2009) pp. 18-20.

Si dejamos de lado los requisitos señalados, estamos frente un *accountability* como virtud asociada a figuras conceptuales como la responsabilidad, la confianza, la transparencia o como un concepto normativo en sentido de responsabilidad, de actuar bien, de forma transparente y equitativa. Esta forma de *accountability* adhiere al pensamiento de muchos autores en sentido de considerar que para ser *accountable* no es necesario serlo ante un fórum que tenga el poder de corregir, o sancionar.⁸⁴⁵

Pensar que es suficiente ser *accountable* en sentido de responsabilidad interna en el que prima la integridad, significaría desconocer la importancia real del *accountability* no solo como mecanismo sino como la herramienta que permite al público, al gobierno a la sociedad en su conjunto tener suficiente confianza para otorgarle más independencia. No es solo el fracaso en el ejercicio de su integridad el que genera que las fuerzas externas sienten la necesidad de intervenir para debilitar la protección estructural de los jueces, amenazarlos y poner en riesgo su independencia⁸⁴⁶, es la inmunidad, la excesiva protección y el blindaje de la cultura legal el que al parecer no permite que los mecanismos del *accountability* tradicional en la práctica sean mecanismos creíbles⁸⁴⁷ y capaces de moderar la conducta judicial.

Sin duda en un sistema judicial, tener jueces subjetivamente independientes, con un coraje e integridad capaz de no sucumbir a la presión externa, es importante pero también lo es contar con mecanismos creíbles de *accountability* y con una cultura legal que permita hacer algo contra quienes no actúan bien. Solo así el resultado será que la independencia judicial cobre sentido. Por qué son los valores, las actitudes y la cultura en una sociedad las que condicionan y valoran la independencia⁸⁴⁸, las que determinan qué estructura se usa y porque, qué reglas funcionan, qué reglas no funcionan y el

⁸⁴⁵ BOVENS (2010) p. 951.

⁸⁴⁶ GARDNER (2006) p. 916; *Cfr.* Supra nota N° 303.

⁸⁴⁷ DOMINGO (1999) p. 151.

⁸⁴⁸ ABRAHAMSON (1996) p. 70.

porque⁸⁴⁹, en palabras del juez Thurgood Marshall⁸⁵⁰ "*no nos podemos olvidar que la única fuente de poder que podemos aprovechar es el respeto de la gente*".

3.2.3. Cultura legal y *accountability* judicial en una cultura tradicional

Tradicionalmente dentro de la batalla sobre la forma y la función de los poderes judiciales la independencia y el *accountability* judicial han sido dos de las palabras que han generado mayor debate. ¿Es posible lograr hacer a las Cortes *accountable*, a tiempo que se protege el papel de los tribunales considerando que el poder de las Cortes se ha ampliado más allá del pensamiento montesquiano?

Al respecto se ha dicho que el *accountability* y la independencia son dos caras de la misma moneda⁸⁵¹; que el *accountability* refuerza que los jueces desempeñen su función constitucional y la independencia judicial protege a los jueces de las presiones que podrían eventualmente sacarlos de su rol. Se dice también que el *accountability* puede salvaguardar en gran medida la independencia judicial si se lo adopta en los procesos justos y eficientes para evitar las demandas irresponsables de *accountability* por las decisiones judiciales.⁸⁵²

En la noción que seguimos de cultura legal, señalamos que son los valores convicciones, actitudes, creencias, hábitos de la práctica profesional legal, valores, creencias, intereses que se comparten en una sociedad y que determinan el lugar que ocupa el judicial en una determinada comunidad. Estas normas sociales, costumbres y las expectativas se convierten en una de las características determinantes de una cultura de independencia⁸⁵³.

Entonces considerando esa determinación, la relación del *accountability* judicial, con la cultura legal, ha estado influenciada enormemente por una cultura que valora la

⁸⁴⁹ FRIEDMAN (1969) pp. 34-35.

⁸⁵⁰ Citado por ABRAHAMSON (1996) p. 79.

⁸⁵¹ BURBANK (2003) p. 325; *Cfr.* DASGUPTA y AGARWAL (2009) p. 785.

⁸⁵² DAY (2008) p. 4

⁸⁵³ BURBANK (2008) p. 21.

independencia sobre el *accountability* judicial. En ese sentido, la percepción del *accountability* sería más democrática que punitiva⁸⁵⁴. Si bien esta percepción hace más sentido cuando se refiere a los jueces federales en el sistema americano, bien podemos considerarla como comparable para otros sistemas legales.

Y es que la relación cultura legal y *accountability* judicial ha estado lejos de ser punitiva, más bien su cercanía ha sido más protectora de la independencia judicial. Pueden haber grupos para quienes la independencia judicial puede signifique la subversión de su voluntad caracterizadas como la voluntad de la mayoría o de grupos que califican al judicial como activistas, cuando sus decisiones resultan agraviantes a sus intereses. Para otros, la independencia judicial refuerza el interés propio de los jueces de mejorar su comodidad al aislarlos de las consecuencias de sus acciones, jueces privilegiados y demasiado poderosos. Considerando esta percepción, que puede ser errónea, hay quienes se han dado a la tarea de promover la independencia como una forma de proteger la imparcialidad y la justicia⁸⁵⁵, aun cuando son cualidades y valores, no pueden en el sentido estricto confundirse con la independencia⁸⁵⁶.

En un escenario en el que la independencia judicial es cuestionada, y posiblemente el *accountability* pueda tener cabida, no podemos olvidar que el peso dado a un imperativo moral sobre otro, aun cuando se compartan las mismas líneas culturales, no es el mismo, y ello sucede cuando en una sociedad, hay todavía quienes consideran que no tiene sentido en un sistema legal sancionar a los jueces por los casos indebidamente decididos⁸⁵⁷, o cuando esa independencia se convierte en un incentivo perverso que afecta de forma negativa al desempeño judicial y convierte a las Cortes en instituciones más lentas, distantes e inaccesibles⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ VAN TASSEL (2003) p. 10, in the The Report of the Bar Assossiation.

⁸⁵⁵ PIMENTEL (2009) pp. 6-7.

⁸⁵⁶ CHAIRES (2004) p. 530.

⁸⁵⁷ MOLLARD (2004) p. 337.

⁸⁵⁸ SANTISO (2003) p. 8.

A pesar de ese proteccionismo excesivo a las Corte, no faltaron los intentos políticos que trataron de implementar formas de control externo al judicial pero que al igual que en la experiencia brasilera, en muchos países no pudieron superar la barrera de la cultura corporativa del mismo.⁸⁵⁹ Imaginar un sistema judicial que no considere promociones y sanciones disciplinarias a los jueces es difícil, pero pocos son los países que permiten que el mecanismo del *impeachment*, en el que el legislativo desempeña un rol preponderante sea aplicado no solo como un procedimiento netamente disciplinario, que no considera el desempeño en la decisión judicial. Otros pocos consideran mecanismos de retención judicial y los menos relacionan el salario con su desempeño.⁸⁶⁰

Si son pocos los países que establecen mecanismos de *accountability*, peor aun es la situación de países en los que los jueces son en la práctica *accountable*. Ejemplo de ello tenemos en España con el caso del juez Baltazar Garzón acusado por prevaricación y cohecho impropio y encontrado culpable solo por la intervención en las comunicaciones en prisión de los cabecillas del caso Gürtel y sus abogados, recibió por ello, como *sanción* la inhabilitación por once años y el pago de multa y costas.⁸⁶¹

Tenemos en Alemania el caso del Juez Rainer Orlet en el juicio contra Günter Deckert activista que públicamente denigró a judíos por sus reclamos frente al Holocausto. Orlet encontró culpable a Günter por incentivar el odio racial, dándole una sentencia muy blanda por considerarlo un ciudadano notable y un buen padre de familia. Ante esta decisión si bien no se lo sancionó por considerarse que su ofensa no era sujeta

⁸⁵⁹ SANTISO (2003) p.11. Específicamente en el Brazil se propusieron reformas en 1993 en la revisión del proceso constitucional, doce de las diecisecho propuestas para la reforma judicial introducían alguna forma de control externo.

⁸⁶⁰ KOSAR (2016) pp. 74-76, dentro de algunas medidas disciplinarias se consideran suspensiones, relocalaciones, retiros forzosos (parte de lo que denomina “*Sticks and Carrots*”) y otras técnicas de *accountability* que varían acorde al sistema judicial. Considera que en el sistema del Common Law los jueces supremos son reclutados ya el final de sus carreras, en el sistema del civil law se nombran jueces a muy temprana edad y que por ello se hace más necesario el tener mecanismos de *accountability* que permitan a los jueces mantenerse dentro de ciertos estándares. Para él los sistemas del Civil Law proporcionan más zanahorias que palos.

⁸⁶¹ FABRA (2014) s/p.

a una causal para un proceso de *impeachment*, por la presión interna y externa que se ejerció se vió obligado a anticipar su retiro “voluntario”.⁸⁶²

Para citar algunos otros ejemplos más, nos apoyaremos en la meticulosa investigación realiza por el Profesor David Kosar. En ella cita algunas otras experiencias como las de Japón en la que se relocalizan algunos jueces por decidir en contra del gobierno nacional en temas sensibles relacionados con áreas rurales; en la de la República Checa cuyo presidente destituye al presidente de la Corte Suprema sin causal cierta, alegando solo un pobre manejo administrativo; Slovakia a diferencia de los anteriores países reparte bonos a los jueces leales y deja de lado a quienes considera son merecedores de críticas o castigo.⁸⁶³

Con estos pocos ejemplos podemos mostrar que los jueces pueden ser *accountable* a través de variados mecanismos y por varios actores, incluido el mismo judicial. Muchas de las veces se pueden caer en excesos⁸⁶⁴ pero también en deficiencias, si bien el *accountability* judicial se encuentra, y ya lo dijimos anteriormente, en todos los sistemas, no en todos y no con frecuencia los jueces son en la práctica⁸⁶⁵ *accountable*.

Aun cuando el poder de las Cortes va en aumento y sus decisiones gozan de cierta discrecionalidad, entre la teoría del *accountability* judicial y su práctica existe todavía un gran abismo, para muchos algunos de los mecanismos considerados en la teoría (de jure) nunca serán utilizados en la práctica (de facto)⁸⁶⁶, para nosotros también, pero el tamaño de ese abismo dependerá de la cultura legal y su protección a la independencia judicial.

⁸⁶² KOSAR (2016) p. 26.

⁸⁶³ *Ibidem*. pp. 27-28.

⁸⁶⁴ KOSAR (2016) p. 70.

⁸⁶⁵ *Ídem*. Una forma en la que no se llega en la práctica a hacer *accountable* a los jueces es que se puede simular un *accountability* judicial, es decir, que los jueces pueden pretender que se los hará *accountable* pero en la realidad se desenvuelven en un ambiente seguro de que no enfrentarán ninguna consecuencia.

⁸⁶⁶ KOSAR (2016) p. 65.

3.3. La cultura legal chilena: estado de su situación

Un sistema legal, como parte de la cultura, juega un rol muy importante no solo en el desarrollo sino los cambios sociales que se producen en una determinada sociedad. No hay cambios sociales que no se vean reflejados en sus leyes ni instituciones legales que no solo responden a esos cambios, sino que se convierten en parte del control y regulación de los mismos⁸⁶⁷.

Entonces, si el sistema legal es ese motor de cambio u obstáculo de cambio que determina la forma en la que los individuos perciben la realidad en la que viven, y a través de las leyes es que se los ve reflejados, entonces la ley se convierte en una dimensión inseparable de las relaciones sociales. Quienes se dedican o se encuentran relacionados directamente con la actividad jurídica y a quienes Agustín Squella siguiendo a Friedman, denomina cultura jurídica interna, internalizan en el transcurso de sus estudios y la práctica profesional, esa cultura que llega a constituirse en la forma en la que se dirigen, piensan y discuten, lo que no significa que no pueda haber limitaciones a esa caracterización, pues es esa misma cultura, la que a su vez permite variadas soluciones⁸⁶⁸.

Sucede lo mismo con la cultura externa, con esas opiniones, intereses y presiones que ejercen sobre la ley y la cultura legal interna, los grupos sociales más amplios y que son los que tienen mayor importancia, sobre todo por el aumento en las demandas de cambio social y legal que exige la sociedad, exigencias que se traducen en la necesidad social de “Justicia total”. Sin embargo, de la importancia de la presión que una sociedad puede ejercer sobre un sistema legal dependerá su permanencia como sistemas ineficientes o poco receptivos.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ FRIEDMAN (1969) p. 34.

⁸⁶⁸ MAUTNER (2011) p. 840.

⁸⁶⁹ Es importante aclarar que no todos los sistemas son o ineficientes o poco receptivos, hay sistemas que pueden ser mejores que otros, menos corruptos, o más eficientes. PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (1994) pp. 4, 65 y 87.

El sistema legal chileno no es ajeno a estas generalidades. Y se lo ha caracterizado sobre la base del mayor o menor contacto que se tiene con el derecho. Para quienes han dedicado su estudio al análisis de la cultura legal chilena. La cultura jurídica interna dará cuenta de la valoración que tienen quienes se encuentran en mayor contacto con el derecho y la cultura externa estará formada por quienes tienen menor contacto con el mismo.⁸⁷⁰

Partiendo de esa conceptualización se realizó, en dos períodos distintos, un análisis conceptual introductorio de la cultura jurídica chilena y, por razones, que desconocemos, el estudio se centró solo en un análisis de la cultura interna, a la que se caracterizó como positivista, legalista⁸⁷¹ y formal⁸⁷², dejando de lado el estudio de las causas y antecedentes que pudieran explicar la razón de por qué la cultura jurídica tiene o no determinados componentes.⁸⁷³

En dichos estudios se dejó pendiente un análisis similar de la denominada cultura jurídica externa chilena, imprescindible de ser considerada sobre todo porque es una variable fundamental del quehacer judicial, más si consideramos que los sistemas legales no funcionan de manera autónoma, sino como parte integral de una sociedad de la que extraen sus características más relevantes, sean éstas buenas o malas. Por lo tanto, no podemos pretender conocer un sistema legal porque excusamos o justificamos sus deficiencias internas sino porque llegamos a comprender mejor las raíces de su cultura legal, que hacen que las cosas sean y se relacionen, sin la cultura una ley es inherte⁸⁷⁴, sobre todo si consideramos la necesidad de justicia total que las sociedades exigen.⁸⁷⁵

⁸⁷⁰ Agustín Squella, Antonio Bascuñan, Jorge Correa, Francisco Cumplido José Luis Cea, Carlos Peña, entre otros.

⁸⁷¹ PEÑA (1994) p.36. Considera que es una de las características del sistema de administración básica de justicia. Con decisiones que se adoptan sobre reglas públicas y preexistentes, provenientes del derecho legislado.; *Cfr.* BARAONA (2010) p. 432; BARROS (1988) p. 105.

⁸⁷² PEÑA (1994) p. 125.

⁸⁷³ SQUELLA (1994) p. 12.

⁸⁷⁴ PÉREZ-PERDOMO y FRIEDMAN (1994) p. 151.

⁸⁷⁵ FRIEDMAN (1994) p. 65.

3.3.1.- Primer período: La cultura jurídica chilena y su evolución

Cuando en 1988, la academia⁸⁷⁶ chilena se propuso hacer un estudio de la cultura chilena, se formularon algunas hipótesis a las que se trataron de dar respuesta, y a través de ellas aclarar el concepto de cultura jurídica y obtener una caracterización de la cultura jurídica chilena⁸⁷⁷.

Sobre la base de la noción de sistema legal y cultura jurídica a la que Friedman hace alusión, se trató de hacer una identificación descriptiva anticipada de como en un determinado tiempo y lugar los valores actitudes y orientaciones que respecto del sistema legal mantienen quienes directamente tienen relación con el mismo sistema, y como repercuten en el modo y grado en el que el derecho cumple sus funciones⁸⁷⁸, cuando debe resolver los problemas relacionados con el concepto y las fuentes del derecho, la relación entre la validez y eficacia del mismo y la naturaleza de la función jurisdiccional.

Para esta determinación si bien, al igual que lo hizo Friedman, se considera la existencia de dos tipos de culturas jurídicas, una interna y otra externa diferenciadas por la mayor o menor asiduidad de contacto que los actores tienen con el sistema jurídico, en términos generales se ha hecho una autodescripción de la unidad del sistema jurídico visualizándolo como una unidad comparable a otras unidades ⁸⁷⁹.

En la primera aproximación de análisis de la cultura legal chilena, se señala que en la cultura jurídica interna prima y se justifica la estricta separación de poderes propia del constitucionalismo clásico, donde el legislador es omnipotente ⁸⁸⁰, racional,

⁸⁷⁶ Renombrados juristas participaron de este estudio entre ellos: Antonio Bascañan, Agustín Squella, Enrique Barros, José Luis Cea, Jorge Correa, Francisco Cumplido, Iván Lavados y Ángel Torres. SQUELLA (1988) p. 5.

⁸⁷⁷ SQUELLA (1994) p. 10.

⁸⁷⁸ *Ibidem*. pp. 32-33.

⁸⁷⁹ CADENAS (2014) p. 92.

⁸⁸⁰ SQUELLA (1988) p.35.

imperecedero, omnicomprensivo capaz de ser coherente justo y preciso⁸⁸¹ y el juez reducido a ser interprete y reconstructor de la voluntad histórico psicológica del legislador⁸⁸² reproduciendo artificialmente sus operaciones y sin importar si la ley es injusta aplicarla tal cual, *dura lex, sed lex* (aun cuando la ley es dura es la ley)⁸⁸³.

Legalismo que a pesar de ser Chile un país con una fisonomía poco definida y diversas matrices culturales, se formaliza en la codificaciones del siglo XIX fruto del afrancesamiento cultural de Chile y *el genio de Bello* que influenciado por corrientes filosóficas como el iusnaturalismo escolástico, el racionalismo iusnaturalista, el de Betham y el historicismo savigniano, *logra un saludable equilibrio*, entre el derecho común, el castellano y las ideas modernas, y se convierte en un importante informador de la cultura jurídica chilena.⁸⁸⁴

El impacto y las consecuencias de esa influencia filosófica, traspasaron no solo la codificación de las normas legales (Código Civil, la Codificación Procesal) sino que llegaron a caracterizar la cultura jurídica como una cultura con rasgos de la escuela de la exégesis que instaba a la interpretación de la ley de manera estricta.⁸⁸⁵ Con esta forma de entender la legislación nos encontramos frente a una cultura jurídica interna positivista, formal y de un legalismo escéptico⁸⁸⁶ en el que se pierde la relevancia del derecho judicial por la primacía del derecho legislado⁸⁸⁷.

⁸⁸¹ PEÑA (1994) pp. 80-81.

⁸⁸² SQUELLA (1988) p. 42

⁸⁸³ *Ibidem*. p. 67. Afirmación compartida por Jose Luis Cea cuando en su análisis de la cultura chilena sostiene que la finalidad de “*la dogmática es realizar la mayor justicia posible por medio de las normas positivas por la cualidad que poseen de ser la expresión del derecho justo*”.

⁸⁸⁴ BARAONA (2010) pp. 429-432.

⁸⁸⁵ *Ibidem*. p. 433; *Cfr.* ORREGO (2002) p. 461. Bernardino Bravo (1982) p. 139, en su artículo “*Bello y la Judicatura la reforma judicial*”, señala que en sus artículos en el Araucano, Bello daba o conocer lo que sería, hasta nuestros días, el rasgo característico de la cultura jurídica y su completa sujeción a la ley cuando señalaba que: “*puede muchas veces al juez parecer una ley injusta; puede crearla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrina que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto pero con todo no puede obrar contra esa ley ni puede desentenderse de ella porque si en los jueces hubiera tal facultad no ya por las leyes se reglarían las decisiones sino por las particulares opiniones de los magistrados*”.

⁸⁸⁶ *Ídem*. p. 443; *Cfr.* LOPEZ (2014) p. 56, señalan que de la definición de la cultura de la legalidad lo que pretende lograr de los ciudadanos es lealtad a la normatividad, y que logren interiorizar los patrones

Pero más importante aún es que ese positivismo lleva consigo una forma de pensar que elimina del ámbito judicial el problema de la justicia, y que no concibe a los jueces tratando de entender las normas en conexión con los criterios de justicia material del propio sistema jurídico⁸⁸⁸ y menos aun haciendo derecho, cuando en una cultura positivista como la descrita, el juez solamente aplica un derecho invariablemente preexistente a los casos jurídicamente relevantes de la vida social⁸⁸⁹, y se limita a declarar la ley, pierde su voluntad, porque se considera que la soberanía está en la ella y no en el juez⁸⁹⁰.

Entonces una cultura interna de rasgo positivista lo que hace es reducir la función judicial a la sola declaración de la ley, atribuyéndole la solución única a los problemas y demandas relevantes de una sociedad y dejando la función judicial a la interpretación gramatical, de la voluntad legislativa. En este rol al que los profesores Squella y Correa denominan rol explícito de la judicatura⁸⁹¹, el juez centra su análisis de si la ley de que se trate ha sido o no instituida por el órgano o autoridad competente o dentro del procedimiento establecido en la constitución, dejando de lado el ajuste de su contenido a las normas o principios y haciendo prevalecer más bien, la idea de que la legislación fija

normativos de convivencia que lo que lograrán es una sociedad “*empoderada a través de la obediencia voluntaria y conciente a la norma institucionalizada*”

⁸⁸⁷ BRAVO (1992) p.101.

⁸⁸⁸ BARROS (1988) p.113.

⁸⁸⁹ SQUELLA (1988) p. 41

⁸⁹⁰ BRAVO (1982) p. 139. Para el profesor Aldo Valle (2006) p. 88. ese culto a la ley se configura en una veneración a los códigos y las leyes como formas superiores del saber jurídico, señala es un “*fetichismo de la ley*”, una idolatría por un objeto de conocimiento que no representa el saber jurídico.

⁸⁹¹ Ambos profesores hablan de cultura explícita y cultura implícita, consideran que la primera, es decir, la cultura explícita son aquellos valores, convicciones, y actitudes que los miembros de la judicatura así como otros protagonistas de la vida jurídica nacional dicen comúnmente compartir acerca de la naturaleza de la función judicial y la segunda en la que se reflejan esos mismos valores y actitudes pero que no son reconocidos por los jueces y demás protagonistas de la vida del derecho y muchas veces incluso contrapuestas a las consideraciones de la cultura explícita. SQUELLA (1988) p. 41; *Cfr.* CORREA (1988) pp. 79 y 83. El profesor Carlos Peña cuestiona ambas caracterizaciones por considerar que aún cuando ambos coinciden en dividir a la cultura interna en cultura implícita y cultura explícita, no hablan de lo mismo pues pues uno, el profesor Squella, señala, pone énfasis en el grado de conocimiento que de una u otra manera puedan tener los actores en cambio para Correa el énfasis está puesto en el punto de vista sea del actor o de un tercero, lo que para él es solo un análisis heurístico, que aumenta el conocimiento pero que no explica en realidad la relación y la función coercitiva de la función judicial. (1994) p. 64.

contenidos normativos estáticos ⁸⁹² , imposibles de ser modificados por la interpretación⁸⁹³ y que su función o sea *la iuris –dictio* (acto de decidir el derecho) se adoptan en base a razones justificatorias que no pertenecen a la autonomía o a la discreción del juzgador sino en base a razones justificatorias provenientes del derecho legislado⁸⁹⁴.

Esa primera aproximación al estudio de la cultura jurídica interna, es complementado con otro de corte similar en 1994, en él que no solo se enfatiza la necesidad de comprender mucho más el sistema legal, sino que sobre la base de la misma conceptualización de cultura jurídica interna y el uso de hipótesis en sentido interpretativo del estado actual de la cultura jurídica interna en Chile, se intenta identificar sus principales componentes no así su aprobación o rechazo⁸⁹⁵.

En dicho estudio se incorpora el análisis el *Ethos* como valor evolutivo a través del cual se puede hablar de superación fundada en una conciencia crítica de la que carece la cultura jurídica interna en Chile y que no le permite superar las crisis.⁸⁹⁶ El profesor Carlos Peña, considerando esa carencia, agrega una hipótesis más, a las ya existentes en el primer estudio de la cultura jurídica interna, referida a la “...*inexistencia de una comunidad académica profesional capaz de llevar adelante un derecho de juristas y someter a análisis la creación cotidiana del derecho*”⁸⁹⁷, lo que ha significado que las decisiones no se adopten en base a las reglas públicas y preexistentes, sino en base a justificaciones derivadas de un derecho legislado.⁸⁹⁸

⁸⁹² Para el profesor Aldo Valle (2001) p. 103, la cultura jurídica no solo se caracteriza por una creencia de una “*sabiduría superior*” del derecho sino que hay una concepción de que el derecho es un orden además *específico y reducido*. Esta visión es también compartida por otros autores en un análisis posterior a 1988.

⁸⁹³ SQUELLA (1988) p. 36.

⁸⁹⁴ PEÑA (1994) p. 37. En 1992 el Presidente de la Corte Suprema Don Enrique Correa Labra en el discurso inaugural del año judicial del mismo año, señala –“*la ley dicta el poder político-Poder Legislativo y Poder Ejecutivo – ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra*”. DIARIO OFICIAL Santiago, 15 de Marzo de 1992.

⁸⁹⁵ SQUELLA (1994) p. 12.

⁸⁹⁶ PEÑA (1994) p. 29.

⁸⁹⁷ *Ibidem*. p. 34.

⁸⁹⁸ PEÑA (1994) p. 36.

En el desarrollo de la reciente hipótesis, se considera que son tres las características que no permiten a la comunidad profesional, adaptarse a los procesos de reforma y que generan como respuesta una suerte de cooperativismo retraído contrario al carácter público de la función judicial⁸⁹⁹, con una conducta altamente conflictiva, autónoma, poco cooperativa y con un *Ethos* gestado durante la república conservadora.⁹⁰⁰

Cada época y cada generación tiene una concepción propia del derecho que revela un aspecto del saber jurídico, una dimensión diferente de la disciplina jurídica.⁹⁰¹ Desde esa visión, es de esperar que en el transcurso del tiempo la forma tradicional de aproximarse al derecho, positivista, formal y centrado en visiones normativas, sufra un cambio indispensable producto de la profundización ideológica y romántica del funcionamiento del sistema jurídico que tienen sus juristas. Cambio que se presenta en la coexistencia de modelos dualistas (períodos de normalidad y de revolución⁹⁰²) de lo que es o se entiende por derecho y que la cultura jurídica debe admitir para asumir los nuevos paradigmas de cambio.⁹⁰³

La cultura jurídica chilena ha sufrido dos revoluciones, la primera en 1840 cuando se introduce la posibilidad de interpelar a los ministros y cuando se adoptan los primeros códigos y nuevas leyes que marcaron el distanciamiento del derecho colonial español y la segunda etapa atribuida a la dictadura militar.⁹⁰⁴

Si seguimos esa lógica de análisis bien podríamos considerar que la primera etapa estuvo determinada por el positivismo⁹⁰⁵ como cultura legal donde no florece la

⁸⁹⁹ Dentro de las características estudiadas se encuentran: las características de la carrera judicial, la ausencia de educación formal específica, y la ideología de jueces.

⁹⁰⁰ PEÑA (1994) pp. 42 y 74.

⁹⁰¹ CORREA (1994) p. 154.

⁹⁰² El término Revolución para este autor se acomoda mejor o es más preciso que la palabra crisis, utilizada por Carlos Peña (1994) p. 27 y Edmundo Fuenzalida cuando se trata de analizar los cambios fundamentales de las instituciones que detentan poder. (2003) Supre nota N° 825. p. 204.

⁹⁰³ RUIZ-TAGLE (1994) p. 180.

⁹⁰⁴ Ídem.

⁹⁰⁵ BARROS (1988) pp. 109-110.

dogmática basada en principios, sino un legalismo cercano a la glosa y alejado de la argumentación práctica. La permanencia, en ese “estado de normalidad” (posterior a la revolución inicial), de la cultura interna permanece circunscrita a una ideología conservadora con una adopción de decisiones jurisdiccionales basadas en razones justificatorias derivadas del derecho legislado, fruto de la voluntad autónoma elaborada mediante el debate y el voto, manteniéndose al juez atado a la interpretación y aplicación de la ley⁹⁰⁶, sin permitirle llevar a cabo ninguna apreciación estimativa⁹⁰⁷ y con la sola concepción mecánica y logista de la función jurisdiccional⁹⁰⁸.

Aparte del fundamento de esa caracterización de la cultural legal, como conservadora con rasgos de un constitucionalismo clásico y traición codificadora de las élites decimonónicas⁹⁰⁹ y de ideología positivista, se le atribuye a la concepción imperativa y voluntarista de las instituciones surgidas en el reformismo borbón y en la burocratización preindustrial que sucedieron al barroco y, como no señalarlo, a la ideología conservadora ocupada de la funcionalidad de los medios representada por la figura de Andres Bello o la de José Gabriel Ocampo⁹¹⁰ que gestan la mentalidad jurídica nacional a la sombra de un realismo conservador.⁹¹¹

Hasta el inicio del gobierno militar de 1973 y su consolidación como régimen autoritario un año después del golpe militar contra el gobierno de Salvador Allende, el sistema jurídico⁹¹² era considerado muy sólido, con ajustes de cambio paulatinos y consensuados a través de los procesos democráticos y confianza ilimitada en sus

⁹⁰⁶ PEÑA (1994) p. 36.

⁹⁰⁷ SQUELLA (1988) p. 42

⁹⁰⁸ PEÑA (1994) p. 53.

⁹⁰⁹ La codificación para el profesor Jorge Baraona deviene del afrancesamiento cultural y la adopción del iusracionalismo encarnada como ideal napoléonico de coficiar las normas. (2010) p. 431.

⁹¹⁰ También son considerados gestores de este sistema Luis Claro Solar y Valentin Letelier. FUENZALIDA (2003) pp. 200-201.

⁹¹¹ PEÑA (1994) p. 46-51.

⁹¹² FUENZALIDA (1999) p. 197. Considera como sistema jurídico no solo los textos constitucionales o legales sino también a los tribunales de justicia, abogados, funcionarios auxiliares entre otros.

instrumentos legales como los medios más eficaces para producir cambios⁹¹³. Era un sistema legal, opaco causante de una mezcla de temor y reverencia desde el punto de vista del usuario. Desde el operador jurídico, se imponía el dominio de la ley como fuente del derecho y la idea de que los jueces debían limitarse a aplicarla, sobre todo quienes se encontraban en las más altas magistraturas⁹¹⁴

La crisis que se genera una vez consolidado el régimen autoritario, el usuario del sistema confiaba, acataba las normas vigentes y estaba seguro de la protección de sus derechos por parte del Poder Judicial. En el nuevo régimen la cultura jurídica interna chilena se enfrenta a esa crisis que debió cambiar su comportamiento frente a las constantes violaciones de las normas legales, sin embargo, las instituciones del sistema jurídico se limitaron a aplicar la nueva legislación aprobada por el nuevo régimen⁹¹⁵.

En las dos revoluciones, en los que la cultura jurídica se enfrenta a un cambio, su caracterización no puede ser otra que la de una cultura legalista que aun en su evolución⁹¹⁶, sus razgos culturales jurídicos permanecen intactos, sobre todo en lo que respecta a la función jurisdiccional, la que Agustín Squella, denomina “mecanicista y logista” y en la que se da la separación entre creación y aplicación del derecho, convirtiéndola en una cultura más prescriptiva que descriptiva⁹¹⁷ en la que el juez se limita a decir en pequeño lo que el legislador dijo en grande⁹¹⁸, con una suerte de

⁹¹³ FUENZALIDA (2003) pp. 197 y 203; *Cfr.* VARGAS y DUCE (2000) p. 1, respecto de la consolidación del sistema judicial.

⁹¹⁴ FUENZALIDA (2002) p. 328. En 1973 en la inauguración del año judicial el entonces Presidente de la Corte Suprema señalaba que era el legislador el llamado a incorporar los cambios sociales necesarios y no el intérprete. AMUNÁTEGUI (2011) p. 621.

⁹¹⁵ FUENZALIDA (2003) pp. 204-205.

⁹¹⁶ Utilizó el mismo término que se utilizó en el trabajo realizado por los profesores Peña, Correa y Ruiz Tagle en 1994, cuando tratan de mostrar la evolución de la cultura jurídica chilena.

⁹¹⁷ SQUELLA (1988) p. 42; *Cfr.* Enrique Barros (1988) p. 116, la llama concepción positivista legalista del derecho Constitucional y privado. Ejemplo de que el legalismo echó raíces en la Judicatura; BRAVO (2003) p. 546. En 1992, “*al inaugurar el año judicial, el presidente de la Corte Suprema, Enrique Correa Labra (1904-1993), creía del caso renovar su fe en él. Egresado de la Universidad de Chile en 1928, repetía las expresiones ya centenarias de Claro Solar, aprendidas allí “la ley la dicta el poder político Poder Legislativo y Poder Ejecutivo y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra”.*

⁹¹⁸ SQUELLA (1988) p. 42-43.

creencia en una “*sabiduría superior*” del derecho inaccesible para su propio saber, de “obediencia antes que crítica” del derecho en los jueces, “estático”, “específico y reducido”⁹¹⁹ y que a pesar de lo sucedido en 1973, en el que se debió imponer un nuevo molde normativo⁹²⁰ el sistema jurídico no lo hizo.

3.3.2.- Segundo período de estudio: Después de su evolución

Los primeros estudios de la cultura jurídica interna chilena, se limitaron a identificar hipótesis y a desarrollarla sobre una base conceptual, y como bien aclara Agustín Squella el haber “...*procedido de esa manera no significó restar valor o importancia a la necesidad de comprobación o falsación empíricas de las hipótesis ni a las cuestiones importantes referidas a sus causas y efectos.*” sino sirvió para hacer ver la necesidad y la importancia de impulsar proyectos de investigación empírica que permitieran demostrar su falsedad o certeza.⁹²¹ Hasta el análisis de la cultura jurídica del período actual al que denominamos post evolución, todavía esas investigaciones permanecen pendientes, lo que nos impulsa a continuar nuestro estudio con un análisis conceptual y teórico.

¿Qué se entiende, entonces por cultura jurídica interna? En esta nueva etapa autores como Aldo Valle Acevedo, sostienen que por cultura jurídica interna debemos entender a “*los valores, principios, convicciones, actitudes, creencias que acerca del Derecho y la justicia portan o realizan los sujetos que intervienen en los procesos de sistematización, creación, declaración, aplicación y ejecución del Derecho*”... *formada por estándares profesionales derivados de la ciencia jurídica, de la dogmática, de la jurisprudencia de los tribunales y del desempeño práctico de los abogados, por principios valores, ideales que si bien están reconocidos en la comunidad de juristas*

⁹¹⁹ VALLE (2001) pp. 101-104; *Cfr.* ORREGO (2002) p. 462.

⁹²⁰ FUENZALIDA (2003) p. 226.

⁹²¹ SQUELLA (1994) p. 12.

prácticos no importan conocimientos profesionales propiamente tales, fundados en el saber científico, sino son derivaciones de una ideología acerca del derecho”⁹²²

Importante detenernos en esta nueva mirada de la cultura jurídica, que si bien no deja de lado la primigenia conceptualización de Squella y Friedman, muestra sin embargo, una distinción respecto de aceptar que los jueces cuando deciden, no lo hacen solo por el deber profesional de cumplir con lo establecido en la ley, sino por la doble composición que tiene esa cultura interna, cuando por un lado nos encontramos con estándares profesionales derivados de la ciencia jurídica, la dogmática, la jurisprudencia y por el otro, y considero que es aquí donde se encuentra la diferencia, por otras convicciones, valoraciones o fines que no necesariamente importan conocimientos profesionales fundados en el saber científico⁹²³.

Dentro de los matices de la influencia cultural en el primer periodo hicimos incapie en la influencia española, francesa y en la formación cultural jurídica colectiva la figura de Andrés Bello. Hoy se considera que en ciertos aspectos hay rasgos de influencia norteamericana pero que al igual que en el período anterior la cultura chilena se encuentra caracterizada por una pérdida de relevancia del derecho judicial por el legislado, donde destaca por su participación el abogado y la escuela de la exégesis que reconoce la ley como principal y fundamental, dejándose en la práctica al juez como el siervo de dicha voluntad.⁹²⁴

⁹²² VALLE (2006) p. 86.; *Cfr.* Considerando el desarrollo de las teorías de sistemas sociales Hugo Cadenas (2014) pp.101-107, conceptualiza la cultura jurídica y busca elementos que le permitan describir el fenómeno jurídico desde una perspectiva sociológica. En ese intento considera que uno de los problemas de la tradicional conceptualización de cultura jurídica, cuyo exponente principal ha sido Friedman, y en Chile Agustín Squella, es que no permite un correlato sociocultural que sirva de marco general para una teoría de la cultura jurídica. Y la conceptualiza como un medio de comunicación que opera en todos los actuantes del sistema para probabilizar los diferentes temas que se puedan presentar en una sociedad. Lo que para él significa que cuando se habla de la cultura jurídica chilena se debería considerar el concepto de cultura organizacional del sistema jurídico porque la cultura no es una tradición que se guarda en la memoria del sistema jurídico sino que al hablarse de una cultura organizacional, debemos considerar las consecuencias de las decisiones (las decisiones de los tribunales) más allá de las organizaciones jurídicas.

⁹²³ VALLE (2006) p. 86

⁹²⁴ BARAONA (2010) pp. 430 y 434.

Aún cuando de la consideración que precede, y haciendo un enlace entre lo que señala el profesor Valle sobre las convicciones o fines que no necesariamente importan conocimientos profesionales, es posible sostener, que si bien en la cultura y la función judicial continúan los rasgos, de la escuela de la exégesis, hay una distinción entre las normas, que constituyen el derecho positivo y las proposiciones normativas elaboradas por los juristas⁹²⁵. Ya no resulta imposible considerar que en esa distinción, la conciencia valorativa del juez no juega un papel creador o actualizador de derecho, pues en la práctica hay una función jurisdiccional creativa en el que la conciencia, y la voluntad del juez alteran la producción legislativa⁹²⁶.

Y es esa función judicial, que pertenece a la cultura implícita de Squella y Correa la que ya vislumbraba la existencia de consideraciones valorativas en las decisiones judiciales, las que se podían evidenciar en los votos de minoría en los tribunales, en sus decisiones de responsabilidad extracontractual, de los recursos de protección, de derecho penal de carácter económico y las del derecho de familia. Estas decisiones no son posible explicarlas como actos de pura aplicación de la ley⁹²⁷, menos aún cuando se trata de la interpretación constitucional en la que se espera sea realista, dinámica y equitativa⁹²⁸.

La aceptación de estas transformaciones para Cristobal Orrego⁹²⁹, se deben al colapso de la pirámide Constitución-ley-sentencia, derivada de la lógica Kelsiana que consideraba la construcción escalonada del orden jurídico en el que el sistema de normas del derecho no se encuentra situado en un mismo plano ni ordenados equivalentemente⁹³⁰, cuando surge la idea de que la constatación del derecho no solamente surge de la ley sino de otras fuentes como la judicial.

⁹²⁵ VALLE (2006) p. 87.

⁹²⁶ BURGOS (2003) p. 31.

⁹²⁷ *Ibidem*. p. 79.

⁹²⁸ HARO (2004) p. 4.

⁹²⁹ ORREGO (2002) pp. 464-466.

⁹³⁰ KELSEN (1982) p. 232.

Sin embargo, y a pesar de reconocerse en la teoría la existencia de consideraciones valorativas en las decisiones judiciales, como una suerte de rebelión contra el formalismo que se dio inicio en el siglo XX en Europa y que en Chile tuvo como su mejor exponente, según menciona el profesor Valle, a don Valentín Letelier, en la práctica, y a pesar del ingreso de profesionales jóvenes formados en la Academia judicial que sin duda tienen una mirada distinta que demuestra un cambio en la cultura o “un ethos distinto”⁹³¹, al parecer no fue suficiente porque a pesar de ello “*no se vislumbra un proceso de cambio en la cultura jurídica interna chilena, salvo*” estas manifestaciones que todavía resultan “*irrelevantes para caracterizarlas como una tendencia*”.⁹³²

3.3.3 La cultura jurídica externa en Chile: Una mirada introductoria

El sistema legal chileno ha sufrido cambios en lo que se refiere a la administración judicial, con el aumento de algunos recursos como el de queja y la expansión de los procedimientos legales a otras áreas de estudio.⁹³³ Esos cambios también se han dado en la participación más activa de las organizaciones sociales que han impactado en la cultura jurídica, principalmente por el aumento de lo que Friedman ha llamado “*Justicia Total*”, y que se traduce en la necesidad de entender que el orden legal no es autónomo y que por el contrario es parte vital de una sociedad, que expresa y determina como se vive la ley.⁹³⁴

A partir de la década de los ochenta el esfuerzo de la clase política, la academia y de agencias internacionales se dieron a la labor de cuestionar la calidad de las

⁹³¹ FLORES (2005) p. 144; *Cfr.* PEÑA (1994) p. 29.

⁹³² VALLE (2006) p. 92; *Cfr.* Es importante señalar que los cambios también fueron influenciados por la expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina, Los debates sobre Derecho y cambio social, la emergencia de hechos relacionados con el medio ambiente, regulación de los mercados y la competencia y la tecnología han sido artífices de la nueva mira de las fuentes formales del derecho y del saber jurídico. ELGUETA y PALMA (2014) pp.118-119.

⁹³³ Derecho del Consumidor, Derecho de la Competencia, Derecho Corporativo, la modificación al Código de Procedimiento Penal que contó con la participación de organizaciones sociales encargadas de velar por su correcta implementación (Centro Nacional para Tribunales Estatales, 2005), Derecho Ambiental y hoy Derecho de Internet.

⁹³⁴ FRIEDMAN (1969) p. 34.

instituciones del estado y entre ellas del judicial en busca de mejorar el bienestar social.⁹³⁵ Ello significó comprender que no era posible mantener al derecho herméticamente aislado de toda contaminación externa y olvidar el dominio subjetivo de la experiencia jurídica⁹³⁶, porque el hacerlo producía un retardo en la reacción del derecho a las demandas externas⁹³⁷ de sus destinatarios finales que comparten ideas, creencias y valores a cerca del sistema legal y sus operadores legales.

Entonces ¿cómo podríamos caracterizar la cultura externa chilena cuando la cultura interna es, todavía en términos prácticos ajena a lo social? En la historia chilena hay períodos que marcaron y afectaron profundamente a la sociedad chilena⁹³⁸. El año 1973 marcó un hito cuando la cultura externa dió un paso desde “*ser reverencial ante su majestad la justicia*”, y confiar ilimitadamente en los tribunales como gestores de cambios estructurales económicos y sociales⁹³⁹, a ser crítico de los tribunales de justicia, principalmente por la poca protección a la violación de los derechos humanos⁹⁴⁰.

Aun bajo la dictadura, la cultura jurídica externa sufre una transformación que por las circunstancias históricas no pudo hacerse visible. Fue a partir de 1980, a la luz de los esfuerzos y la preocupación de la clase política, academia y organizaciones internacionales, que se da una *renovación*⁹⁴¹, debido a la ruptura institucional derivada de una cultura externa de consumo en la que el consumismo del Derecho como base de

⁹³⁵ PEÑA (1997) p. 1; Shimon Sheetreet y Sophia Turenne (2013) pp. 20-21, consideran que el contexto de la historia política son factores determinantes en como se interpreta el principio de la independencia judicial en un sistema legal.

⁹³⁶ VALLE (2006) pp. 86-92; Cfr. FLORES (2005) p. 131.

⁹³⁷ BINDER (2005) p. 94.

⁹³⁸ Chile entre 1973 y 1989 estuvo sometido a un régimen militar caracterizado por la violación a los derechos humanos, por la ejecución extrajudicial de mucha gente y la desaparición de otra restante.

⁹³⁹ FUENZALIDA (2003) p. 203; Cfr. FUENZALIDA (2002) p. 329; Cfr. CORREA (1999) p.80, señala que incluso el gobierno militar le tenía una extrema deferencia al judicial; VARGAS y DUCE (2000) p. 13, luego del golpe militar el único de los poderes que se mantuvo, fue el Poder Judicial.

⁹⁴⁰ FUENZALIDA (2007) p.165; Cfr. BARAONA (2010) p. 438. La dictadura y lo sucedido con la justicia chilena se encuentra muy bien explicado en el libro “*El libro negro de la Justicia Chilena*” de Alejandra Matus en el que narra lo que ella llama las intimidades del Poder Judicial en el que se recapitulan “*muchos actos de la Magistratura que entrañan traiciones a la confianza pública, y que continúan siendo convenientemente ignorados por la mayoría de la población*”. (1999) pp. 1-424.

⁹⁴¹ FUENZALIDA (2002) pp. 325 y 334.

la construcción de identidad y la pérdida de respeto y obediencia tradicional a la ley irrumpen, al igual que surge un ciudadano que frente al atropello de sus derechos acude a la justicia en busca de protección, pero sin estar dispuesto a aceptar la opacidad del sistema judicial.

Parte de esa renovación se puede apreciar en las modificaciones a la norma de procedimiento penal⁹⁴² sustituyendo el modelo inquisitivo por un procedimiento acusatorio a llevarse a cabo hasta su conclusión frente a tres jueces. Esta modificación fundamental hizo eco en las principales casas de estudio que no dudaron en iniciar una reforma de la educación de los futuros abogados y jueces, a través de un cambio curricular⁹⁴³, tratando de dejar atrás la idea de que no existe una comunidad académica capaz de ejercitar la crítica frente a la función jurisdiccional o que se padece de una “*inconsistencia de roles*”⁹⁴⁴.

Estos cambios en la cultura jurídica externa no se detuvieron. Se anunciaron proyectos, que pudieron no haber sido bien aceptados por los tribunales, pero significaron cambios. Uno de ellos se da a través de la creación del Consejo Nacional de la Justicia cuya finalidad sería el hacer del judicial un verdadero Poder, otros se esbozaron como respuesta a algunas posturas que propugnaban la necesidad de hacer reformas para aumentar la eficiencia del Poder Judicial a través de la modificación de algunos aspectos esenciales⁹⁴⁵, relacionados sobre todo con el compromiso ideológico que todavía tenían algunos Magistrados con el antiguo régimen militar.

No todas las propuestas fueron aceptadas, como es el caso del Consejo Nacional de la Justicia por ejemplo. Sin embargo, diferente destino sufrió la Academia judicial

⁹⁴² Reforma que si bien fue considerada acertada, se llevó a cabo hasta cierto punto señala Agustín Squella (2007) p. 10, “*a contrapelo de la cultura jurídica dominante y antes de que esta cultura evolucionara*” evolución referida a la dominación de una cultura con ideas de la escuela de la exégesis dos siglos atrás.

⁹⁴³ FUENZALIDA (2002) p. 334.

⁹⁴⁴ PEÑA (1994) p. 64.

⁹⁴⁵ MATUS (1999) p. 76. Entre los proyectos se encontraron la creación del Consejo Nacional de la Judicatura, la reforma a la Corte Suprema en número de ministros, la creación de la figura del ombudsman y cambios en la carrera judicial. Sin embargo no todos gozaron de la aprobación legislativa y menos de la Corte Suprema. pp. 78-80.

debido a la necesidad derivada de una cultura externa que como destinataria de las decisiones de los jueces exigía su profesionalización⁹⁴⁶. Fue creada y su funcionamiento aprobado por el legislativo el 18 de noviembre de 1994, como la institución encargada de la formación de los jueces con el objetivo de lograr rapidez y eficiencia en sus respuestas.⁹⁴⁷

Estos intentos de *desahacer el paradigma de la justicia de estirpe napoleónica*⁹⁴⁸ en el que la solución es la ley, y el juez su boca, no fueron los únicos. La academia y otras organizaciones también hicieron su parte. Se formaron comisiones de investigación⁹⁴⁹ con la finalidad de realizar un diagnóstico de las reformas necesarias para la solución de los problemas de justicia en Chile. No entraremos en el detalle de mencionar todo el diagnóstico y las conclusiones a las que se arribaron, pero si es importante señalar que la cultura jurídica externa, unánimemente comienza a reconocer que la justicia chilena se encontraba en crisis y que era necesaria una modernización y solución integral a los problemas del sistema judicial.⁹⁵⁰

A partir del regreso de Chile a la democracia son varios los estudios que se realizaron sobre la necesidad de una reforma al Poder Judicial⁹⁵¹. Luego del diagnóstico, los cambios se mueven caracterizados inicialmente por una cultura externa que exige sanciones a las violaciones a los derechos humanos, para pasar por una reforma procesal

⁹⁴⁶ Cuando se habla de profesionalización se considera una dimensión explicativa de la calidad de las decisiones judiciales entre las cuales se tienen: la profesionalización de los jueces compuesta de las variables: formación académica, educación. Si estudiaron fuera de su propio sistema sus decisiones tienden a ser de mejor calidad sin importar la tradición o sistema legal en el que se desempeñan. BASABE (2019) p. 8.

⁹⁴⁷ FUENZALIDA (2003) pp. 219-220.

⁹⁴⁸ MORA (2003) p. 42.

⁹⁴⁹ El Centro de Estudios Públicos en 1990, organizó una comisión de estudios con la participación de renombrados académicos e investigadores (Eugenio Valenzuela Somarriva, Enrique Barros, Correa Amunátegui Nancy de la Fuente Fernandez, Hernan Correa, José Luis Cea E. Pablo Ruiz Tagle Vial entre otros) y cuyo objetivo fue analizar todos los aspectos relevantes del Poder Judicial, determinando sus fortalezas y sus debilidades. VALENZUELA (1991) p. 172.

⁹⁵⁰ VALENZUELA (1991) pp. 171-291.

⁹⁵¹ Entre los muchos estudios, opiniones que podemos destacar el “Poder Judicial en Chile. Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales” LETURIA y CAVIEDES (2012); “Sistemas Judiciales” VARGAS y BINDER (2003); “Reformas al Poder Judicial Chileno” BORDALI (2018), entre otros.

penal y tener una nueva visión sobre el funcionamiento de la justicia en Chile que se vería reflejada en la modernización y adecuación de los estándares a las exigencias internacionales.

Llegar a un consenso sobre la aplicación de indicadores cuantitativos al sistema judicial no fue difícil y ello se tradujo en modificación a los mecanismos de nombramiento, salarios, mejoras tecnológicas, infraestructura y sistemas informáticos entre otros, nadie se habría imaginado tanto *“cambio y sin modificación de leyes aplicables y sin cambios traumáticos o revolucionarios en el Poder Judicial-“*⁹⁵². Sin embargo, *“la cultura jurídica solo en el último tiempo ha ido afinando los criterios sobre lo que es o no permisible pero solo lo ha hecho parcialmente”*,⁹⁵³ esta afirmación para ser cierta, pues llegar a acuerdos sobre la aplicación de indicadores cualitativos no ha sido posible⁹⁵⁴, principalmente debido a que ello significa aceptar el análisis de los fallos, y la explicación y/o justificación de los actos vinculados al proceso de decisión y a la sentencia misma⁹⁵⁵ dejando de lado en la práctica el mito de la infalibilidad e imparcialidad del judicial, principalmente de los tribunales superiores.

Si bien la cultura jurídica externa da cuenta de un cambio⁹⁵⁶ en el que existe una opinión más crítica y exigente de la labor judicial, los diagnósticos relacionados con cambios cualitativos, han quedado en discusiones generales y abstractas, generando una cultura jurídica externa caracterizada por la desconfianza en el Poder Judicial y distanciada de la cultura jurídica interna⁹⁵⁷. *La cultura jurídica interna se ha adelantado*

⁹⁵² CORREA (s/f) s/p.

⁹⁵³ LETURIA y CAVIEDES (2012) p. 20.

⁹⁵⁴ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 10.

⁹⁵⁵ BOVENS (2007b) p. 1.

⁹⁵⁶ CORREA (s/a) s/p.

⁹⁵⁷ Según la encuesta CERC 2005 1 de cada 5 chilenos no confía en el Poder Judicial. Para Paulino Mora Mora (2003) p. 42, presidente de la Corte Suprema de Costa Rica en su análisis sobre los sistemas judiciales Latinoamericanos señala que *“... a pesar de semejante esfuerzo de “objetivación de las actuaciones judiciales” en “favor de la seguridad jurídica” de “tranquilidad y la confianza ciudadana, nuestras sociedades dicen claramente que no confían en nosotros, que nos consideran poco seguros y estiman que el sistema comprende amplias posibilidades de corrupción...”*.

a la cultura externa⁹⁵⁸, tal vez debido a la falta de una sociedad con mayor cultura jurídica que le permita convertirse en una masa más demandante, más fiscalizadora y con menos tolerancia frente a los abusos.

Hoy los MCS y otras organizaciones son menos tolerantes y han tomado en parte un rol más protagónico respecto de cuestionar el rol judicial. Libertad y Desarrollo en una serie de artículos observa algunos fallos de la Corte Suprema referidos a Derechos Humanos⁹⁵⁹, en los que no se dio estricto cumplimiento al artículo 5 de la Constitución Política y se omitió el respeto a los tratados internacionales ratificados por Chile debiendo cumplirse según lo establecido y conforme lo señalan los artículos 6 y 7 de la carta fundamental.⁹⁶⁰ O como cuando, Pilar Hazbun⁹⁶¹ califica, el fallo de la Corte Suprema (Conadecus Vs Movistar, Claro y Entel) como “Alarmante” al sustentarse en un anterior fallo en el que la Corte se atribuye competencias regulatorias y no en un proceso legal o normativo.⁹⁶²

En cuanto a la prensa, en artículos como “*Corte Suprema falla contra Castilla y proyecta efecto dominó en otros proyectos emblemáticos*” también se cuestiona el rol judicial cuando se dice que lo más complicado del fallo es que la Corte Suprema *se involucra en aspectos técnicos de la evaluación ambiental* al determinar que dos proyectos presentados como distintos luego de una interpretación técnica y no legal, concluye que son uno solo.⁹⁶³

La cultura jurídica externa cada vez se hace más crítica del rol judicial, principalmente en aquellos *casos difíciles*. Sin embargo, aun no es posible pensar que por ello se pueda hacer accountable a los magistrados supremos. Y ello, podemos evidenciar por los contados casos en los que se iniciarían procesos contra algunos

⁹⁵⁸ FUENZALIDA (2007) p. 171.

⁹⁵⁹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2019) pp. 1-5

⁹⁶⁰ Ídem.

⁹⁶¹ Coordinadora del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

⁹⁶² LIBERTAD Y DESARROLLO (2018) p. 1.

⁹⁶³ El Mostrador <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/08/29/corte-suprema-falla-contra-castilla-y-marca-efecto-domino-en-otros-proyectos-emblematicos/> (2012). p. 1.

magistrados de la Corte Suprema bajo la figura de *abandono de deberes*⁹⁶⁴ pero que no llegaron a alcanzar el objetivo sancionatorio.

Entre 1993-1997 se podría decir que fueron años de reflexión. En 1993 fue acusado Don Hernan Cereceda por cargos relacionados con violaciones de Derechos Humanos. En 1997 un grupo de parlamentarios, acusan constitucionalmente al entonces ministro de la Corte Suprema Dn. Servando Jordán.⁹⁶⁵ En años anteriores a los señalados, hubieron otras acusaciones⁹⁶⁶, sin embargo, todas estas acusaciones no prosperaron pues la Comisión para informar si procedía o no la acusación dedicó su tiempo a debatir entre las diferencias que existen en un juicio político, y la acusación o juicio constitucional⁹⁶⁷.

Junto con la acusación constitucional contra Hernán Cereceda Braxo, otros ministros también fueron acusados, entre ellos Lionel Beraud y Germán Valenzuela. En esta acusación solo fue aprobada la acusación al Ministro Hernán Cereceda por retardo inexcusable en la dictación de un fallo, las otras dos fueron rechazadas. Lo importante de esta acusación recae en los argumentos esgrimidos por ambas Cámaras en ellos se consideraron aspectos relacionados al tema del presente estudio, el control externo de las decisiones judiciales por el Congreso.⁹⁶⁸

El que las acusaciones no prosperarán, podríamos decir, que es el resultado de que no se acepta la premisa que el comportamiento judicial, incluso bajo condiciones en las que se garantice su independencia debe ser *accountable*. Solo cuando ésta premisa sea aceptada por la cultura legal, a los jueces de la Corte Suprema, se les podrán aplicar

⁹⁶⁴ El concepto “notable abandono de deberes” como causal nació gracias a Don Mariano Egaña quien con su voto permitió que esta figura fuera considerada en la Constitución de 1833. En su proyecto Egaña señalaba que a los Diputados les correspondía acusar ante el Senado a determinados funcionarios entre los que incluyó a los magistrados de los tribunales superiores de justicia (art. 5). CASTILLO (2003) p. 53.

⁹⁶⁵ MOYANO y FUENZALIDA (2006) p. 11; *Cfr.* En 1992 varios ministros fueron acusados por notable abandono de deberes (Leonel Beraud, Germán Valenzuela). ALLENDE y LIZAMA (2004) p. 41.

⁹⁶⁶ A los Ministros Osvaldo Illanes y Miguel Gonzáles (1961) rechazadas ambas por tratarse de ministros de la Corte Suprema miembros del Tribunal de Calificaciones de elecciones. Otra acusación fue la del señor Aburto la misma que fue rechazada por el Senado. ALLENDE y LIZAMA (2004) p. 56

⁹⁶⁷ ALLENDE y LIZAMA (2004) p. 41.

⁹⁶⁸ *Ibidem.* pp.168-223.

mecanismos de control externo. Caso contrario como señala Toharia el Poder Judicial podría situarse en una institución flotante ajena a cualquier control, lo que lo convertiría más que independiente en irresponsable⁹⁶⁹.

3.4 La cultura jurídica e independencia judicial en Chile: Una cultura de independencia mirada desde la perspectiva histórica

Shimon Shetreet cuando habla de la creación de una cultura de independencia judicial, considera que si bien están los cinco pilares de sustento, seis con el que adicionamos, la base fundamental se encuentra en la relación entre los Poderes del Estado, el apoyo de la clase política y el consenso social expresado en el trabajo que pueden hacer los líderes políticos y profesionales por desarrollar una cultura de independencia.⁹⁷⁰

En el caso chileno, que tiene una cultura jurídica caracterizada por: las diversas matrices culturales europeas y americanas⁹⁷¹ con rasgos de la escuela de la exégesis, motivada por un ideologismo positivista constructor de normas justificadas por normas superiores pero sin consideraciones sustantivas⁹⁷² y con una cultura externa más abierta y exigente influenciada por el impacto a las violaciones de las personas y bajo un modelo de consumo y con rasgos de desconfianza hacia el judicial, el proceso de construcción va *“fragúandose lentamente, y asentándose en la filosofía racionalista de la separación de poderes iniciada por John Locke y desarrollada posteriormente por Montesquieu como base de todo Estado de Derecho”*⁹⁷³.

Esta filosofía que se ve reflejada en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, divide las funciones del Estado en Potestad Legislativa, Poder Ejecutivo y

⁹⁶⁹ TOHARIA (2000) p. 42; Cfr. RAMOS (s/f) p. 2; FERREJOHN (1999) pp. 358. en su trabajo *“Independent Judges, Dependent Judiciary”* señala que “...la protección al juez individual depende del deseo del Congreso de mantener altas barreras para un *impeachment*.”

⁹⁷⁰ SHETREET (2012) p. 17.

⁹⁷¹ BARAONA (2010) p. 429.

⁹⁷² *Ibidem*. p. 436.

⁹⁷³ MARTINEZ (1998) p. 649.

Autoridad Judicial. Dejando que sea la Constitución Política de 1822, la encargada de establecer la independencia de cada uno de ellos y entregando a la Autoridad Judicial la exclusividad de poder aplicar las leyes con total independencia, principalmente del Poder Ejecutivo.⁹⁷⁴

Si bien Chile es un país que se caracteriza por tener instituciones muy sólidas y una estabilidad política en general “*ajena a grandes y traumáticas contingencias*”⁹⁷⁵, a lo largo de su historia, el desarrollo de su cultura de independencia judicial, a pesar de los resguardos realizados por las acciones de algunos gobiernos como el de Santa María y Balmaceda⁹⁷⁶ a través de la dictación algunas leyes, no ha estado ajeno a períodos en los cuales se han hecho intentos de comprometer las bases de su institucionalidad. Debido sobre todo a la intromisión e influencia nociva de los partidos políticos principalmente en el nombramiento de jueces. Nombramientos para los cuales primero se debía contar con el reparto político entre los partidos políticos (liberales y conservadores) y luego superar el empoderamiento del Poder Legislativo que convirtió, o pretendió hacerlo, a jueces en verdaderos caudillos políticos en sus jurisdicciones⁹⁷⁷.

Muestra de este empoderamiento vemos en *La República Parlamentaria*, en el que la relación con el Poder Judicial se paraliza tanto, que éste último comienza a sumirse en una suerte de hermetismo ajeno o insensible a las críticas que se le comenzaron a formular luego de la restructuración que sufrió en 1891. Esta parálisis en las relaciones entre los poderes mostró un judicial proclive al burocratismo y a la

⁹⁷⁴ GÁLVEZ (1987) p. 70.

⁹⁷⁵ VARGAS y DUCE (2000) p. 1.

⁹⁷⁶ A través de la dictación de la ley de 19 de enero de 1889 en la que se hacía partícipe a la Corte Suprema en los nombramientos, (deferencia que ya existía en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de (1875) se trató de proteger la independencia de los magistrados judiciales. Además de ello fue en ambos gobiernos que tuvieron una especial preocupación por mejorar la judicatura. En ese intento llegaron a hacerle advertencias al judicial haciendo uso de su prerrogativa constitucional de velar por la conducta ministerial de los jueces nunca con la intención de menoscabar las atribuciones del Poder Judicial. DE RAMÓN (1989) pp. 32 y 40.

⁹⁷⁷ *Ibíd.* p. 32. Mediante Ley de 30 de diciembre de 1842 el ejecutivo adquirió la facultad de nombrar a los jueces.

mecanización, un “*peso muerto*” con la fortaleza suficiente como para paralizar la renovación política que se pretendía en 1920.⁹⁷⁸

Este hermetismo judicial, tornó más tensa la relación con el ejecutivo cuando el gobierno progresista en su intento por renovar la política, inició una “*depuración*” parcial del judicial, que mantuvo la paralización de las relaciones entre los poderes con un judicial al que había que tolerar. Aun con la intervención de personeros que lograron una salida amigable a esa situación, el judicial permaneció con reformas parciales y no “*verdaderas*”.⁹⁷⁹

En el período que transcurre entre 1925 y 1973 se dieron algunos cambios. En 1925 Constitución Política del Estado se “*sustituye el término “Poder”, para referirse al judicial y legislativo como los órganos de ejercicio de las potestades legislativas y ejecutivas*”⁹⁸⁰. Desde esa fecha hasta 1973, la actividad política se hallaba marcada por una constante negociación con el objetivo de mantener el equilibrio político. Para las negociaciones se acordó la exclusión del Poder Judicial, lo que a la larga se tradujo en la pérdida de importancia⁹⁸¹, y de confianza de los jueces hacia las fuerzas políticas pero con un fuerte corporativismo interno, unido a la falta de control y transparencia⁹⁸².

La polarización entre ambos Poderes del Estado, estuvo marcada la desconfianza que derivó en una pugna principalmente entre el judicial y el ejecutivo. Pugna que se hizo aun más visible en el Gobierno de Salvador Allende cuando se inició un proceso de requisición de empresas pero que se vió obstaculizada por las acciones (decisiones) ejercidas por la Corte Suprema⁹⁸³.

⁹⁷⁸ DE RAMON (1989) p. 19 y 53. Esta “*Depuración*” se inició en 1927 en el Gobierno de Coronel Carlos Ibáñez.

⁹⁷⁹ *Ibidem.* 19 y 58.

⁹⁸⁰ CORREA (2005) pp. 120-121. A partir de esa modificación los siguientes textos constitucionales mantienen el término de Órgano Judicial y no Poder Judicial.

⁹⁸¹ VARGAS y DUCE (2000) p. 1

⁹⁸² *Ibidem.* p. 2.

⁹⁸³ AMUNÁTEGUI (2011) p. 622.

Esta etapa estuvo caracterizada “por la presión que los partidos políticos ideológicos desde el gobierno y con los medios de acción del presidente ejercieron en contra de las instituciones establecidas con un menosprecio de la legalidad vigente”⁹⁸⁴, la reacción natural del judicial no fue necesariamente reaccionar en favor de la defensa y protección del Estado de Derecho, sino de su tan preciada independencia⁹⁸⁵ la cual se vio amenazada⁹⁸⁶.

En esa tensión, sobrevino el Golpe de Estado de 1973, en el que de los tres poderes el judicial fue el único en mantenerse activo y estable hasta el advenimiento de la Democracia. En este período la relación entre los poderes de Estado, no dejó de ser tensional debido a los cambios realizados a las competencias⁹⁸⁷ de la Corte Suprema tensión que se agudizó a partir de la caída del régimen militar cuando se cuestiona su actuar en la defensa de los derechos humanos.

Ante tal acusación, el judicial alza la voz recordando que el conflicto entre ambos ponía en riesgo el Estado de Derecho y la independencia de los Poderes de Estado⁹⁸⁸, dado que era inaceptable que el ejecutivo pretendiera intervenir en los asuntos del judicial a través del nombramiento de sus magistrados u otras acciones. Con ello, los

⁹⁸⁴ AMUNÁTEGUI (2011) p. 629.

⁹⁸⁵ Como parte de la defensa de su independencia, la Corte Suprema en el proceso de desafuero del Senador Carlos Altamirano señaló que son los acusadores lo que pretenden invalidar las atribuciones del Poder Judicial al incitar sugerir que el Parlamento revise sus fallos, destruyendo la base del régimen jurídico chileno cual es la separación de los tres Poderes del Estado. AMUNÁTEGUI (2011) p. 643.

⁹⁸⁶ AMUNÁTEGUI (2011) pp. 634-635 y 641. En 1967, diez Diputados del Partido Socialista interpusieron una acusación constitucional contra los magistrados de la Corte Suprema por notable abandono de deberes e infracciones y artropellos de hecho y derecho en la dictación del fallo por el desafuero del senador Carlos Altamirano. No fue el único impase que tuvo que ser superado. Hubieron otros enfrentamientos abiertos entre ambos poderes que pueden ser revisados en el trabajo “*El protagonismo Político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973*”.

⁹⁸⁷ La modificación se hizo respecto de los recursos de casación y la aceptación de la posibilidad por parte de la Corte Suprema de revisar sus resoluciones por vía de queja. Ante el aumento de las quejas versus a las casaciones, se revirtió y sacrificó este recurso para volver a la ya olvidada casación, casi en desuso. Fue el recurso de protección el que restituye nuevamente vuelve a empoderar a la Judicatura. BRAVO (2003) p. 546; *Cfr.* VALENZUELA (1991) p. 145 y siguientes; Se consideró que la Corte Suprema era demasiado independiente porque confrontó las acciones tomadas por el gobierno de Allende; ROSENN (1987) p. 8; Alejandra Matus compara lo complicado de la Relación entre el Poder Ejecutivo y Judicial con la relación que tenía el gobierno con el Ejército cuando Chile comenzó a vivir en Democracia (1999) p. 75.

⁹⁸⁸ GALLEGUILLOS (1997) p. 17.

esfuerzos del ejecutivo por una reforma judicial, terminaron con la negativa del Senado de apoyar las modificaciones constitucionales presentadas⁹⁸⁹.

El empoderamiento judicial llega a su cenit con la aprobación de la Constitución de 1980, en la que se entrega al Judicial, primero potestades que van reforzando su autonomía, la norma señalaba que el Judicial tiene *“La facultad de conocer las causas civiles y criminales de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendiente, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*. Y segundo con otras disposiciones referidas a la información de la Ley Orgánica Constitucional de Tribunales (art. 74° inc. 2), la participación del Presidente de la Corte Suprema en el Consejo de Seguridad Nacional, entre otras prerrogativas constitucionales.⁹⁹⁰

Y contrario a lo que se podía esperar, la autonomía de la Corte Suprema fue en aumento, cuando además de lo ya señalado, se le entregaron las facultades decisivas en la designación del Fiscal Nacional y exclusivas en lo que atañe al traslado de los jueces y que antes eran compartidas con el ejecutivo. Con todo el empoderamiento judicial en desarrollo, las facultades que poseían los otros poderes se vieron en la práctica limitadas. Tal es así que los intentos por parte del legislativo para ejercer el control político a la actividad del sistema judicial, y hacer responsables a los magistrados de los tribunales jerárquicos a través del mecanismo de acusaciones constitucionales, no prosperaron. De cinco acusaciones, solo tuvo éxito una, lo que llevó a un cuestionamiento sobre la necesidad de proteger aun más la independencia efectiva⁹⁹¹ del judicial.

⁹⁸⁹ GALLEGUILLOS (1997) pp. 18-19; *Cfr.* ROSENN (1987) p. 9. Con lo relacionado a la actuación de la Corte Suprema en la Dictadura militar.

⁹⁹⁰ CORREA (2005) p. 124.

⁹⁹¹ VARGAS y DUCE (2000) p. 26; *Cfr.* GALLEGUILLOS (1997) p. 5, cuando señala que a partir de 1990, se produce un desbalance de poder entre los Poderes en el que aparece más favorecido el Poder Judicial frente a los otros poderes; FUENZALIDA (1999) p.207.

Superada esta etapa, las relaciones entre los otros poderes y el judicial se vieron afectadas por la interferencia en la designación de los jueces y el insistente uso de las acusaciones constitucionales sobre los altos tribunales en los casos más difíciles o de contenido político.⁹⁹² Sin embargo, uno de los puntos de inflexión y cambio en la relación del judicial y los restantes poderes del Estado fue marcado por la detención en Londres de Pinochet, este hecho había alterado el grado de independencia del judicial, respecto de la actitud y mirada de respeto hacia los otros poderes del Estado que daría lugar a un acercamiento largamente aplazado pero sin dejar de reaccionar ante la defensa de su autonomía⁹⁹³.

Es a partir de aquí, que se da inicio a un proceso de cambio en su relación impulsado desde afuera del sistema judicial como resultado de las transformaciones más globales acaecidas a partir de los 90, y la necesidad de adaptar al judicial al nuevo proceso⁹⁹⁴ como respuesta a una extendida concientización sobre la importancia de un judicial independiente en el funcionamiento real de un Estado de Derecho y en el desarrollo social y económico de un país. Fue el momento en el que los otros poderes entregaron al Poder Judicial competencias que en algún momento estuvieron en sus manos y que ahora quedaban concentrados en la Corte Suprema⁹⁹⁵.

El consenso político y el apoyo social, que repercutió en el grado de independencia del Poder Judicial, acorde a las variaciones históricas de la relación entre el legislativo, ejecutivo y judicial también varía, constituyéndose en una constante en la historia chilena. La judicatura y la Corte Suprema desde 1823 se impone “*a los gobernantes constitucionalistas y legisladores, todos se detienen respetuosamente ante ella y reafirman su subsistencia*”⁹⁹⁶. La razón de ese respeto es que para la sociedad los juristas eran de “*muy buena calidad*” tanto que los ministros de la Corte Suprema,

⁹⁹² VARGAS y DUCE (2000) p. 4.

⁹⁹³ CORREA (s/f) s/p.

⁹⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁹⁵ VARGAS (2001) pp. 34-35.

⁹⁹⁶ BRAVO (2003) p. 537

“*ministros venerables*”⁹⁹⁷, supieron darle a la judicatura chilena mucho prestigio, lo que en consecuencia significó contar con el respeto y confianza absolutamente justa del pueblo chileno⁹⁹⁸.

Esta confianza iría cambiando, cuando a través de medios escritos de 1902, se denuncia que el judicial había dejado de ser la institución que inspiraba confianza, para convertirse en aquella en la que prevalecía la voluntad arbitraria de los jueces, que llenó de desprestigio al Poder Judicial. Había dejado de ser la institución que antes merecía respeto. Esto llevó al gobierno de Carlos Ibañez a intentar una depuración, que sin embargo, y aun cuando había un incremento significativo de corrupción, el tan ansiado cambio no llegó, sino con una modificación superficial de la judicatura chilena.⁹⁹⁹

Fueron entonces los años 60 los que vendrían aparejados de una crisis entre el Ejecutivo y la judicatura que se inició con los intentos del primero por adecuar al judicial al cauce que el nuevo orden político exigía. Este período fue la excepción a la histórica garantía de estabilidad del ordenamiento jurídico del que siempre gozó la judicatura.¹⁰⁰⁰ A pesar del ataque frontal del Ejecutivo, el judicial supo responder con una “*defensa igualmente dura y política en manos de los altos magistrados*”¹⁰⁰¹. Lo que explica el apoyo de la Corte Suprema al nuevo régimen Militar. Ya con signos de corporativismo en su interior¹⁰⁰² el judicial vió como se polarizaba el apoyo social¹⁰⁰³.

Las críticas de la sociedad civil a la actuación de los jueces y tribunales de justicia fueron muy fuertes ante los abusos cometidos¹⁰⁰⁴ en el régimen dictatorial. Esto

⁹⁹⁷ Juristas y Ministros como: Manuel Ballesteros Ríos, Aníbal Echeverría y Reyes, Franklin de la Barra Lastarna, José vitorino Lastarria, Gregorio Víctor Amunátegui, Alvaro Covarrubias y Belisario Prats entre otros. DE RAMON (1989) p. 33.

⁹⁹⁸ Ídem.

⁹⁹⁹ DE RAMON (1989) p. 53.

¹⁰⁰⁰ BRAVO (2003) p.544.

¹⁰⁰¹ AMUNÁTEGUI (2011) p. 661.

¹⁰⁰² VARGAS y DUCE (2000) p. 1.

¹⁰⁰³ Habían sectores que se oponían al fortalecimiento de la independencia externa del Poder Judicial por los efectos no deseados que ello pudiera generar sobre todo si se considerara la hacerlo podría significar la exclusión de consideraciones políticas en las decisiones claves. Ibídem. p. 3.

¹⁰⁰⁴ FUENZALIDA (2003) p. 226.

motivó la realización de reformas constitucionales de dudoso resultado pero que lesionaron la independencia externa del sistema judicial¹⁰⁰⁵. Las Cortes perdían la confianza de la sociedad, o una razonable parte de ella¹⁰⁰⁶ y de la que hasta 1973 habían gozado cuando los chilenos confiaban y creían en las normas generadas sobre la base de la Constitución. Con este deterioro de la confianza, se comienza a poner en riesgo la función judicial *y el sistema democrático republicano que se vería lesionado en una de sus más importantes instituciones*¹⁰⁰⁷ no en su estructura institucional sino en la configuración del principio de argumentación¹⁰⁰⁸, decisión y su vinculación directa con los actores políticos y sus actitudes.

La lesión a una de las bases fundamentales del desarrollo de una cultura de independencia judicial, cual es la confianza de la sociedad y el apoyo político, trajo consigo la necesidad de una reconstrucción institucional. Uno de los hitos más importantes estuvo relacionado con la reforma del sistema procesal penal y la administración y modernización del sector. Sin embargo, la confianza pública en la independencia, imparcialidad y justicia de un juez que es una de las condiciones esenciales del rol judicial¹⁰⁰⁹, continuaba mostrando un progresivo y preocupante deterioro de la confianza social en el Judicial.¹⁰¹⁰

En el espíritu de lo señalado, la separación de los poderes como una de las bases fundamentales para la creación de una cultura de independencia, a pesar de los cambios impulsados en las diferentes etapas de la vida republicana chilena, se mantiene y se ve reflejado en la independencia institucional del Poder Judicial, lo que no necesariamente

¹⁰⁰⁵ VARGAS y DUCE (2000) p. 3; *Cfr.* FUENZALIDA (2003) p. 226.

¹⁰⁰⁶ Señaló solo una parte porque habían quienes todavía respaldaban o justificaban el accionar del judicial en la dictadura

¹⁰⁰⁷ CORREA (s/f) (s/p).

¹⁰⁰⁸ AGUILÓ (2003) p. 65

¹⁰⁰⁹ BARAK (2002) p. 53.

¹⁰¹⁰ GARCIA y LETURIA (2006) p. 346. Ambos autores presentan el detalle de la encuesta CEP del 2002 en la que se puede evidenciar que la confianza que en 1992 se encontraba en un 15% a 2002 tuvo una baja considerable de un 50%. En el 2005 se puede ver que en ese período el Poder Judicial es una de las instituciones que había perdido más confianza del público. (Ver pie de página 1)

significa o es sinónimo de la independencia de los jueces en la dictación de sus sentencias.¹⁰¹¹

La confianza social y el apoyo político como otra de las bases fundamentales del desarrollo de una cultura de independencia también queda lesionada y ello se puede evidenciar en la disminución de la confianza social a las actuaciones del Poder Judicial. Entonces, lo que se hace es tratar de impulsar un proceso de cambio que muestre que la función judicial, relacionada con el procedimiento de argumentación y decisión era una actividad apolítica, que evita la interferencia de tipo político y la corrupción¹⁰¹² en las decisiones judiciales. Se trataba de demostrar la independencia e imparcialidad de la judicatura respecto de los otros poderes del Estado¹⁰¹³ y lograr un verdadero proceso de cambio que permitiera impactar favorablemente en la confianza de las personas¹⁰¹⁴.

La creación de la cultura de independencia judicial en Chile, data de inicios de la república cuando, en la Constitución Política de 1925, se incluían importantes salvaguardas de protección judicial, como el carácter vitalicio de los magistrados sin consideraciones de su nivel en la judicatura y el proceso de designación que intentaba ser apartidario. Según lo señalan Acuña y Alonso citando a Arturo Valenzuela, el Poder judicial era “una institución prestigiosa... respetada por su neutralidad y alejamiento del clamor de la *política cotidiana*¹⁰¹⁵, lo que significa que, a la luz de la sociedad y la política, el objetivo de eliminar la influencia partidaria política del nombramiento judicial y la inamovilidad salarial se cumplía.

¹⁰¹¹ AMUNÁTEGUI (2011) p. 620.

¹⁰¹² Seguiremos con el concepto de corrupción de Francisco Leturia y Cristóbal Caviedes (2012) p. 8. “La corrupción entendida en un sentido clásico es decir como actos voluntarios en materia judicial se traducen en faltas al debido proceso en cualquiera de sus formas, sentencias, erráticas, abusos en la valoración de la prueba, arbitrariedad, obtención de beneficios secundarios de actuaciones judiciales, pérdida de imparcialidad judicial entre otros”.

¹⁰¹³ AMUNÁTEGUI (2011) p. 619.

¹⁰¹⁴ GARCIA y LETURIA (2006) p. 348.

¹⁰¹⁵ ACUÑA y ALONSO (2001) p. 27. Medidas todas que van de la mano de las reformas realizadas en varios países a través de mejoras en las condiciones salariales de los jueces, la dotación de regímenes disciplinarios establecidos legalmente pero aplicados por instancias diferentes al ejecutivo, instauración y desarrollo de una carrera judicial, entre otras. BURGOS (2003) p. 8. La cursiva es propia.

Aun cuando había un proceso de cambio impulsado desde fuera del mismo sistema, como lo señalamos en párrafos anteriores. Cuando se aprueba la Constitución de 1980, se contemplan algunos aspectos relacionados con la protección a la independencia judicial que adquieren relevancia, sobre todo cuando es quien debe exigir el total sometimiento de los otros poderes al imperio de la ley y enfrentar por esas decisiones posibles consecuencias, la remoción como forma de sanción. Facultad establecida en los artículos 6° y 7° de ese cuerpo legal en el que se les entrega a los tribunales la facultad de hacer conocer y someter a los otros órganos estatales a las resoluciones judiciales¹⁰¹⁶.

Adicionalmente, esta protección se encuentra en el artículo 77° referido a la inamovilidad y restricción de la facultad de trasladar a un juez, salvo por responsabilidad disciplinaria o deficiente evaluación y el artículo 73° en el que se detalla la exclusividad, por un lado, en la parte orgánica de resolver las causas puestas en su conocimiento y hacerlas ejecutar y por otra como separación material en la negativa de permitir que los otros poderes cumplan con esa función que va en concordancia con los artículos antes señalados.

Con ambos artículos lo que se hace es limitar la intervención del Ejecutivo en el judicial respecto de la avocación de causas pendientes o la posibilidad de instruir a la judicatura de cómo emitir un fallo (artículo 80° que consagra la independencia del Poder Judicial). Y ello adquiere relevancia cuando estamos frente a una judicatura profesional dependiente de su trabajo y remuneración¹⁰¹⁷.

Como una forma de legitimación democrática, se modifica el artículo 75° que versaba sobre la elección de los magistrados de las Cortes Superiores recayendo esta responsabilidad en el Presidente de la República. A partir de la reforma de 1997, el Senado queda con la facultad de aprobar o no el nombramiento, que el Presidente

¹⁰¹⁶ ALDUNATE (1995) p. 17. (pie de página 11).

¹⁰¹⁷ *Ibidem.* pp. 11-26

hiciera. Si bien para algunos autores esta modificación fue deficitaria¹⁰¹⁸, desde una visión de cultura de independencia judicial, significó continuar con un reforzamiento de la autonomía de la Corte Suprema chilena, iniciada con la aprobación del DL 169 de 6 de diciembre de 1973, que introdujo una modificación importante al Código Orgánico de Tribunales en el que señala que ningún funcionario podría “*publicar sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial o atacar, el cualquier forma la de otros jueces o magistrados*”.

De conformidad con lo que venimos diciendo, la cultura de independencia judicial se configura sobre la base de seis pilares, algunos de ellos relacionados con el rol que cumplen las previsiones normativas de protección al judicial, otros referidos a la conducta y ética del juez dentro y fuera de la esfera judicial y un último relacionado con el apoyo social real. Cuando nos referimos a la independencia judicial, es importante aclararlo, estamos frente a la protección de un principio de la argumentación y decisión judicial, y no como una cuestión referida al diseño o estructura institucional. Todo esto significa que la cultura de independencia judicial blindo al juez contra cualquier fuente de coersión o de lealtades permitiéndole aplicar el derecho y todas sus fuentes en la decisión de un caso concreto.¹⁰¹⁹

¿Es sin embargo, suficiente para garantizar la independencia judicial la inamovilidad o el fuero? Considero que no necesariamente y que para ello es necesario referirnos a los dos pilares adicionales que citamos y que cobran sentido, cuando sabemos que la razón por la que es importante que el juez sea independiente, es que esté en condiciones de enfrentar un caso sin influencia en sus propios términos. La ética judicial y el apoyo social real.

Antes del análisis de la conducta y ética judicial necesitamos dejar de lado ese postulado tradicional que versa que el juez para cumplir con su función le basta solo conocer el derecho y ser un juez inanimado despojado de toda preferencia axiológica,

¹⁰¹⁸ CORREA (2005) p. 123.

¹⁰¹⁹ LINARES (2003) pp. 116-117; *Cfr.* BORDALI (2008) pp. 204 - 215.

desde esa visión, sería perfectamente posible que un juez sea una “*mala persona desde el punto de vista de una moral crítica o social, y al mismo tiempo sea un buen juez*”. Este paradigma cerrado a las dimensiones éticas, económicas, culturales y políticas termina convirtiendo al Derecho en algo alejado de la realidad jurídica que puede empujarlo a una crisis que luego podría dar paso a afrontar un derecho práctico dejando de lado el modelo del saber teórico de la ciencia jurídica.¹⁰²⁰

En el afán de evitar hechos de corrupción o acusaciones que la Corte Suprema tuviera que enfrentar, se formó una Comisión Ética del Poder Judicial que impuso sanciones ejemplificadoras a aquellos jueces envueltos en hechos de corrupción. Igualmente se aprueba el Código de Ética Profesional (1948) que fue modificado en el año 2011 y en cuyo tenor se contemplan las herramientas necesarias para atacar aquellas conductas inadecuadas, corruptas y poco transparentes¹⁰²¹.

Cuando hablamos del apoyo real de la sociedad al Poder Judicial nos enfrentamos a una judicatura tan independiente y autónoma que, desde la aprobación de la primera Constitución y los siguientes cuerpos constitucionales, la independencia judicial parece un principio imbatible, no solo porque se encuentra normado en la Constitución Política del Estado chileno y en el Código Orgánico de Tribunales, sino que en el intento de limitar el Poder Judicial lo que se ha logrado es un impacto en la independencia funcional y personal de los jueces. Tal es así que la cultura de independencia judicial chilena, ha permitido una escasa relación entre los jueces y la ciudadanía, generándose con ello problemas en el *accountability* judicial.

La sociedad no destaca lo suficiente como para convertirse en una opinión pública más exigente y fiscalizadora y menos tolerante frente a los abusos. Por lo tanto, el apoyo real a la independencia judicial se hace efectivo cuando todos quienes pueden

¹⁰²⁰ VIGO (2006) p. 274.

¹⁰²¹ VARGAS y DUCE (2000) p. 21.

demandar la generación de instituciones de mejor calidad están ausentes como masa crítica, convirtiéndose en víctimas y cómplices del sistema que les toca vivir.¹⁰²²

3.5.- Cultura de *accountability* valoración social y judicial

Cuando el apoyo real a la independencia judicial, convierte a quienes pueden demandar la generación de instituciones y operadores de mejor calidad en víctimas y cómplices, resulta indispensable un cambio en el nivel de demandas que hacen las personas en esa poderosa fuerza a la que Friedman llama “Justicia Total”, ésta es capaz de producir los cambios legales y sociales¹⁰²³ en las actitudes, creencias, hábitos, convicciones acerca del derecho que son ampliamente compartidos por quienes son parte de la sistematización del Derecho y por quienes, aun no interviniendo en la actividad jurídica, pueden ejercer presión sobre el sistema legal¹⁰²⁴. De no hacerlo, aun cuando se produzcan cambios normativos, éstos no tendrán un impacto significativo si no se los acompaña con un grado de cambio en la cultura jurídica¹⁰²⁵.

Cuando nos referimos a la creación de una cultura de independencia judicial, uno de los fundamentos descansa en el clima político y el consenso social al igual que en los líderes políticos y profesionales legales.¹⁰²⁶ Pues bien, la creación de una cultura de *accountability judicial* requiere de igual apoyo para alcanzar el balance adecuado entre independencia y tal *accountability*. Si la cultura que es la que finalmente se expresa en las normas y su aplicación no cambia, y se convierte en una sociedad menos tolerante frente a la corrupción, ninguna reforma estructural sería suficiente¹⁰²⁷. ¿Cuál entonces la importancia de crear una cultura de *accountability judicial* y en qué pilares debería descansar su fundamento conceptual?

¹⁰²² LETURIA y CAVIEDES (2012) p. 20.

¹⁰²³ FUENZALIDA (2007) p.165

¹⁰²⁴ FUENZALIDA (2002) p. 334.

¹⁰²⁵ LINARES (2003) p. 126-127.

¹⁰²⁶ SHETREET y TURENNE, ambos señalan que el modelo de *accountability* judicial que un sistema legal adopte, determina la independencia judicial (2013) p. 20.

¹⁰²⁷ LETURIA y CAVIEDES (2012) p. 31.

Su importancia radica principalmente en la protección del principio de la imparcialidad judicial, no solo como una relación equidistante y objetiva de éste con las partes de un proceso puesto bajo su conocimiento, sino también porque resulta importante de “no favorecer ni perjudicar a ninguna de las partes, ni en el procedimiento ni en la motivación en su decisión”¹⁰²⁸. En ese entendido, la protección recae en la esencia misma de la función jurisdiccional, apartada de la injerencia que puedan tener los otros poderes.

Cuando hablamos de una cultura de *accountability* judicial, tenemos como fundamento no la independencia del juez en sentido de evitar la injerencia de los otros poderes en las decisiones judiciales como lo señalamos en párrafos anteriores, sino la independencia subjetiva, ética y que cada vez más nos deja sin moral¹⁰²⁹. Pues la que se constituye en la esencia misma de la función judicial, pues ella es la que permite tener un “*buen Juez*”, un juez que se accountable a si mismo.¹⁰³⁰ Pero también es importante el apoyo político y social indispensable, sobre todo porque, la independencia es un hecho cultural más que institucional¹⁰³¹ dado que la función judicial no es únicamente un acto formal, sino también un acto humano y social¹⁰³²

Es importante dejar de lado la idea decimonónica, en la que el juez debe cumplir la función que le fue encomendada por el legislador a través de una tarea objetiva -que debe reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley-¹⁰³³ forzada bajo la amenaza de una sanción penal tipificada como prevaricato, y comenzar con entender que el derecho no puede estar separado de la ética y la moral, sino debe ser proyectado a un campo operativo más humano pero sin alejarlo de la construcción o reconstrucción normativa en la resolución de un caso,¹⁰³⁴ como sostiene Adela Cortina¹⁰³⁵ lejos del

¹⁰²⁸ ALDUNATE (1995) p. 12

¹⁰²⁹ CORTINA (2000) p. 20 y ss.

¹⁰³⁰ CHAIRES (2004) pp. 531-532.

¹⁰³¹ FERRAJOLI (1995) p. 589.

¹⁰³² CORTINA (2000) pp. 20-22.

¹⁰³³ VON SAVIGNY (1949) p. 82.

¹⁰³⁴ VIGO (2006) pp. 274 -275.

¹⁰³⁵ CORTINA (2000) p. 32.

“fundamentalismo intolerante y dogmático que mantiene un conjunto de principios como racionalmente intocables- y conformarse con lo dado señala con los hechos sociológicos, las instituciones y las leyes vigentes y con los siempre oscurantistas poderes fácticos”.

Para alcanzar lo señalado, la creación y mantenimiento de una cultura de *accountability* judicial además debe considerar en su creación cinco aspectos que son esenciales: La ética, la moral, el coraje, la integridad y estándares de selección y remoción judicial. Respecto de los estándares y la remoción se los consideró cuando se habló de la independencia judicial, por lo tanto abarcaremos la ética. Palabra que deriva del Griego *Ethos* que significa costumbres, será entonces aquella entendida como aquel actuar o comportamiento humano que puede ser aprobado en uso de una determinada idea, criterio o estándar relacionado con lograr un objetivo social que una sociedad aspira alcanzar¹⁰³⁶.

Esta exigencia ética apuntará al juez, quien debe tener una conciencia ética individual capaz de reproducir en su cabeza las razones por las que debe respetar las normas y ceñirse a los estándares éticos impuestos que definen que es lo que debe hacer para actuar correctamente. Su existencia, sin embargo, dependerá también del reproche que viene de la moralidad social o convencional, es decir de esa cultura social que producirá pena y reproche ante los comportamientos normativamente indeseables¹⁰³⁷.

Agustín Squella cuando se refiere a la moral, lo hace desde la ética, pero en un sentido más restringido en el que deja de lado el Derecho y las normas de trato social, para solo referirse al comportamiento humano moralmente correcto que permite alcanzar

¹⁰³⁶ SQUELLA (1988) p. 61. Para Ruiz-Tagle (1990) pp. 154-155, la idea del Juez Cerda respecto de que sea el juez una personalidad que juzga consigo mismo a través de sí y que la justeza de su decisión quede en su propia conciencia, no tiene sentido pues esa posición lo único que genera es el reforzamiento de su independencia aun cuando esta posición se encuentre reforzada con una infraestructura funcional y administrativa adecuada. Y tiene razón pero nuestra posición difiere de esa idea cuando no se basa en hacer un juez más independiente sino más dependiente de una ética, moral y coraje reforzado por una sociedad y un judicial que acepta hacer *accountable* a los jueces supremos y éstos que acepten serlo.

¹⁰³⁷ WENCES y BONILLA (2014) p. 67.

el bien y evitar el mal y que recibe su aprobación desde una moral prescriptiva¹⁰³⁸. Desde esa perspectiva nos dice como debemos comportarnos y como deben comportarse los jueces ante las exigencias de la judicialización de la vida social, en la que hay bienes e intereses en juego en la tarea judicial que serán satisfechos según la calidad con la que sean prestados.

Si el comportamiento judicial se aleja del mal, la tensión, que existe entre independencia y *accountability* que surge cuando se las considera desde el sentido estructural del término, desaparece pues la preocupación se centrará en el propio sentido del juez respecto de la independencia y el sentimiento interno de *accountability* expresados en el coraje e integridad judicial¹⁰³⁹, ambos necesarios dentro de la creación de una cultura de *accountability*.

El primero representa la fuerza que puede tener un juez para soportar la presión e influencias incluso amenazas que no le permitan tomar una decisión de manera independiente. Es la fuerza, que lo llevará a hacer lo correcto y no velar solo por sus intereses. Para que esto no suceda, además del coraje judicial debe estar reforzado por la virtud del juez, por esa integridad judicial que permitirá al juez considerar los principios y valores que vienen desde sus bases morales, al momento de decidir.¹⁰⁴⁰

Estas virtudes o cualidades que devienen de la formación personal de un juez, de los valores y la personalidad, deben verse reflejadas en los procesos de selección y sanción, pero también en las expectativas formales e informales y en la deferencia que

¹⁰³⁸ SQUELLA (s/f) pp. 62-63, contrario a lo señalado, Weber considera que la fuerza legitimadora del derecho no procede en conexión con la moral que solo serviría para destruir su racionalidad formal, pero del estudio de ese formalismo Weberiano es posible extraer una teoría moral en el que se acepta la racionalidad del derecho en un sentido moralmente neutral. Si embargo, esta legitimación legal es realizada por implicaciones morales y ahí es donde podemos señalar a los valores como la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley que para Adela Cortina (2000) pp. 171-179, dan la posibilidad de someter estos principios a una prueba discursiva haciendo posible su legitimación racional y no moralmente neutral, evitando reducir a lo moral a una forma deficiente de derecho, lo que para Habermas resultaría siendo la relación de complementación y no de identificación entre lo moral y el derecho que se serviría del poder coactivo del derecho para reforzar la inseguridad del procedimiento moral.

¹⁰³⁹ PIMENTEL (2009) p. 22

¹⁰⁴⁰ Ídem.

cada sociedad le otorgue a sus jueces y al judicial. Ello se traduce en contar con un proceso de selección que permita la selección de jueces que demuestren poseer las cualidades de coraje e integridad,¹⁰⁴¹ como rasgos de carácter y que los hace más idóneos para ejercer la función judicial¹⁰⁴².

En definitiva, las consecuencias del actuar judicial impactan directamente en una sociedad y su resultado se traduce en perjuicio o beneficio. En Chile estamos frente a lo que Weber¹⁰⁴³ llama la decisión del Kadí: caracterizada por una espontaneidad no sometida a razones justificatorias públicas ni preexistentes en el que las decisiones pueden ser formas “*legalistas-literales* o *clientelistas-profesionales*” en las que falta claridad sobre los fundamentos utilizados para la resolución de los casos, y en los que a veces priman criterios vinculados más a las necesidades de las partes¹⁰⁴⁴.

Los juristas conforman principios que pueden exceder la normativa primitiva, muchas veces pueden reemplazar esas normas por estos principios, entonces la calidad de las decisiones judiciales al final está constituida por una serie de factores que no se relaciona solo con la norma aplicable, sino por otras variables subjetivas personales, del entorno político y también del social.

A pesar de ello, parece predominar una actitud discreta en la que en forma mínima y casuística se dan a conocer los principios y explicaciones que guían sus decisiones, mostrando con ello, una tradición judicial con rasgos acentuados, y como lo dijimos en párrafos anteriores, de excesiva independencia que se convierte en un corporativismo prescindente que lo que hace es transgredir y prescindir de valores éticos y convicciones morales¹⁰⁴⁵ que afectan la calidad o profesionalización de los

¹⁰⁴¹ PIMENTEL (2009) pp. 22-24.

¹⁰⁴² VIGO (2006) p. 278.

¹⁰⁴³ WEBER (2014) pp. 393. Juez mulsumán que resolvía los casos puestos en su conocimiento de acuerdo a la tradición pero había un margen muy grande para su libre interpretación...*resolvía sus casos con puntos de vista jurídicamente informales e irracionales de equidad y justicia para cada caso particular y además con consideración a la persona. Nota de pie (88).*

¹⁰⁴⁴ RUIZ TAGLE (1999) p. 140.

¹⁰⁴⁵ PEÑA (1994) pp. 67-68.

jueces, lo que hace aun más imprescindible el hablar de la necesidad de crear una cultura de *accountability* porque como señala Adela Cortina, -sin convicción fundada por parte del sujeto que ha de asumir la naturaleza compuesta de virtudes y actitudes todo adiestramiento es vano¹⁰⁴⁶.

Cuando nos referimos, a la cultura jurídica estábamos frente a los valores, convicciones, actitudes, creencias, hábitos y opiniones compartidos ampliamente por quienes forman parte del proceso de sistematización del Derecho y por quienes, aun cuando no intervienen en la actividad jurídica, presionan e influyen en el sistema legal. Esta influencia recae en un valor¹⁰⁴⁷ constitucional valioso de alcanzar, cual es la independencia judicial y cuyo objetivo es resguardar al Poder Judicial de la intromisión del ejecutivo, de la influencia del legislativo y para que los jueces en quienes recaé este valor, resuelvan los asuntos puestos en su conocimiento, con imparcialidad, basando sus decisiones en los hechos pero en consonancia con el derecho, sin influencias, alicientes amenazas o intromisiones indebidas que puedan menoscabar ese valor fundamental de la administración de justicia¹⁰⁴⁸.

Señalamos también que la naturaleza relacional que se da entre ambas, cultura-independencia judicial ha sido denominada por Shimon Shetreet “*cultura de Independencia*”¹⁰⁴⁹, vínculo, que dice este autor, se sustenta en cinco pilares: Creación de una estructura institucional, el establecimiento de una infraestructura constitucional, la introducción de provisiones legislativas y resguardos constitucionales, creando facultades adjudicativas y jurisprudencia y finalmente los estándares éticos o códigos de conducta. A estos cinco pilares añadimos uno que denominamos el apoyo real de la sociedad a las Cortes y que relacionamos con la protección en la práctica de la cultura jurídica a la independencia judicial que no solo existe porque hay una estructura y organización institucional que la respalda o porque los jueces digan que son

¹⁰⁴⁶ CORTINA (2000) p. 33.

¹⁰⁴⁷ El profesor Agustín Squella (2007) p. 5, en su análisis de los tipos de independencia judicial señala que la independencia es vista como un principio aunque en un sentido o uso bien preciso.

¹⁰⁴⁸ Estándares Internacionales de la Independencia Judicial.

¹⁰⁴⁹ SHETREET (2012) pp. 17-18.

independientes, sino porque existe además un blindaje, una protección incondicional a la independencia judicial concebida como una libertad sin influencias ni control implicando con ello casi una autonomía imbatible.

Si consideramos este contexto pero además lo señalado en el capítulo dos de este trabajo en el que se consideran los mecanismos existentes para hacer *accountable* a los jueces, algunos de ellos establecidos en la norma constitucional chilena como el *impeachment*, y vemos que en la práctica el judicial no da a conocer lo que se hizo o lo que quedó pendiente de hacer, lo que claramente no es un *accountability* en los términos explicados en el capítulo primero, razón por la que mantuvimos el término en inglés, la necesidad de creación y mantenimiento de una cultura de *accountability* judicial, resulta imprescindible como una forma de entender y aceptar que los cambios normativos o estructurales no se producen y si lo hacen su impacto no es tan significativo, sino se cambian creencias y actitudes acerca del derecho.

Ahora bien, la cultura jurídica es un complejo entramado de Derecho, Política e instituciones, amalgamadas por ese cimiento que son las creencias, los valores, los imaginarios, los símbolos y visiones. Es decir, que las normas, las instituciones, las actitudes y comportamientos políticos están sustentados en esas creencias, valores, imaginarios y visiones que sobre si mismas forman las sociedades y que permiten la vida en común. Más específicamente, se puede decir que la cultura jurídica traza la forma como las sociedades han producido, en momentos determinados de su historia, fórmulas capaces de realizar y dar sustancia a la idea de justicia.

Existen entonces mecanismos tradicionales y nuevos, existe también una cultura judicial interna y externa de valores y creencias sobre el rol judicial. Dentro de una cultura legalista como la descrita en el análisis preliminar, resulta importante hacer un análisis sobre cómo estos valores han ido moldeando el comportamiento en la práctica (en sus decisiones) de la función judicial de la Corte Suprema chilena.

PARTE II
CAPITULO IV

***ACCOUNTABILITY* JUDICIAL COMO CONTROL DE LAS DECISIONES DE
LA CORTE SUPREMA EN UNA CULTURA LEGALISTA**

4.- Una protección histórica

Es propio en toda sociedad democrática¹⁰⁵⁰ tener jueces que sean independientes, personal y funcionalmente, a la hora de dictar sus fallos, significando con ello que “... *la función judicial debe estar libre de influencias e intervenciones extrañas*” y de todo tipo de poder¹⁰⁵¹, pero siempre dependiente de la ley. ¿Cuán dependiente? Eso dependerá principalmente de la caracterización de la cultura legal, que en Chile está dada por la aceptación de una función jurisdiccional de orden legalista¹⁰⁵² y logicista y que, aun cuando reconoce la existencia de consideraciones valorativas en las decisiones judiciales, blinda desde los inicios de la República a su más alto Tribunal - Corte Suprema-.

Si bien el Poder Judicial depende económicamente de los otros poderes del Estado y el nombramiento de quienes ocuparán la Corte y remoción de tipo político y constitucional de los jueces supremos dependen tanto del Presidente de la República como del legislativo –Cámara de Diputados y Senadores-. Su configuración en la Carta Constitucional muestra una marcada independencia¹⁰⁵³, reforzada por una cultura jurídica institucional y práctica asociada a una suerte de corporativismo a cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema. Respecto de esta independencia, habitualmente presentada

¹⁰⁵⁰ Esta relación deviene señala Dieter Simon (1985) p.11, de la idea indisoluble de la concepción de Estado constitucional; *Cfr.* Karl Loewenstein (1986) p. 294, señala en su Teoría de la Constitución que: “*la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones...constituye la piedra final en el edificio del Estado Democrático Constitucional de Derecho*”.

¹⁰⁵¹ LOEWESTEIN p. 294; *Cfr.* SIMON (1985) p. 11.

¹⁰⁵² Relacionada con la definición formal de la ley. BARAONA (2010) p. 444.

¹⁰⁵³ BORDALI (2003) p. 159.

como un principio fundamental en un ordenamiento jurídico¹⁰⁵⁴, se han introducido a lo largo de la historia constitucional chilena varios cambios dirigidos a mejorar las condiciones institucionales y reforzar así la independencia judicial, funcional y personal de los jueces supremos.

Algunas de las medidas adoptadas se ven reflejadas en el establecimiento de periodos fijos para los altos magistrados, mejoras salariales y otras garantías que si bien refuerzan su independencia, no admiten responsabilidades y no permiten la aplicación de un *accountability* judicial, y con esto no es que pretendamos siquiera sugerir tener jueces supremos dependientes, sino cuya independencia no sea tan extensa, ni extrema que les permita abusar del poder¹⁰⁵⁵ y estar más atentos a sus intereses que a los de los ciudadanos a quienes deben servir.

Desde la cultura jurídica externa¹⁰⁵⁶ no es fácil diferenciar la independencia de la función judicial, es decir, de la “función de juzgar y el carácter neutral del juez en la vida de la sociedad”¹⁰⁵⁷. Sobre todo en lo que respecta al juez supremo. De ahí que, la cultura externa va perdiendo la confianza, aumentando así la percepción de desconfianza¹⁰⁵⁸ que siente la sociedad cuando por un lado se sostiene que los jueces no crean Derecho y por el otro eventualmente si lo hacen, y la sociedad se da cuenta de

¹⁰⁵⁴ La independencia judicial es también entendida como un principio político relacionado con la Separación de Poderes del Estado, Independencia del Poder Judicial, SQUELLA (2007) p. 5.

¹⁰⁵⁵ BORDALÍ (2003) pp. 163. Esta preocupación también surge desde el Poder Judicial cuando señala – “...se trata de lograr que los jueces no tengan una dependencia excesiva del Gobierno y del Poder Legislativo, pero tampoco que esa independencia derive en la creación de un cuerpo estamental impermeable a los valores y necesidades sociales”.

¹⁰⁵⁶ Prensa instituciones autónomas, grupos de ciudadanos, y todos quienes no se encuentran dentro del sistema judicial.

¹⁰⁵⁷ CHAIRES (2004) p. 528; Cfr. Agustín Squella (2007) p. 6, señala que una cosa es la autonomía del Poder Judicial en general y la autonomía de que tienen los órganos jurisdiccionales.

¹⁰⁵⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONOMICO (OECD) (2017) p. 232; Cfr. CNN Chile https://www.cnnchile.com/pais/estudio-termometro-social-confianza-bomberos-partidos-politicos_20191104/; Cfr. MORI (Market Opinion Research International) Confianza en las instituciones de la Democracia (2018-2019) http://morichile.cl/wp-content/uploads/2019/05/INFORME_BAROMETRO_DE_LAPOLITICA_2019.pdf Se puede visualizar una baja en la confianza en el Poder Judicial de 31 (2018) a 13 (2019). Esta tendencia también se puede visualizar en el estudio “Confianza en las Instituciones” (1990-2019) en el que el Poder Judicial sufre una caída de 44 a 8 puntos.

ello¹⁰⁵⁹ o cuando se estima que el sistema es permeable a cierto grado de corrupción¹⁰⁶⁰ o bien cuando su actuación en un régimen no constitucional es cuestionada.

Contrario a ello, en la cultura jurídica interna, la Corte Suprema defiende su propia independencia como órgano que necesita de *absoluta autonomía, para no contaminarse con el mundo político* lo que le ha permitido, en sus actuaciones, mantenerse alejada de la intervención de los otros poderes políticos para cumplir con su función de aplicar la ley.¹⁰⁶¹ Hace énfasis en la importancia de perpetuar una autonomía absoluta pero además de su comportamiento objetivo a la hora de decidir, se ven a si mismos como autónomos en la aplicación de la ley, independiente de que ésta sea justa o no¹⁰⁶².

Sin embargo, de la contraposición de éstas dos culturas jurídicas cabe observar que ambas coinciden en priorizar la independencia respecto del *accountability* judicial como mecanismo de control de las decisiones de la Corte Suprema, convirtiéndola en una institución suprallegal y supraconstitucional¹⁰⁶³ que se ha abierto paso desde sus orígenes con un modo muy chileno, con un *ethos* cultural propio. Ello le permitió consolidarse por la fuerza de los hechos volviéndola permanente e intocable¹⁰⁶⁴, a pesar de que en una cultura legalista, puede existir la posibilidad de aplicar en sus decisiones otros factores distintos a la ley misma.

Lo expuesto nos hace suponer que la independencia de la Corte Suprema no solo se encuentra en la norma positiva, pues el poder real que detenta, muchas veces no es el resultado de convenciones constitucionales o prácticas informales sino en cómo operan

¹⁰⁵⁹ LARRAIN (2002) p. 536; *Cfr.* Para Alberto Binder (2007) p. 6, si bien hay una configuración histórica de legalidad en América Latina, no resulta suficiente en cuanto al desarrollo de la cultura jurídica actual, se hace necesario un esquema de análisis que permita superar el desaliento que produce la constatación del incumplimiento de leyes cuyo sentido es evidente, desaliento que aparece cuando la sociedad puede constatar que los jueces supremos hacen derecho.

¹⁰⁶⁰ MORA (2003) p. 42.

¹⁰⁶¹ CORREA (1988) p. 81.

¹⁰⁶² *Ibidem.* p. 88.

¹⁰⁶³ Viene del término utilizado por Richard Posner en su análisis de la Corte Suprema Americana. *Supra* nota de pie N° 5.

¹⁰⁶⁴ BRAVO (2003) p. 537.

los mecanismos de *accountability* en la práctica ¹⁰⁶⁵. Estos no son necesariamente consecuencia directa de la ley, lo que significa que puede haber una gran diferencia entre lo que establece la ley y lo que en realidad ocurre. El poder de los jueces no ha pasado de una visión ingenua que supone que su poder les viene directamente de la ley, cuando podría ser lo contrario¹⁰⁶⁶ y que su poder efectivo derive más bien, de la fuerza normativa¹⁰⁶⁷.

A nuestro entender, justificar lo señalado requiere del análisis de tres aspectos importantes que debemos considerar y que se encuentran relacionados con la cultura jurídica proteccionista de la independencia judicial de la Corte Suprema chilena: El modo en el que se ha gestado la cultura jurídica y como en ella se va configurando lo jurídico y dentro de él lo judicial remontándonos a los orígenes de la Corte Suprema para ver desde la amplia mirada de la cultura jurídica los aspectos que influenciaron en su configuración como una institución independiente, hoy convertida en un órgano supralegal; la función jurisdiccional relacionada con la decisión judicial en los casos difíciles caracterizada por sentencias no motivadas heredadas desde 1768¹⁰⁶⁸; y la no aplicación de los mecanismos de control existentes a través de los cuales se le puede exigir dar explicaciones por sus decisiones, significando con ello, que aun cuando el Derecho lo exige, los hechos lo niegan.

4.1 Independencia judicial de la Corte Suprema chilena

Para dar cuenta de la gestación de la Corte Suprema y las ideas que en ella influyeron para la aplicación y el modo de entender el Derecho por quienes lo operan, es menester hacer mención a la recepción de la cultura jurídica europea. Más aun cuando la cultura jurídica chilena debió enfrentarse a etapas intermedias de cambio y

¹⁰⁶⁵ KOSAR (2013) p. 14.

¹⁰⁶⁶ LINARES (2003) p. 113.

¹⁰⁶⁷ BINDER (2001) p. 10.

¹⁰⁶⁸ Con la prohibición del Rey Carlos III a los jueces y a la Audiencia de motivar las sentencias ALDUNATE (2001) p. 193.

continuidad como son el tránsito del *ius comune* a la codificación^{1069 1070}, etapas en la que los letrados fijan su visión del derecho acorde a la enseñanza recibida en las aulas representando una forma diferente de mirar y aplicar el derecho, generándose así un contraste en la formación jurídica de cada generación¹⁰⁷¹.

Dentro de las diferentes etapas de cambio y recambio tenemos la primera etapa de cambio, en la que se recibió no solo el Derecho Común sino las corrientes jurídicas y filosóficas del viejo mundo transmitidas a través de la enseñanza universitaria y la literatura jurídica¹⁰⁷² que aparece entre los siglos XVI y XVII. En lo que concierne a la práctica el Derecho Común y el Derecho Romano-Canónico como constitución del *Utrumque ius*, penetraron no solo en lo que respecta a los letrados que litigaban en los tribunales, sino también, en los ministros de la Real Audiencia de Santiago¹⁰⁷³, cuyo antecedente indirecto se remontan a 1565 con la creación de la Real Audiencia de Concepción cuya vida fue efímera y sustituida en 1606.¹⁰⁷⁴

Esta herencia, le imprime a la cultura legal chilena dos características fundamentales que influyeron en el rol que posteriormente tendría la Corte Suprema y que luego se vio reforzada por el afrancesamiento de la cultura jurídica y la adopción de las ideas iusracionalistas que la llevaron a la codificación y la ruptura con el derecho antiguo¹⁰⁷⁵ heredado de la colonia. Una de esas características se puede ver en su independencia con un rasgo monárquico existente a la llegada de la República¹⁰⁷⁶ que

¹⁰⁶⁹ CERON (2011) p. 96.

¹⁰⁷⁰ GRANDON (1993) pp. 29-30, en su libro “*La Cultura Jurídica en la Nueva España*” señala que la América Hispana recibió el *ius comune* a través de las Siete Partidas convirtiéndose en el primer cuerpo de Derecho Privado. La edición glosada en Chile se debe a Gregorio López.

¹⁰⁷¹ DOUGNAC y CERON (2016) p. 68.

¹⁰⁷² Dentro de la literatura jurídica se encuentran libros de Tomás Thayer Ojeda, Aniceto Almeyda, Emilio Vaisse, Mariano Egaña, María Eugenia Vega Godoy, humanistas jurídicos clásicos como, Elio Antonio de Lebrija (1442-1522), Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Jean Domat (1625-1696). Como iusnaturalistas se contaba con autores como Hugo Grocio (1583-1645), Samuel Puffendorf. Entre otros. BARRIENTOS (1993) p. 54.

¹⁰⁷³ Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1752) en uno de sus alegatos citó en ocho ocasiones el Digesto, en cinco el Código y en dos las Novelas. BARRIENTOS (1989) p. 107.

¹⁰⁷⁴ NAVARRO (2007) p. 1.

¹⁰⁷⁵ BARAONA (2010) p. 431.

¹⁰⁷⁶ ALDUNATE (2001) p. 193.

con el repliegue del *ius commune* da paso a la preeminencia de un derecho legislado¹⁰⁷⁷ ; y la otra relacionada con la inexistencia de un *accountability* judicial derivado del absolutismo judicial, en el que el juez juzgaba basado en las leyes invocadas genericamente y no interpretadas de manera concreta.

Como el *ius commune* era parte de la decisión, los jueces podían, y lo hacían, juzgar como lo desearan. No es que los mecanismos de sanción no existieran del todo, pero dado que el poder del juez y del rey se consideraban de poder divino, juzgarlos habría sido juzgar al monarca, entonces ante la imposibilidad de hacerlos responsables, se acudía a la ética.¹⁰⁷⁸

La conciencia de independencia, considerando el trabajo señero del profesor Bernardino Bravo Lira, nace desde el momento en el que la monarquía española a la cabeza del Rey Felipe III y a raíz de las dificultades con las que se enfrentaba la corona en la conquista de Chile, decide instalar tres instituciones: Un ejercito, un Presidente y una judicatura suprema. Con este cambio comienza una nueva etapa en la que la sociedad comienza a mirar la constitución y el derecho como propios y no impuestos desde afuera, lo que sirvió de base el nacimiento de un régimen original y propio en el que prima la contraposición¹⁰⁷⁹ entre el gobierno y la Audiencia como Supremo Tribunal a cargo de declarar el uso o abuso del poder y a través de ello, ir construyendo una constitución jurisdiccional propia a fuerza de resolver conflictos y experiencias acorde y al compas de las aspiraciones chilenas de aquella época.¹⁰⁸⁰

La separación entre la administración y justicia, se fue intensificando a medida que se consolidaba la división de la constitución jurisdiccional entre administración y judicatura tomando ésta última el papel de protectora de los gobernados mientras la

¹⁰⁷⁷ GARCIA (2009) p. 82.

¹⁰⁷⁸ PANTOJA (2010) pp. 9-12. Estudio de la Corte Suprema mexicana, nos sirve sin embargo, para mostrar la cultura legal de la Corte Suprema; Cfr: ALDUNATE (2001) pp. 193-196.

¹⁰⁷⁹ Como ejemplo de esa contraposición entre la Audiencia (Supremo Tribunal) y el Presidente (Ejecutivo) tenemos el caso de los apercibimientos (1630) y el estado de excepción (1648). BRAVO (2011) pp. 28-30.

¹⁰⁸⁰ BRAVO (2011) pp. 12-26.

administración adquiriría mayor predominio en la configuración de mejores condiciones de vida. Entonces la Audiencia tendría sus años de oro en la protección a las personas sin depender de la modificación de las leyes. Fue una época en la que el arbitrio judicial alcanzó su máximo auge con el rejuvenecimiento del derecho vigente.¹⁰⁸¹

El cambio en la cultura jurídica, a raíz de la transición de la judicatura indiana a la patria en la que Andrés Bello influyó a través de sus libros que se convirtieron en la base para la formación de juristas en el *iusracionalista*, dio paso a la tutela de la ley y a un derecho codificado¹⁰⁸², con la consecuente expansión de la administración a la cabeza de un Presidente como garante no solo del Estado sino también de derecho y el repliegue de la judicatura¹⁰⁸³ a materias judiciales dejando de lado su participación en el gobierno.

Así, la independencia de la judicatura comienza a reforzarse no solo con este cambio en la cultura, sino con la dictación de una serie de disposiciones que hasta nuestros días le permiten mantener una fisonomía propia como fundamento estable de su vida, y no es que desde la primera Constitución (1810) se hiciera mención a lo que hoy es la Corte Suprema, pues en ese rudimentario cuerpo legal conocido como el “Reglamento Provisional de la Junta Gubernativa” inicialmente se le dió el nombre de “Supremo Consejo de la Nación”.

En las siguientes constituciones partiendo por la de 1811, y llevados por la aspiración ferviente de los patriotas de reemplazar al Consejo de Indias, se crea el Tribunal Supremo Judicial al que en 1812¹⁰⁸⁴ a través del Reglamento Constitucional

¹⁰⁸¹ BRAVO (2011) p. 40. La mención a la Real Audiencia no significa que esta hubiese sido la directa antecesora de lo que hoy es la Corte Suprema de Justicia, se la cita porque a través de ella podemos ver la cultura jurídica reinante en ese tiempo.

¹⁰⁸² Adquirido por, lo que Jorge Baraona llama “*el afrancesamiento cultural de nuestro país*” (2010) p. 431. Y que introduce una serie de innovaciones que sirvió de base para la redacción del Código Civil chileno y para una nueva forma de concebir la justicia y al juez.

¹⁰⁸³ DOUGNAC y CERON (2016) p. 10.

¹⁰⁸⁴ Reglamento de 1812 es considerado por muchos autores como la primera Constitución de Chile, en el que se proclama la necesidad de dividir los poderes fijándoles sus límites respectivos. GALVEZ (1987) p. 70; Cfr. URBINA (1998) p. 221.

Provisional, se le entrega una facultad judicial exclusiva¹⁰⁸⁵ resultado del “*ensayo*” de *Constitución Fundacional del Estado inspirado en un toral principio de separación de poderes consagrando los principios de jurisdicción e independencia*”¹⁰⁸⁶, separación que sería posteriormente refrendada por la Constitución de 1818 con la organización de la judicatura como un *complejo jerárquico* en el que reside el Poder Judicial¹⁰⁸⁷. Pero no es sino después de ello, que en otros textos constitucionales se sistematiza su funcionamiento¹⁰⁸⁸ y su independencia que principalmente con Juan de Dios Vial presidente del citado tribunal en 1825 se va enrielando hacia lo que llegaría a ser en el futuro¹⁰⁸⁹.

Con Vial se afianza no solo como máximo tribunal sino su independencia en cuanto a efecto de las prerrogativas que realizaría frente a los otros poderes del estado, ejecutivo y legislativo. Entre 1822 y 1875 la judicatura se instala decididamente como un poder independiente, autónomo y soberano con la “*exclusiva potestad de aplicar las leyes con total independencia del ejecutivo*”^{1090,1091}.

Este reconocimiento explícito en la normativa constitucional se mantiene y se refuerza con la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales de 1875 en cuyas bases se intenta mantener el sistema de las instituciones judiciales que la cultura jurídica permitió construir y perfeccionar y a cuya cabeza se encontraba la Corte Suprema designada en 1823 como la primera magistratura judicial de Estado encargada de la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial de todos los tribunales y juzgados del país (art. 143), a la cabeza de insignes personalidades como Don Gregorio Argomedo, Lorenzo Villalón y Don Mariano Egaña como Procurador

¹⁰⁸⁵ LIRA (1934) p. 121. Si bien se constituye el tribunal, según señalan Antonio Dougnac y Roberto Cerón Reyes, no funcionó en la práctica (2016) p. 64.

¹⁰⁸⁶ ZUÑIGA (1998) p. 221.

¹⁰⁸⁷ VERDUGO (1976) p. 123.

¹⁰⁸⁸ Constitución moralista de 1823, el Reglamento de Administración de Justicia de 2 de junio de 1824, las Leyes Marianas, la Ley sobre nombramiento de jueces de 30 de diciembre de 1842 y la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875. DOUGNAC y CERON (2016) p. 10.

¹⁰⁸⁹ DOUGNAC y CERON (2016) pp. 61-64.

¹⁰⁹⁰ Artículo 158 de la Constitución de 1822.

¹⁰⁹¹ GALVEZ (1987) p. 70

Nacional,¹⁰⁹² todos titulados *utriusque iuris*¹⁰⁹³ en la Real Universidad de San Felipe.¹⁰⁹⁴ La facultad entregada a esta alta magistratura, se reprodujo y reconoció en los mismos términos en las constituciones siguientes (1825) hasta la constitución de 1980).

Este breve resumen histórico, nos permite mostrar que el reconocimiento de la independencia de la Corte Suprema arranca desde los inicios de la historia constitucional¹⁰⁹⁵, convirtiéndola en una institución supraconstitucional con una cultura legal que no pensaría siquiera en cambiar el estatuto de la judicatura aun cuando la constitución vigente, 1980, ha sufrido un centenar de modificaciones¹⁰⁹⁶. En 1828, el entonces Vicepresidente de la república Sr. Pinto, refiriéndose al Poder Judicial, señala que -será perfeccionado con la desaparición de las divergencias entre las necesidades de una república y las leyes monárquicas-, esta sentencia se desvanece cuando en 1875 la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales mantiene el sistema de las instituciones judiciales vigentes en ese momento¹⁰⁹⁷. Con ello, podemos reafirmar que la independencia no está dada solo por el derecho, sino también por los hechos, sobre todo cuando la cultura jurídica a través de interpretaciones extensivas ha profundizado el blindaje de la judicatura respecto del control de los poderes políticos y hoy de la sociedad, limitando el poder de acusar constitucionalmente a los ministros de la Corte Suprema.¹⁰⁹⁸

Esta característica histórica se mantuvo durante la dictadura aún incluso cuando Chile retorna a la democracia el año 1990. No se han hecho modificaciones sustanciales¹⁰⁹⁹ y esto le ha permitido a la Corte Suprema seguir conservando un

¹⁰⁹² NAVARRO (2007) p. 1.

¹⁰⁹³ Doctor en dos Grados Académicos (Derecho Civil y Derecho Canónico).

¹⁰⁹⁴ BRAVO, (2003) p. 539.

¹⁰⁹⁵ Como principio explícito se encuentra enunciado en el art. 12 del Código Orgánico de Tribunales y los arts. 6, 7, 73 y 76 de la Constitución Política del Estado.

¹⁰⁹⁶ BRAVO (2003) p. 537.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*. pp. 193-196. El Código Orgánico de los Tribunales tienen su origen gracias a los proyectos conocidos como Leyes Marianas redactadas por Mariano Egaña. MATUS (1999) p. 240.

¹⁰⁹⁸ FISS (1993) p. 57.

¹⁰⁹⁹ Exceptuando algunos aspectos tales como la administración de los recursos humanos, tecnológicos, financieros que si bien están bajo el paraguas de la Corte Suprema, son ejercidos por la Corporación

*autogobierno*¹¹⁰⁰ que le permite, dentro de la Organización Judicial, caracterizada por la jerarquía de sus resoluciones, ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, temas de gestión, ascensos, calificación del comportamiento profesional, “*incluso algunos aspectos de la vida personal de los jueces*”¹¹⁰¹. Pero por sobre todo deja a la judicatura con una “*autocomprensión del principio de independencia... que se refleja en prácticas culturales e institucionales*”, que resultan muchas de las veces en la exaltación de esa independencia como una prerrogativa de los jueces supremos.¹¹⁰² Esta cultura jurídica recibida de la Colonia como herencia estructural y legalista-¹¹⁰³ y su visión del fenómeno jurídico permanece en cada generación de letrados como un fiel reflejo de entender y aplicar el derecho.

4.2.- La función judicial ¿cómo deciden los jueces supremos?

Señalamos que en lo jurídico la herencia recibida es de un constitucionalismo clásico y tradición codificadora de las élites decimonónicas, matizado por una ideología positivista recibida a través de Andrés Bello y su ideología conservadora influenciada por las ideas codificadoras de su época. Características que hicieron de la Corte Suprema una institución con una autocomprensión del principio de independencia que a lo largo de la historia constitucional le ha permitido convertirse en una institución suprallegal.

Esta ideología positivista en la aplicación del Derecho asegura la primacía de las leyes sin pensar en quienes exigen su cumplimiento, dándose paso a los que se ha denominado derecho legislado y que sirvió de base para la gestación de la mentalidad

Administrativa del Poder Judicial organismo que cuenta con personalidad jurídica pero que depende de la Corte Suprema. GARCIA (2009) p. 99.

¹¹⁰⁰ BORDALI (2003) pp.160-162; *Cfr.* ALDUNATE (2001) pp. 197, “*La Constitución Monárquica del Poder Judicial*”.

¹¹⁰¹ VARGAS (2007) p.12.

¹¹⁰² Entre las facultades no jurisdiccionales se tienen: el poder de remoción a jueces, calificación anual, la administración de los recursos materiales y personal destinado al funcionamiento del Poder Judicial, la potestad disciplinaria, Avocación oficiosa de temas disciplinarios, potestad normativa reglamentaria especial, carrera judicial, poderes de tipo político, la inspección a tribunales. ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CHILE (2017) pp. 8-12; *Cfr.* CAROCA (1998) p. 198.

¹¹⁰³ GARCIA (2009) p. 82; *Cfr.* BRAVO (2014) p. 93, principalmente sobre el legalismo heredado.

jurídica chilena¹¹⁰⁴. Como se quiera esta influencia ha impreso un sello muy particular en las funciones de la Corte Suprema, en su rol de tribunal superior instituido desde 1823. Su misión se encuentra caracterizada por tres funciones relacionadas con: la resolución de litigios sobre la base de la ley, la protección de los derechos de las personas y el control de la actuación de los otros poderes del Estado¹¹⁰⁵.

Sobre las dos primeras, y considerando la herencia formal positivista tres son las variantes en la aplicación de la norma jurídica preexistente: que los jueces supremos apliquen la ley siguiendo reglas de lógica, que no se amarren a la ley en sus decisiones sino que tengan un espacio de discreción y finalmente que solo se preocupen por la interpretación correcta de la ley en cada caso en el que deban decidir¹¹⁰⁶. Considerando alguna o todas estas tres caracterizaciones, la Corte Suprema ha fundamentado sus decisiones.

Para la cultura jurídica interna, la Corte Suprema es y debe ser independiente porque sus decisiones se encuentran amarradas a la ley, comprensión que tiene su razón de ser no solo en los valores, creencias y estilos que se pasan a los nuevos miembros producto de la herencia jerárquica heredada de la colonia¹¹⁰⁷, sino también en una cultura jurídica que privilegia en la enseñanza del derecho la memorización de las normas abstractas¹¹⁰⁸.

Contrario a ello, la cultura externa se encuentra dividida cuando sostiene que la Corte Suprema actuó con pasividad frente a las atrocidades cometidas en los gobiernos dictatoriales dado su formalismo y legalismo positivista¹¹⁰⁹, y por otra que este Tribunal

¹¹⁰⁴ PEÑA (1994) p. 49.

¹¹⁰⁵ ZAPATA (2007) p. 3.

¹¹⁰⁶ Ante una posibilidad como esa autores como José Aguiló Regla consideran que esas actitudes son una ridiculización que han llevado incluso a hablar de una “jurisprudencia Gastronómica” haciendo un parangón con una decisión que depende de la buena o mala digestión de un Juez. (2003) p. 67.

¹¹⁰⁷ VARGAS y DUCE (2000) p. 7.v.g. de ello, se tiene en los resultados obtenidos en la selección y formación de jueces de carrera a través de la Academia Judicial, en cuya formación participaron magistrados y académicos con un resultado que refuerza el sentimiento de independencia.

¹¹⁰⁸ BARAONA (2010) p. 435.

¹¹⁰⁹ ZAPATA (2007) p. 9; *Cfr.* BARAONA (2010) p. 434; *Cfr.* Para Bernardino Bravo Lira, el legalismo es un punto importante en la postergación de la que ha sido objeto la judicatura, es un legalismo tan

hace caso omiso a la norma legal o en su interpretación la adecúan para decidir guiado por sus propias preferencias¹¹¹⁰: “*primero deciden y luego racionalizan esa misma decisión. Es decir, presentan la decisión como si hubiera estado motivada por el Derecho*”¹¹¹¹

Dentro de esas dimensiones en las que se encuentra la comprensión de la decisión judicial, podemos identificar tres aspectos importantes: el primero dado por la autocomprensión de su independencia que le ha permitido modificar, sin necesidad de una ley o reforma judicial, las bases de sus decisiones; el segundo relacionado con el incumplimiento con su misión de protección de los derechos de las personas y resolución de conflictos, dejando así cuestiones de justicia sustantiva mal resueltas principalmente en lo que respecta a los casos difíciles, y el tercero relacionado con la capacidad que ha tenido la Corte Suprema de fortalecer su independencia tanto que aun cuando la cultura jurídica externa cuestiona sus decisiones, en la práctica no ha podido hacerla *accountable* por ninguno de los aspectos antes mencionados.

Cuando se instituyó este Alto Tribunal, sus competencias iniciales tenían como finalidad la protección de las personas frente al gobierno, similar a la competencia *a gravamine* de la Real Audiencia. Dado sin embargo, que sus ministros no tenían el recargo de trabajo que sus pares, los de la Corte de Apelaciones, en 1835 se decide entregarle la apelación en temas de crimen y de hacienda. Posterior a ello, se le entrega el recurso de *habeas corpus* como una medida de protección contra los abusos de poder. Recurso que no pudo ponerse en práctica, por la falta de una ley que determinara el tribunal competente para hacerlo.

La entrada de la codificación y con ella una cultura legalista, marca la diferencia entre los jueces indianos y sus deseos de hacer justicia y sus pares los jueces de este

arraigado en el judicial que esta mentalidad no puede ser revertida por una simple reforma judicial. (1992) p. 101; *Cfr.* CAROCA (1998) p. 206.

¹¹¹⁰ GARCIA-HUIDOBRO (2002) p. 452.

¹¹¹¹ BURGOS (2003) p. 67.

máximo tribunal preocupados por el solo cumplimiento de la ley y la fundamentación de derecho de sus sentencias. Podían haber buscado el hacer justicia en un caso concreto, sobre todo si consideramos que hasta 1837 no había la necesidad de fundamentarlas¹¹¹².¹¹¹³

Sin embargo y aun cuando en 1879 se aprobó la norma que entregaba efectivamente la aplicación del recurso de *habeas corpus*. La Corte Suprema no obstante de ello, no lo pudo operar a la espera de la aprobación de la disposición que determinara las garantías de la libertad individual. Mientras, tanto los abusos de poder por detenciones arbitrarias se extendieron a casos de privación de la vida.¹¹¹⁴ Estas expresiones muestran la autolimitación de los jueces supremos a la norma legal. En la práctica jurisprudencial de los años 1840 y 1850 gracias a la libertad de movimiento, llegan a dictar sus sentencias ya no con apego estricto a la ley, sino con matices interpretativos de la norma y de otras fuentes, con un *espíritu creativo que iba mucho más allá del sumiso sometimiento a la letra de la norma positiva*, llegando al uso de razones de justicia.¹¹¹⁵

Ya como tribunal de casación en el fondo luego de la aprobación del Código de Enjuiciamiento que introdujo este recurso, el alto tribunal se disocia del *ius commune* y centra sus resoluciones a fijar el sentido de la ley. Con esta nueva función se deja de lado las competencias a *gravamine* que permite la protección a las personas pero también la de los asuntos civiles y criminales.

El Recurso de Casación debía convertirse en la función jurisdiccional por excelencia de la Corte Suprema y el camino para uniformar la jurisprudencia y ser la última palabra en materia de interpretación. Sin embargo, la Corte se encarga de defender la ley sin conocer los hechos, juzgando únicamente sobre la revisión de las

¹¹¹² BURGOS (2003) p. 555.

¹¹¹³ BRAVO (2003) pp. 544-545.

¹¹¹⁴ *Ibidem*. p. 541.

¹¹¹⁵ BRAHM (1990) p. 556.

violaciones o contravenciones a la norma positiva¹¹¹⁶, se constituye en una “*verdadera obra de ingeniería jurídica ligada al positivismo y destinada a hacer realidad la supremacía de la Ley sobre otras fuentes del ordenamiento jurídico*”¹¹¹⁷. Tanto es así que centra su función, especialmente, en la apreciación de los requisitos de admisibilidad y luego de procedencia del recurso, aplicando de manera rigurosa los requisitos de admisión¹¹¹⁸, dejando de lado la su función de unificar la jurisprudencia,¹¹¹⁹ al cerrar la puerta a muchos recursos sin antes revisar el fondo.

Paradójicamente, la Corte crea jurisprudencialmente el recurso de queja¹¹²⁰, sin precedente cercano en el derecho comparado. Con esta creación la Corte reconocía la posibilidad de modificar, o revocar a petición de parte y en cualquier momento, las resoluciones judiciales de los tribunales inferiores. Con este recurso adquiere la competencia de pronunciarse sobre las cuestiones de hecho y de derecho sin limitación alguna, pero por sobre todo, sin la obligación de motivar sus decisiones ni explicar el razonamiento jurídico que lo lleva a dictar sus sentencias. Y es cuando el recurso de casación es relegado a un segundo plano. Y la Corte Suprema se convierte en un tribunal de queja.¹¹²¹

Ante el excesivo control de los requisitos formales y el rechazo del recurso de casación, en 1989 a través de la Ley 18.882 modificatoria del Código de Procedimiento Civil se introducen cambios al artículo 781°, en el que se establece que el no mencionar todas las leyes infringidas o haberlo hecho con error no impedía el conocer el fondo del

¹¹¹⁶ PANTOJA (2013) p. 21. Es un recurso que para Eugenio Valenzuela Somarriva además de reconocer como fundamento el derecho de las personas a la igualdad ante la ley a que su interpretación no sea caprichosa o arbitraria es principalmente el que debe dar certeza jurídica. (1991) p. 146.

¹¹¹⁷ CAROCA (1998) p. 203.

¹¹¹⁸ *Ibidem*. 206.

¹¹¹⁹ Autores como José Francisco García atribuye en parte esta situación a que a la Corte se le otorgaron una multiplicidad de roles que hacen imposible que se cumpla ese cometido. (2009) p. 81. Y hay quienes como Alex Caroca que considera que la Corte en el tiempo ha centrado sus “*funciones en las facultades que le hacían más cómodo y más fácil el ejercicio de la jurisdicción como poder absoluto*”. (1998) p. 200.

¹¹²⁰ Considerado como un recurso que vino a sustituir el recurso indiano de injusticia notoria para otros una tercera instancia en lugar del Recurso de Casación.

¹¹²¹ BRAVO (1992) p. 91.

recurso. A pesar de ello, esta modificación careció de efecto y la Corte siguió cerrando la puerta a muchos de los recursos interpuestos¹¹²².

Respecto de las decisiones relacionadas con el recurso de inaplicabilidad, para algunos autores, la Corte Suprema se encontraba incapacitada para comprender la relación entre Constitución y ley¹¹²³, lo que la llevó a dejar de lado o desechar los recursos interpuestos ante ella.

Del estudio realizado por Eugenio Valenzuela los recursos de inaplicabilidad fallados son mínimos, del total de recursos presentados -señala el autor-, a este recurso solo corresponde entre un 0.2% a un 0.6% lo que significaría que de cada mil fallos de dos a seis correspondieron al de inaplicabilidad, aun cuando este recurso es de suma importancia en un sistema positivo como el chileno en cuanto le faculta a la Corte Suprema a decidir si un precepto legal es o no contrario a la Constitución significando con ello la posibilidad de alcanzar el contrapeso necesario en el ejercicio del poder.¹¹²⁴

Bajo la premisa de que la ley la dicta el poder político-Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, y que el Poder Judicial, encabezado por la Corte Suprema, no debe discutir o dudar de la justicia que la ley encierra¹¹²⁵, la Corte Suprema como máximo exponente de esa cultura jurídica, ha prestado poco interés a sus funciones de control constitucional sobre todo si consideramos que la interpretación finalista de la norma constitucional resulta incompatible con el legalismo positivista al que representa. Claro está que las mismas razones descritas llevaron a la Corte a ignorar en la dictadura los cientos de amparos no recibidos, siendo ese formalismo positivista el causante en parte de esa pasividad y de la preminencia de un derecho legislado en su accionar.

¹¹²² CAROCA (1998) p. 208.

¹¹²³ BARAONA (2010) p. 445.

¹¹²⁴ VALENZUELA (1991) p. 159.

¹¹²⁵ VIAL citado por BRAVO (2003) p. 546.

Este recuento de las funciones judiciales no significa que el sistema no haya funcionado, o que la Corte Suprema no hubiese sido creativa¹¹²⁶ o podido, en ciertos períodos, acomodarse a las necesidades de la sociedad. Un ejemplo de ese acomodo lo encontramos en 1924, cuando a raíz de los acontecimientos sociales en que sectores de la sociedad comenzaron a obtener leyes o estatutos propios sin respeto del orden constitucional que promovía la aprobación de leyes generales, o cuando el poder lo asume una junta *de facto*, dando inicio a la aprobación de decretos leyes, y sorpresivamente vió su accionar refrendado por la Corte Suprema a través de la aprobación de esas normas, permitiendo con ello, una salida pacífica y la recuperación de la estabilidad institucional.¹¹²⁷ Algo semejante también ocurrió cuando la Corte Suprema creó el recurso de queja dejó de lado el legalismo positivista para inclinarse por la justicia sustituyendo el recurso de casación en el fondo por su desuso e inoperancia.

El cuestionamiento no va por desconocer los actos positivos en los que los jueces supremos pudieran haber participado, o si el sistema funciona o si todo se debe a la postergación a la que ha sido sometida la Corte Suprema a lo largo de su historia, sino por mostrar que a pesar de que el sistema pudiera haber funcionado, esa independencia extrema mostrada en situaciones como las descritas, significa que este alto tribunal libremente ha decidido y dejado materias sustantivas sin resolver, por lo menos mucho más de lo que debería ¹¹²⁸ y, por ello, no ha respondido y menos ha sido *accountable*.

Podríamos preguntarnos ¿por qué tanto legalismo cuando la función de la Corte Suprema ha hecho que el sistema en general funcione? Si miramos la historia, probablemente, los últimos años y como lo mencionamos en un capítulo anterior, el poder de las Cortes Judiciales ha ido en aumento. No son los jueces que solo dejan materias sustantivas sin resolver, o que crean recursos diferentes a los establecidos, sino

¹¹²⁶ BARAONA (2010) p. 434.

¹¹²⁷ BRAVO (2011) p. 61.

¹¹²⁸ BARAONA (2010) p. 445.

que han comenzado a interferir con sus decisiones¹¹²⁹ en las agendas del ejecutivo y legislativo. Se han convertido en reguladores y gestores de políticas públicas¹¹³⁰, se han alejado de sus funciones primigenias relacionadas con la protección de los derechos, la resolución de conflictos, el ser la última palabra en materia de interpretación de la ley, en uniformar la jurisprudencia y en establecer estándares de certeza jurídica¹¹³¹.

Los jueces no son independientes solo porque se autogobiernan, dado que en las decisiones judiciales puedan intervenir otros factores distintos a la ley misma; sino que son independientes, como resultado de convenciones constitucionales o prácticas informales y que no son consecuencia directa de la ley. Ello significa que puede haber una gran diferencia entre lo que la ley norma y lo que en realidad ocurre en la práctica de la decisión judicial.

La resolución de los casos difíciles parece ser una muestra de ello. El legalismo y ese apego ciego a la ley parecieran no siempre estar presentes¹¹³². Lo que significa, transportándonos a la teoría de la argumentación jurídica, que móviles psicológicos, contexto social, ideologías entre otras pueden transponerse a las razones que el juez tiene para justificar su decisión como correcta, esa transposición podría también significar que muchas veces los jueces primero deciden y luego justifican su decisión presentándola como si estuviera motivada por el Derecho.¹¹³³

¹¹²⁹ Influenciadas por sus propias preferencias políticas y persecución de fines extralegales asentados en preferencias ideológicas, culturales o propios intereses más que en la norma legal. Lo que en derecho comparado se conoce como “Activismo Judicial”, término introducido por Arthur Schlesinger Jr. en un artículo de la revista Fortune en enero de 1947, titulado “El Tribunal Supremo”. p.

¹¹³⁰ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) pp. 9-10.

¹¹³¹ GARCIA (2009) p. 83.

¹¹³² El Juez Cerda en su discurso con motivo de su nombramiento como Magistrado de la Corte Suprema (2014) ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado el día martes 15 de abril de 2014 señala: “...en la práctica cotidiana de la labor de los jueces, se constata que en el proceso de elaboración de la decisión jurisdiccional convergen, a la par con el elemento normativo tradicionalmente confinado, factores e ingredientes de distinta índole, según su fuente distintiva, a saber el casuístico, el sociológico, el propiamente normativo, el sistémico, el axiológico, el psicológico, el ideológico, el lógico, el ético y el consensual”.

¹¹³³ AGUILÓ (2002) pp. 66-67.

El respaldo de esta aseveración se encuentra en los intentos que se hicieron de juzgar de manera global las decisiones judiciales. De revisarlas y comentarlas de acuerdo a criterios de calidad que recaen en el amparo de un derecho fundamental, capaz de superar el poder de una de las partes y socorrer a la parte más débil cuando hay derechos comprometidos o en la consideración de la jurisprudencia como una contribución a la consolidación y avance democrático.¹¹³⁴

Son en estas decisiones en las que la función judicial parece tener problemas. La Corte Suprema pareciera que permite la vulneración de principios rectores del sistema institucional chileno y de los derechos fundamentales de las personas. Jorge Contesse se pregunta por las razones que motivan a la Corte Suprema a no mantener doctrinas consistentes a la hora de fallar casos similares, y se responde indicando que lo que falta es la argumentación que sostiene ese cambio y que por ello, seguimos frente a una *incógnita constitucional*.¹¹³⁵ Incógnita a la que se ha intentado, desde la doctrina judicial, responder¹¹³⁶. Para nosotros, las graves inconsistencias en su razonamiento jurídico provienen de esa autocomprensión de independencia judicial que tiene este Alto Tribunal y del soporte que en los hechos recibe de una cultura jurídica que valora su independencia y que le permite mantener un poder absoluto al modo de poder real con la seguridad de no tener que responder por ello.

¹¹³⁴ RUIZ TAGLE (2003) p. 68. Hay otros criterios que se utilizaron para comentar la calidad de las sentencias de la Corte Suprema uno de ellos se encuentra en el trabajo realizado por el Instituto Libertad y Desarrollo.

¹¹³⁵ CONTESSE (2005) p. 292.

¹¹³⁶ Ídem.

4.3.- *Accountability* judicial como control de las decisiones de la Corte Suprema. Un Poder Judicial de hecho

Con la aprobación de la Constitución de 1823, la Corte Suprema tiene la facultad de “ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva, económica y moral de todos los Tribunales de la Nación”¹¹³⁷ (Art. 146-148), facultad que fue reproducida en las constituciones siguientes y como no, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875. Y con esta facultad originaria es que la Corte Suprema comienza a desenvolver sus funciones. No todas desarrolladas de la misma manera, sino las que “*le hicieron más fácil el ejercicio de la jurisdicción como un poder absoluto*”¹¹³⁸ y dieron lugar a esa distorsión conceptual en la autocomprensión de la independencia arraigada en la comunidad jurídica y que se ve reflejada no solo en las prácticas culturales e institucionales¹¹³⁹ sino en la libertad con la que este alto tribunal decide.

Con estas facultades originarias, sin parangón conocido en la historia constitucional comparada, y con modo muy chileno ha logrado abrirse paso hasta consolidarse por la fuerza de los hechos en una institución independiente e intocable¹¹⁴⁰. Y lo dicho trae consigo los efectos negativos de la imposibilidad de aplicar un *accountability* judicial como mecanismo de control a sus decisiones.

4.3.1. *Accountability* de la Corte Suprema en la Constitución chilena

Los rasgos generales de la estructura judicial quedaron configurados en la Constitución de 1823. En ella, se establecen las atribuciones de la Corte Suprema con características del régimen monárquico español. ¿Qué sucede, sin embargo, con los mecanismos de sanción o de control como limitaciones a la función judicial? El sistema monárquico de administración de justicia sobre los mecanismos de sanción señalaba la separación o traslado del juez de su cargo y la postergación de la posibilidad de acceder

¹¹³⁷ BRAVO (2003) p. 535.

¹¹³⁸ CAROCA (1998) p. 200.

¹¹³⁹ ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CHILE (2017) p. 8.

¹¹⁴⁰ BRAVO (2003) p. 537.

a nuevos cargos, opción a la que tenían acceso quienes gozaban de la benevolencia del monarca.

Bajo este sistema, el Monarca retenía el gobierno judicial, dado que el Consejo Superior de Castilla (lo que sería la Corte Suprema) actuaba como órgano del Rey. Sin embargo, lo hacía sin responsabilidad alguna, pues se asumía que hacerlo era juzgar al propio monarca, impensable en esa época.¹¹⁴¹

Estas atribuciones originarias pasan a lo que hoy es la Corte Suprema, sin dejar de considerar que este supremo tribunal fue configurándose en el tiempo resultado de las *distintas visiones que le fueron incorporando distintos elementos*¹¹⁴². Sin embargo, y a pesar de la intenciones reformadoras de 1828 –“...veremos entonces desaparecer esa monstruosa disparidad que se observa entre las necesidades de la república y las leyes anticuadas de la Monarquía...”¹¹⁴³, en 1875 se aprueba la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales donde el ejecutivo lo que hace es mantener la conciencia monárquica,¹¹⁴⁴ Art. 133.- *La Corte Suprema tendrá el tratamiento de excelencia.*

Conciencia que durante la formación de la República, trata en mayor o menor medida de considerar la responsabilidad de los magistrados en todos los reglamentos constitucionales¹¹⁴⁵. Característica de la que no se excluye la ley de referencia, cuando señala en su Art. 137º que *“El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda*

¹¹⁴¹ ALDUNATE (2001) pp. 195-196.

¹¹⁴² CAROCA (1998) p. 191.

¹¹⁴³ Parte del mensaje del Vicepresidente de la República Francisco Antonio Pinto, citado por ALDUNATE, (2001) p. 199.

¹¹⁴⁴ ALDUNATE (2001) pp. 199-200; *Cfr.* DOUGNAC y CERON (2016) p. 55.

¹¹⁴⁵ El Reglamento Provisorio de la Junta Gubernativa de 1810 no considera una regulación respecto de la responsabilidad judicial, el resto, vale decir, las normas que la sucedieron, aun con ciertas deficiencias hacen alusión a la importancia de que los magistrados observen la norma, bajo pena, de no hacerlo, de alta traición, de remoción, destitución y censura como lo establecen, el Reglamento Provisional de la Junta Gubernativa de 1810, la Constitución de 1818, 1822 y 1823. VALENCIA (1951) pp. 37-154.

según la naturaleza y gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal". Norma que posteriormente sufre una modificación en 1943, con la Ley N° 7421 de 15 de junio de 1943 cuando en su artículo 324° añade *"Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia"*.¹¹⁴⁶

La norma Constitucional vigente, en su artículo 76°, hace responsables a los jueces en los mismos términos citados, pero excluye, al igual que el Código de los Tribunales a los miembros de la Corte Suprema, señalando que es una ley que determinará los casos y el modo de hacer efectiva esa responsabilidad. Ya en las Constituciones de 1828, 1925 y de 1980 se consideraba la posibilidad de hacer responsables, entre otros actores, a los Magistrados de la Corte Suprema, consagrándose así la responsabilidad política de los jueces supremos.

La interpretación de esta limitación, al parecer no tiene otra explicación que la de creer que la Corte Suprema *"jamás se desvía de una regla procesal, no deniegan justicia y siempre la administran rectamente"*. Privilegio, que *"se halla en que es difícil suponer en los más altos magistrados de la república un comportamiento de tal naturaleza y más difícil encontrar un órgano"* cuyas competencias sean suficientes para juzgarlos¹¹⁴⁷.

Sin embargo de ello y es importante señalarlo aun cuando esa restricción existe, las normas constitucionales dejan abierta la posibilidad de hacer responsables entre otros a los Magistrados de Justicia por obrar con *"notable abandono de deberes"*¹¹⁴⁸. Se da paso a la acusación constitucional o *impeachment*, entendido y lo dijimos anteriormente, como aquel mecanismo por el cual se penaliza a un juez particular por cualquier comportamiento errado al perder en su conducta la responsabilidad que se espera de él.

¹¹⁴⁶ Ley N° 7421 de 15 de Junio de 1943.

¹¹⁴⁷ VERDUGO et. al. (1997) p. 202.

¹¹⁴⁸ Constitución Política de la República de Chile Art. 52 inciso 2° c).

Este mecanismo tradicional, aun cuando la intención de quienes lo asimilaron al sistema jurídico chileno hubiese sido crear una figura preventiva ante el “peligro de lo arbitrio” al que podía llegar el ejercicio de las facultades otorgadas a los jueces supremos¹¹⁴⁹ y generar un balance casi perfecto entre el legislativo y el Poder Judicial por el que el primero podría remover a un juez supremo, la dificultad que encierra el proceso fue mayor e imposible de hacerlo, prácticamente casi nunca se lo pudo concretar.

Dentro de las limitaciones que presenta el proceso de investigar la conducta judicial, sea por notable abandono de deberes como lo establece la norma constitucional o asumiendo que por conducta impropia o porque tuvo una conducta objetable, al final probar esos hechos requiere el mismo nivel de prueba para superar el antejuicio de admisibilidad que se tiene como forma de protección a las denuncias o acusaciones infundadas.¹¹⁵⁰

Otra de las limitaciones más importantes se encuentra en el proceso de remoción de un juez de la Corte Suprema, para el que se requiere un alto grado de coordinación entre los miembros del legislativo¹¹⁵¹, lo que lamentablemente no siempre es posible de lograr. Y cuando se logra porque hay evidencia de una mala conducta, pasible de aplicar

¹¹⁴⁹ CAROCA (1998) p. 198.

¹¹⁵⁰ HORVITZ (2007) p. 10. En la Acusación Constitucional de 1868 en la sesión del Congreso el Diputado Lastarria hace alusión a este antejuicio cuando señala que se deben considerar dos situaciones diversas: Una proposición de acusación y la acusación misma en la primera se presentarán los detalles de la acusación para su posterior admisión o no por la Cámara. DONOSO (1993) p. 270.

¹¹⁵¹ Para la acusación constitucional se requiere inicialmente el acuerdo de por lo menos 10 diputados, una vez aprobada la acusación por la mayoría de la Cámara de Diputados se pasan los antecedentes a la de Senadores en la que se debe aprobar la acusación con un quórum de la mayoría de los senadores en ejercicio de sus funciones. VARGAS y DUCE (2000) p. 28. Así lo establece la Constitución Política del Estado en sus artículos 52° numeral 2 letra c) “Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: De los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes” y artículo 79°, que considera la prevaricación como causal de responsabilidad de los tribunales superiores como es la Corte Suprema.

la figura del *Impeachment*, lo que sucede es que los jueces renuncian antes de que se les inicie el proceso de destitución o remoción establecido en la norma constitucional¹¹⁵².

A todo lo descrito sumamos otras figuras tendientes también a proteger la independencia judicial entre ellas: la inamovilidad consagrada solo para los integrantes de los tribunales superiores de justicia, hasta los 75 años, mientras dure su buen comportamiento¹¹⁵³ y el proceso de nombramiento¹¹⁵⁴ consagrado igualmente en la carta política.

Cuando se señala como causal de una acusación constitucional el notable abandono de deberes, se tiene un término carente de definición canónica o positiva¹¹⁵⁵ lo que significa que definirlo sea de manera muy estrecha o muy amplia podría significar dejar de lado ciertas conductas o incluir otras que en realidad no necesariamente son malas, tal vez es por esa razón que los creadores de la constitución de 1833, o los de la constitución “pipiola” de 1828 como antecedente más remoto de dicha figura¹¹⁵⁶, han sido cuidadosos en no definir el concepto de notable abandono de deberes dada la cultura jurídica en ese entonces existente que amplió la supremacía reconocida a la Corte Suprema desde los primeros proyectos constitucionales y le entregó la facultad de juzgar las causas civiles y criminales restringiendo la participación del presidente o el Congreso a avocarse dichas causas y limitando la posibilidad de destitución de los miembros de los tribunales superiores¹¹⁵⁷, y hacerlos *accountable*.

¹¹⁵² COLBRAN (2003) p. 60.; *Cfr.* Para Catalina Smulovitz el procedimiento de impeachment es poco práctico. (2008) p. 27. En la Acusación de 1868, el Ministro de la Corte Suprema José Gabriel Palma ante la acusación iniciada por la Cámara de Diputados, presentó su solicitud de jubilación el 6 de noviembre de 1868. DONOSO (1993) p. 30

¹¹⁵³ A partir de 1830 se comienza a respetar la inamovilidad de los jueces periodo que duro hasta 1891. Ningún juez fue exonerado por el gobierno. Hasta años después (1891). BRAVO (2003) p. 539.

¹¹⁵⁴ El nombramiento de los Jueces supremos Art. 78° de Constitución Política de 2010 (Texto actualizado).

¹¹⁵⁵ ZUÑIGA (2014) pp. 14-15.

¹¹⁵⁶ *Ibidem.* p. 5.

¹¹⁵⁷ NOVOA (1878) p. 388; *Cfr.* RISOPATRON (1900) p. 16; DE RAMON (1989) p. 12.

4.3.2.- *Accountability* de los jueces supremos. ¿Funcionan los mecanismos tradicionales?

La Constitución chilena establece que un juez supremo solo podrá ser removido de su cargo siempre que se pruebe que en su conducta hizo un “notable abandono de deberes” o en su caso hubiese cometido prevaricato. De ello se colige que en cumplimiento de la norma constitucional a lo largo de su historia el Senado tuvo que haber iniciado algunos procesos de *impeachment* (acusación constitucional) a los jueces de la Corte Suprema por los fallos claramente contradictorios de los casos difíciles emitidos por el Alto Tribunal. Si bien hubieron períodos en los que en la cultura jurídica externa generó una visión desfavorable del Poder Judicial que dio lugar al inicio de acusaciones por notable abandono de deberes, éstos no llegaron al objetivo de sancionar la conducta judicial. Sin embargo, hubo algunos intentos que merecen ser mencionados, sobre todo porque muestran no solo la protección que la cultura jurídica otorga a la independencia judicial, sino la dificultad que, en la práctica, reviste la aplicación de los mecanismos existentes de *accountability*.

Entonces si de procesos acusatorios se trata en 1868, los Ministros de la Corte Suprema señores Manuel Montt presidente de la Corte, José Miguel Barriga, José Alejo Valenzuela y José Gabriel Palma fueron acusados por el entonces diputado Vicente Sanfuentes por notable abandono de deberes. Ante esa acusación, fueron varias las voces en el Congreso que emitieron su juicio.

De todas las participaciones, tres aspectos son importantes de destacar: Primero la aclaración sobre las dos etapas que se deben sortear del proceso de acusación constitucional, señaladas párrafos anteriores. La proposición de acusación que puede iniciar cualquier diputado vestido por su poder Constitucional ante la Comisión, la que informará a la cámara de su aceptación o rechazo. Segundo la interpretación que se hace de qué se debe entender por notable abandono de deberes que sale de la intervención del Diputado Santa María cuando señala que “*no basta el simple abandono de deberes*

puesto que la Constitución ha querido que sea notable, es decir continuado, persistente e incorregible...” y finalmente la férrea defensa a la independencia Judicial a través de expresiones que promueve el cuidado del decoro de la primera magistratura, de la asunción de que la administración de justicia es tan pura que no merece ser investigada o puesta en duda, del sin número de apoyos de Senadores, diputados incluso del ese entonces Presidente de la República, señor Joaquín Pérez, para concluir con el rechazo del Senado el 10 de mayo de 1869 de la acusación constitucional.¹¹⁵⁸

En 1967, un grupo de diputados del Partido Socialista, inició otro proceso de acusación Constitucional en contra de todos los magistrados de la Corte Suprema por notable abandono de deberes y graves infracciones de hecho y Derecho. La defensa por parte del Poder Judicial fue férrea al sostener la independencia y libertad que tienen los tribunales de resolver en sus sentencias y la limitación que el Parlamento tiene sobre la revisión de los fallos de la Judicatura en cumplimiento de la norma constitucional que determina que debe existir independencia entre los Poderes del Estado.¹¹⁵⁹

Más tarde cabe realzar que la acusación de 1992, recae en los argumentos esgrimidos por ambas Cámaras en los que se consideró una nueva interpretación del significado de notable abandono de deberes. A diferencia de los argumentos de 1868, se establece que el Congreso puede y debe analizar las sentencias de los tribunales superiores, sin que ello, signifique vulnerar la separación de poderes ni la independencia judicial pues, no se entraría a la revisión de los fundamentos para lograr su modificación o anulación sino solo será un elemento de hecho que le permita configurar la causal, con ello se da paso a la posibilidad del control externo de las decisiones judiciales por el Congreso.¹¹⁶⁰

Sin de cambios se trata, en septiembre de 1996, a petición de varios diputados se acusó a los Ministros de la Corte Suprema Eleodoro Ortiz, Enrique Zurita, Guillermo

¹¹⁵⁸ DONOSO (1993) pp. 268-307.

¹¹⁵⁹ AMUNATEGUI (2011) pp. 641-649.

¹¹⁶⁰ ALLENDE y LIZAMA (2004) pp.168-223.

Navas y Hernán Álvarez por indebida interpretación de la Ley de Amnistía, dicha acusación fue rechazada por la Cámara de Diputados¹¹⁶¹. Situación similar se presentó el 27 de julio de 1997 cuando diez diputados de la UDI, acusan al ese entonces Presidente de la Corte Suprema Don. Servando Jordán por intromisión abierta en la causa seguida contra los narcotraficantes dirigidos por Mario Silva Leiva, acusación que también fue rechazada el 10 de agosto del mismo año¹¹⁶². Posteriormente serían acusados los Ministros de la Corte Suprema Dn. Servando Jordán López¹¹⁶³, Osvaldo Faúndez y Enrique Zurita y Marcos Aburto, acusados por notable abandono de sus deberes (1997). Acusaciones que no prosperaron pues la Comisión para informar si procedía o no el proceso acusatorio dedicó su tiempo a debatir entre las diferencias que existen en un juicio político, y la acusación o juicio constitucional.

Estos procesos culminaron con la expulsión de un solo Ministro de la Corte Suprema, lo que evidencia que en los hechos la Corte aun cuando no se somete lo suficiente a la Constitución y a las normas jurídicas aprobadas, o va más allá de la voluntad de las autoridades democráticamente elegidas, que son quienes gozan del derecho de dictar las normas que rigen una sociedad, o en sus decisiones imponen sus preferencias o muestran inconsistencias en su razonamiento,¹¹⁶⁴ no son *accountable*, hecho que puede llegar a convertir a la Corte Suprema en una institución flotante ajena a cualquier control, y hacerla exenta de toda obligación de Account¹¹⁶⁵.

Si bien algunos de estos procesos han dado un impulso al cambio en la cultura jurídica interna la cual ha aceptado la modificación de la integración de la Corte

¹¹⁶¹ FUENZALIDA (2000) p.479.

¹¹⁶² *Ibidem*. p. 480.

¹¹⁶³ ALLENDE y LIZAMA (2004) p. 41.

¹¹⁶⁴ GARCÍA y VERDUGO (2013) pp. 24 -50. Se acusa a éstos jueces de activistas, de no seguir las normas acordadas por la comunidad política. Son decisiones en las que se dejan de utilizar las reglas tradicionales dando lugar a la aplicación de una moral extrajurídica que beneficiará a ciertos grupos, o que declarará ilegítima una norma emitida por el ejecutivo, para decidir un caso siguiendo lo que cree correcto, o justo.

¹¹⁶⁵ TOHARIA (2000) p. 42, específicamente señala “rendir cuentas” en lugar de *Account*; *Cfr.* RAMOS (s.f), p. 2. Como señalan Noonan y Kenneth, sobre la importancia de entender que los jueces no son oráculos.

Suprema, la creación de la Escuela Judicial para el perfeccionamiento de futuros jueces y la reforma al proceso penal, “la solidificación de esta convergencia”¹¹⁶⁶, el cambio cultural, respecto del *accountability judicial* como mecanismos de control todavía no se ha hecho patente, debido a las diferencias en la cultura legal que todavía existen e influyen en la forma en la que funcionan las instituciones y en el efecto que esto produce en la cultura externa, una cosa es como es la norma formal y otra como se vive esa norma.¹¹⁶⁷

¿Es posible hacer *accountable* a los jueces Supremos? Nuestra respuesta es negativa mientras la cultura legal blinde al judicial y no se modifique esa cultura legal que se aferra a la idea de que los jueces supremos no deben explicar, justificar ni recibir una sanción por sus decisiones. Si el *accountability judicial* se contrapone a esa independencia judicial férrea de la Corte Suprema, entonces se hace necesario introducir una cultura de *accountability*¹¹⁶⁸ a la ya existente cultura de independencia de los jueces supremos. Teoría versus realidad, cuán mecanicista o legalista es la cultura judicial chilena principalmente la relacionada con la Corte Suprema o por el contrario alejada del positivismo tradicional, se erige el imperio de los jueces, con una autocomprensión de su independencia. Respondernos a ello requiere de un estudio práctico (empírico).

¹¹⁶⁶ FUENZALIDA (2000) p. 482.

¹¹⁶⁷ FRIEDMAN (1969) p. 36.

¹¹⁶⁸ Señalamos que para ello es necesario el apoyo político y social pero además entender que la ética, la moral, el coraje, la integridad no pueden estar separados del Derecho y que todo ello debe contar con estándares de selección y remoción judicial adecuados a este fin.

CAPITULO V

EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL: LA REALIDAD A TRAVÉS DE SUS DECISIONES EN LOS CASOS DIFÍCILES

5.- Realidad del comportamiento judicial

Cuando de la aplicación o interpretación del derecho se trata, en Chile se tiene una imagen mecanicista¹¹⁶⁹ abalada por un dogmatismo positivista¹¹⁷⁰ y extremadamente formalista¹¹⁷¹, sustentado por una estructura legal jerárquica¹¹⁷², a cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema y una idea tradicional de que el Poder Judicial sino está sometido a la ley entonces estaría sometido a los otros Poderes Políticos¹¹⁷³.

Sobre esta tradicional forma de pensar de sometimiento dogmático no se sabe con la certeza necesaria si ha sufrido un gran cambio o un cambio suficiente para considerarlo una tendencia, lo que si es posible sostener, y lo señalamos con anterioridad en el presente trabajo, que sin duda la imagen del Juez Supremo sometido solo y únicamente a la ley si a cambiado. Ha quedado atrás la idea de aquel Juez Supremo que encarna una suerte de juez capaz de combinar la información fáctica y la norma legal positiva para llegar a producir, a través de sus decisiones, las soluciones adecuadas, las *respuestas verdaderas*¹¹⁷⁴.

Esto es posible vislumbrar en los que denominamos *casos difíciles*. Es como si los jueces supremos se hubieran cansado de responder a la tradicional discrecionalidad

¹¹⁶⁹ SQUELLA (1988) p. 42

¹¹⁷⁰ ZAPATA (2007) p. 9; *Cfr.* BARAONA (2010) p. 434; Para Bernardino Bravo Lira, el legalismo es un punto importante en la postergación de la que ha sido objeto la judicatura, es un legalismo tan arraigado en el judicial que esta mentalidad no puede ser revertida por una simple reforma judicial. (1992) p. 101.

¹¹⁷¹ GUERRERO (2013) p. 13.

¹¹⁷² VARGAS y DUCE (2000) p. 7, v.g. se tiene en los resultados obtenidos en la selección y formación de jueces de carrera a través de la Academia Judicial, en cuya formación participaron magistrados y académicos con un resultado que refuerza el sentimiento de independencia.

¹¹⁷³ BORDALI (2013) p. 609. “*Esa independencia se refiere también a que están sometidos exclusivamente a la ley y no a las instrucciones de otros órganos o tribunales*”.

¹¹⁷⁴ PRIETO (2005) pp. 11-13.

judicial o como lo cita la nueva Teoría del Derecho a la argumentación jurídica¹¹⁷⁵ que, en parte y como lo señala Prieto, “*llena el clamoroso vacío del positivismo tradicional*”, aun cuando su alcance todavía pueda ser discutido¹¹⁷⁶. Y no significa que todo les esté permitido o que estemos bajo *el imperio de los jueces*¹¹⁷⁷, pues las leyes existen aun cuando en su aplicación, en los casos difíciles, se haya visto mermada¹¹⁷⁸.

Tampoco se puede mantener la idea de que la argumentación teórica o la aplicación de principios constitucionales no conducen al juez a un subjetivismo arbitrario que pueden llevarlo a decidir con una racionalidad controlable con rasgos mínimos de discrecionalidad.¹¹⁷⁹ Para García y Verdugo, en la práctica aquel juez legalista, imparcial y capaz de encontrar la respuesta correcta despejada de prejuicios, se quita la máscara y basa sus decisiones ya no en la ley o preceptos constitucionales sino en un sentido de justicia basado en convicciones personales que van más allá de la norma¹¹⁸⁰ o, como Roberto Guerrero sostiene, que desvían su eficacia a la protección de derechos, a lograr reformas y/o soluciones a temas relacionados con el sistema político¹¹⁸¹.

En estos casos, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha cambiado, y con sus decisiones ha intentado modelar al Estado a veces sin apearse a las normas jurídicas o forzando su aplicación y otras argumentando su decisión con la influencia de sus propias convicciones.¹¹⁸² Este accionar, no parece significar un sometimiento a los otros poderes políticos, bajo la concepción tradicional de independencia judicial, entendida como ese valor constitucional que resguarda a la judicatura de la intromisión de los otros poderes

¹¹⁷⁵ En la actual Teoría del Derecho se pretende con ella llenar los vacíos del tradicional dogma positivista pero además blindar al juez con herramientas racionales que los aleje de tener que justificar “la discrecionalidad judicial” con silogismos subjetivos en lugar de hacerlo a través de un modelo de argumentación justo y correcto. PRIETO (2005) pp. 11-12.

¹¹⁷⁶ PRIETO (2005) p. 11.

¹¹⁷⁷ BEATSON (2008) p. 2.

¹¹⁷⁸ POSNER (2008) p. 11.

¹¹⁷⁹ PRIETO (2005) p. 15.

¹¹⁸⁰ GARCIA y VERDUGO (2013) p. 11.

¹¹⁸¹ GUERRERO (2013) p. 12.

¹¹⁸² Centrales hidroeléctricas Aysen, Central Termoeléctrica y Puerto Castilla, Central hidroeléctrica Cuervo entre otras.

y que le permite resolver los asuntos puestos en su conocimiento con imparcialidad y basándose en el Derecho. Por el contrario, nos parece que esa tradicional concepción de la independencia judicial, se ha abierto y ha dado paso a lo que señalamos en párrafos anteriores, a una autonomía imbatible dada por la autocomprensión de su independencia y una cultura jurídica que no ha podido hacerla *accountable*.

En las democracias modernas el poder de ese rol ha ido en aumento. La sociedad le asigna mayores responsabilidades¹¹⁸³. Eso ha significado que la otrora clara separación de poderes ha dejado de ser tan clara, debido a la divergencia entre la normativa, los principios que se supone deben guiar su comportamiento y práctica, y la expectativa social que puede considerar en ese rol una conducta muy activa o muy restringida. Y son claros los riesgos que de ella se puedan originar¹¹⁸⁴.

En ese entendido, un análisis sistemático de sus sentencias que permita la observación del accionar de la Corte Suprema fundado y positivo, no solo resulta siendo necesario sino fundamental, dada la importancia, como valor que la cultura legal del Chile moderno le da al rol democrático del juez,¹¹⁸⁵ dado que es la única institución con la responsabilidad de entrar a la escena política cuando el sistema necesita de límites. La sociedad chilena espera de este Alto Tribunal que a través de sus decisiones ponga término a los conflictos sometidos a su decisión y que ellas sirvan como fuente de derecho y regla que permita dar certeza de sus actos¹¹⁸⁶, sobre todo cuando los derechos se tornan sofisticados¹¹⁸⁷.

El legalismo ortodoxo señala que el gobierno es de las “leyes y no de los hombres” y hay quienes sostienen que si Dios no existe todo está permitido¹¹⁸⁸, la

¹¹⁸³ RUSSELL (2001) p. 2.

¹¹⁸⁴ Ídem, para los cientistas políticos la preocupación del rol judicial en las democracias modernas radica en el peligro que puede significar llevar la independencia judicial muy lejos o no hacerlo lo suficiente. Uno de los riesgos es la pérdida de confianza de la sociedad hacia los jueces.

¹¹⁸⁵ VERGARA (2015) p. 1.

¹¹⁸⁶ VERGARA (2018) p. 2

¹¹⁸⁷ FERMANDOIS (2005) pp. 15 y 16.

¹¹⁸⁸ KARAMAZOV, Ivan citado por Posner (2011) p. 11.

realidad es que ese formalismo jurídico existe, dice Posner, pero está confinado a los casos rutinarios. En las sociedades han surgido cambios importantes tanto en las fuentes del Derecho como en la relación jurídica, cuando la ley ya no es necesariamente la fuente de seguridad jurídica indiscutida utilizada por los jueces para resolver aquellos casos difíciles. Esto se puede evidenciar en las sentencias de la neomodernidad¹¹⁸⁹, en las que el juez ha buscado otras fuentes del Derecho y ello ha significado una redefinición de la ley como fuente única del mismo. El juez ya no es la boca que pronuncia ley, ahora son los principios, los usos y costumbres que, renovados, sustituyen los vacíos legales. *La ley ha mantenido su vigor pero ha perdido su reinado.*¹¹⁹⁰

Sin embargo, aun cuando ha perdido su vigor, las leyes existen, lo que significa que no todo le debe estar permitido¹¹⁹¹ al Juez Supremo. Entonces ¿cómo es que la cultura jurídica chilena da independencia y libertad a sus jueces para que tomen sus decisiones? y ¿qué es lo que estos Altos Magistrados han hecho con ella? Resulta fundamental responder, no porque la intención sea denostar la labor judicial, sino porque es necesario entender que los excesos deben ser pasibles de un *accountability* judicial.

No es que el análisis de las decisiones judiciales sea una tarea nueva dentro de la investigación jurídica¹¹⁹². Sin embargo, el aporte en este acápite es hacerlo a través del uso de una metodología que, si bien puede ser cercana al tradicional análisis de caso, desde la lectura exhaustiva que trata de encontrar hilos conductores para su análisis y comentario, ha sido poco aplicada en las ciencias jurídicas en Chile, y menos en el estudio de la jurisprudencia de los Altos Tribunales. Tal es el método de análisis de contenidos que, complementado con el uso de un software denominado Atlas.Ti, permite

¹¹⁸⁹ El término exacto utilizado por el Profesor Alejandro Vergara (2018) p. 22, en su análisis de la Teoría del Derecho es “neomoderno”. Con él define y trata de explicar lo sucedido en los últimos 40 años en la cultura legal chilena. Fija y describe un período específico en el que se dan transformaciones indesmentibles.

¹¹⁹⁰ VERGARA (2018) pp. 22-23.

¹¹⁹¹ POSNER (2011) p. 11.

¹¹⁹² Se tiene el trabajo realizado por la Academia que plasma en los libros titulados “Sentencias Destacadas” los aciertos y desaciertos de los Altos Tribunales de Justicia. LIBERTAD Y DESARROLLO (2004-2018).

un entendimiento más profundo de las decisiones judiciales, mediante un análisis comprensivo basado en el levantamiento de códigos y categorías posibles de replicar¹¹⁹³ que permiten producir redes semánticas que ilustran la argumentación judicial.

Nuestro estudio empírico, no realizar un examen exhaustivo de todas las sentencias del tribunal supremo, sino de un grupo¹¹⁹⁴ de sentencias preseleccionadas de lo que pretendemos demostrar. El caso seleccionado será analizado sobre la base de un orden lógico de códigos y categorías que nos permitirán sistematizar nuestra información de modo que podamos asegurar su replicabilidad a través la descripción exacta de la asignación de cada uno de los códigos establecidos.

Nuestras conclusiones serán el resultado de un sistema de codificación basado en un método inductivo de lectura del material objeto de análisis.

5.1. La jurisprudencia como valor democrático en la cultura legal chilena

La importancia que reviste una investigación de la conducta jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal tiene relación con la realidad a la que se ve enfrentado el comportamiento judicial, principalmente cuando las leyes aun cuando están bien definidas y establecen claramente derechos y obligaciones, no pueden ser aplicadas exactamente a un caso. Entonces, las divergencias no se presentan en las controversias donde la respuesta es clara, sino en aquellos casos en los que no es posible o resulta

¹¹⁹³ Investigaciones realizadas principalmente en Estados Unidos a la Corte Suprema de ese país avalan el éxito de su uso. *Cfr.* HALL y WRIGHT (2008); DAYNARD (1971); MAGRISH (1961); ESKRIDGE (1991); HAGLE (1991); HENDERSON y EISENBERG (1990); STEWART (2006); KERR (1998); GEORGE (1992); SISK et.al (2004); KOHLBACHER (2006); SALEHIJAM (2018); GUPTA (1954); PARKER (2000); MEZEY y OLSON (1993); WAYNE (1990); THOMPSON (1991); TRUJILLO (2005); SWAIN y AGUILAR (2004); GABALDON (2000); SHULTZ y PETTERSON (1992); SHULTZ (1990); RICE (1986); SHUSTER (1982); VAN HARTEN (2012); entre otros que forman parte del apéndice de la investigación liderada por HALL y WRIGHT (2008).

¹¹⁹⁴ SALEHIJAM (2018) p. 36.

difícil encontrar una ley específica capaz de resolverlo. Es en esos casos, es que acudimos al juez, esperando que, en el cumplimiento de su rol democrático, decida¹¹⁹⁵.

No se puede afirmar con la certeza necesaria si las transformaciones sociales de las democracias modernas han sido las que han generado la modificación de las relaciones jurídicas en la solución de los casos o por el contrario, son los cambios en ellas los causantes del cambio en el uso de las fuentes del Derecho. Lo cierto es que hoy los individuos ya no ven al Estado como un órgano de dominio jurídico,¹¹⁹⁶ ni la aplicación de la ley como un criterio indiscutible en la solución de conflictos. Ya no es posible mantener la ficción positivista de que todas las normas jurídicas descansan en la voluntad de un poder supremo (legislativo)¹¹⁹⁷ y que el juez es la representación viva de la justicia. Se ha regresado, como lo cita el profesor Vergara, a una suerte de actuación libre del individuo que ha modificado la intervención estatal estrecha por una más moderada.¹¹⁹⁸

Esta transformación, sin embargo, no ha significado que en la cultura legal chilena la jurisprudencia judicial de los Altos Tribunales dejen de tener valor o haya dejado de constituirse en una de las dimensiones empíricas del Derecho que descansa sobre bases constitucionales, pues la manifestación de lo que hace la Corte Suprema, se puede esperar que descansa en la ley (decisión legislativa), en la Constitución como la regla fundamental, en la conciencia jurídica popular, en las propias sentencias y en la doctrina¹¹⁹⁹, pero no en base a convicciones personales de los jueces o en un sentido de justicia subjetiva, que deja de lado la norma legal.

¹¹⁹⁵ RUSSELL (2001) p. 10.

¹¹⁹⁶ VERGARA (2018) p. 23.

¹¹⁹⁷ PRIETO (2005) p. 264.

¹¹⁹⁸ VERGARA (2018) p. 23.

¹¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 2.

5.2. La Corte Suprema y su comportamiento ante la transformación

La respuesta de los jueces de la Corte Suprema a ese valor democrático de la jurisprudencia, y a la doctrina legalista, en la práctica muestra para algunos autores que sus decisiones no solo han sido dudosas, sino anárquicas o activistas¹²⁰⁰, para otros, producto del nuevo espacio jurídico que surge a raíz del neomodernismo y su influencia en la nueva concepción del juez, no ya como un interprete de la ley, sino conectado con el espíritu del pueblo¹²⁰¹.

En la concepción tradicional de independencia un juez es independiente cuando sigue los hechos y la ley en la toma de sus decisiones y debe hacerlo con libertad y sin presiones ni amenazas internas ni externas, principalmente alejado del control de los otros poderes del Estado. Entendida así la independencia en su forma tradicional, un juez es independiente si actúa sin presión y sin miedo a represalias.

Entendiendo la independencia judicial desde esa visión, lo dijimos en capítulos anteriores, tenemos un instrumento de valor para alcanzar fines con un límite definido por el propósito que tiene, lo que significaría que si un juez no falla con apego o libre de influencias, deja de ser independiente. Entonces ¿qué sucede cuando en el nuevo orden, la ley ha dejado de ser la fuente única del Derecho y se ve ensombrecida por la irrupción de otras fuentes a través de las cuales los juristas deciden más conectados con el espíritu popular?¹²⁰² ¿Hay un nuevo límite de la independencia judicial? Podríamos señalar que un posible límite podría ser el respeto a la valoración que la cultura jurídica tiene de la jurisprudencia en una democracia. Pero si mantenemos nuestro límite basados en esa concepción tradicional de la independencia judicial, ¿las Cortes cuando abandonan los

¹²⁰⁰ GARCIA y VERDUGO (2013) p. 51 y sgtes., para ambos actores los cambios devienen de 2009 cuando la Corte Suprema falla un Recurso de Protección interpuesto por organizaciones ambientales para frenar la construcción de la central termoeléctrica “Campiche”. En dicho fallo la Corte Suprema declara ilegal la autorización entregada por la autoridad administrativa para su funcionamiento. Mostrando con ello, que los jueces demostraron que pueden inmiscuirse en las decisiones de otro poder.

¹²⁰¹ VERGARA (2018) p. 23.

¹²⁰² Ídem.

principios, la norma y los modos de razonamiento legal para subjetivizar sus decisiones, dejarían de ser independientes? ¿O con ese accionar, lo que han hecho es exceder su independencia? Si consideramos además el posible nuevo límite de la independencia judicial, cual es la valoración de la jurisprudencia en una democracia traducida al rol que tienen los jueces de la Corte Suprema cuando deciden, entonces al parecer no es que han perdido su independencia sino podrían haberse excedido en el uso de ella. En justicia podríamos sostener que los jueces han extralimitado su independencia, es decir, han ido demasiado lejos, más allá incluso de los nuevos límites del llamado neomodernismo en el cual el juez ya no espera que sea solo un interprete de la ley, sino que se conecte con el pueblo y sus necesidades¹²⁰³.

Esta nueva forma de conducta judicial como respuesta, se ha visto evidenciada en las sentencias de aquellos casos difíciles, desiguales entre si, pero similares en un aspecto, la conducta dudosa y cambiante de los jueces. Con esto, no es nuestra intención descalificar la función judicial lo dijimos anteriormente y es necesario repetirlo, sino dar cuenta de que al estar alejada de la razonabilidad y prudencia judicial¹²⁰⁴, es inconsciente respecto de su deber democrático de mantener una guía racional para la conducta ciudadana¹²⁰⁵ que puede llenar el notorio vacío de precedentes y certezas importantes para la justicia constitucional.

5.3.- Metodología: Análisis de contenidos aplicado a la investigación jurídica

Dejamos de lado en nuestro análisis la dogmática, la jurisprudencia a luz de la teoría del Derecho o la crítica a la racionalidad jurídica de las decisiones de la Corte Suprema, para centrarnos en develar la conducta jurisprudencial en la solución de los casos difíciles. Con ello no necesariamente pretendamos sugerir que el resto de los casos

¹²⁰³ VERGARA (2018) p. 23.

¹²⁰⁴ BAZAN, José Luis, MADRID, Raúl (1991) pp. 180-183.

¹²⁰⁵ VERGARA (2018) p. 2.

decididos por la Corte hayan sido fáciles. Pero es en especial en esos casos que han fallado *como han querido* ¹²⁰⁶.

¿Qué lleva a un juez a modificar su comportamiento? Para algunos ese alejamiento se debe al vacío de la norma constitucional en cuanto a establecer una función institucional clara y llenado por concepto propio de lo que se entiende como “buen Juez”¹²⁰⁷. Para otros no queda claro si es porque los jueces son activistas¹²⁰⁸, literalistas, principialistas, independientes o comprometidos¹²⁰⁹ o son parte de lo que se ha denominado control intenso de la discrecionalidad¹²¹⁰. Para nosotros demasiado independientes.

La prueba de ello, la intentaremos dar a través del empleo de una metodología compuesta de muchos instrumentos¹²¹¹ denominada Análisis de Contenido, método privilegiado de las ciencias sociales, hoy con la posibilidad de ser parte de la metodología jurídica, permitiendo al tradicional estudio de casos aplicar el rigor de las ciencias sociales en el entendimiento de la jurisprudencia legal¹²¹².

El análisis de contenidos como método se encuentra en condiciones de entregar información útil del razonamiento judicial. Permite ver la relación entre los hechos y el argumento, los elementos que la decisión resuelve y otra información que puede estar relacionada con el desempeño judicial y diseño institucional.¹²¹³ Limitado, sin embargo, en cuanto a la evaluación de la decisión judicial y la legislación¹²¹⁴. Significando con ello, que no es posible capturar con el detalle suficiente la fortaleza retórica del

¹²⁰⁶ VERGARA (2018) p. 2.

¹²⁰⁷ POBLETE (2017) p. 301.

¹²⁰⁸ GARCIA y VERDUGO (2013) p.1-246.

¹²⁰⁹ VERGARA (2015) p. 1

¹²¹⁰ CORDERO (2012) p. 375.

¹²¹¹ BALDIN (2002) p. 7.

¹²¹² HALL y WRIGHT (2008) p. 64.

¹²¹³ OLFATHER et.al. (2012) p. 1192.

¹²¹⁴ SALEHIJAM (2018) p. 38.

argumento de un juez en particular por el nivel de generalidad usado para describir el problema, ni el valor del precedente judicial.¹²¹⁵

Pero en ese intercambio de beneficios entre el empleo del análisis tradicional de casos y el uso de este método, podremos hacer una selección más objetiva de casos y temas con el detalle suficiente para generar objetivos claros, verificables, replicables con el mismo resultado, producto de un proceso específico¹²¹⁶ sobre lo que hace la Corte Suprema, como lo hace, pero principalmente el por qué de su actitud. Podremos averiguar la frecuencia de su comportamiento que excede la tradicional concepción de independencia judicial.

No partimos del estudio exhaustivo de todas las sentencias del Tribunal Supremo, sino nuestra muestra estará representada por sentencias que dentro del universo definido representa adecuadamente lo que hemos definido como sentencias de *casos difíciles*, entendidas como aquellas decisiones de casos controversiales, de resonancia política y/o social en los que cabe la discreción judicial amplia o restringida resultante del análisis de temas donde no hay una única respuesta correcta¹²¹⁷ dando cabida a que sean móviles psicológicos, contexto social, ideologías, valores propios del que dicta, entre otros, los que guíen la decisión.

Si bien una de las características fundamentales de la aplicación del análisis de contenido es el uso y manejo de grandes volúmenes de datos, no es menos cierto que en sus inicios su aplicación, exitosa, lo fuera con un volumen reducido¹²¹⁸ de ellos. Nuestra decisión de hacerlo de la manera descrita tiene además como base que nuestro estudio tiene como objetivo mostrar que el uso en la ciencia jurídica de este método no solo es

¹²¹⁵ HALL y WRIGHT (2008) p. 87.

¹²¹⁶ Ídem. p. 64.

¹²¹⁷ Que puede ser resultado de un vacío normativo, de su poca claridad o de valores contrapuestos inmersos en la cultura jurídica de un país.

¹²¹⁸ En 1957 Fred Kort utilizó como base de su análisis 28 sentencias de la Corte Suprema Norteamericana. categorizó los hechos discutidos en las decisiones judiciales, el resultado de su codificación de la mitad de los casos seleccionados para aplicarlos en 12 casos de los restantes logrando una certeza de un 86%; *Cfr.* HALL y WRIGHT (2008) p. 67.

posible sino fundamental para avanzar en el conocimiento y no quedarnos con la pura reflexión sino tratar de obtener nueva información y antecedentes sobre como realmente funciona el sistema jurídico¹²¹⁹, pero además porque no utilizaremos ejemplos anteriores del uso de este método en la misma temática, porque hasta donde alcanza nuestro conocimiento no existen.

5.3.1 El proceso para el análisis

Algunos autores¹²²⁰, consideran que el método de análisis de contenido debe seguir un proceso cronológico¹²²¹ de tres o cinco pasos. Nosotros consideraremos, siguiendo a Bardin, Hall y Wright, tres etapas en nuestro proceso de análisis.

En la primera etapa y sobre la base de nuestra hipótesis y objetivos planteados en el presente trabajo, elegimos un ejemplo representativo¹²²² de sentencias para cubrir con nuestro estudio, limitando nuestro alcance a aquellas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Chilena en los casos difíciles en un período determinado (2007-2017). La muestra representativa, nuestro *corpus*¹²²³ de análisis, ha cumplido con la prueba de exhaustividad y homogeneidad dentro de la base de datos utilizada¹²²⁴ y del periodo de escrutinio.

¹²¹⁹ CORREA, Jorge (1994) p. 168; *Cfr.* De acuerdo Florian Kohlbacher (2006) s/p, el uso del método de análisis de contenido en el estudio de casos

¹²²⁰ Como Maryam Salehijam, Marck Hall y Ronald Wright, Laurence Bardin entre otros.

¹²²¹ BARDIN (2002) p. 71. *Cfr.* Autores como Hall y Wright lo denominan “componentes del análisis de contenido” (traducción propia de “*The components of Content Analysis*”).

¹²²² SALEHIJAM (2018) p. 36.

¹²²³ BARDIN (2002) p. 72.

¹²²⁴ Libros de Sentencias Destacadas de Libertad y Desarrollo (2004-2017).

Cuadro 1-6.- Tabla descriptiva de las sentencias seleccionadas (2007-2017)

Sentencia/Referencia	Tipo de Procedimiento	Síntesis Analítica/Caracterización del Caso
Sentencia SCS Rol N° 1219-2009 “Campiche” de 22 de junio del año 2009	Recurso de Protección presentado ante la Corte Suprema, por el Grupo de Acción Ecológica Chinchimén y el Director del Consejo Ecológico de las comunas de Puchuncaví y Quinteros en contra del COREMA de la V Región posterior lo hicieron contra la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso	Ilegalidad de la Declaración Ambiental otorgada por la COREMA de la V Región/Incumplimiento de las normas legales y reglamentarias y falta de fiscalización al momento de calificar el Proyecto.
Sentencia SCS Rol N° 6383-2008 “Shell” de 27 de julio de 2010	Recurso de Casación de Fondo y Forma presentado por Shell Chile S.A.C.I contra SEREMI de Salud II Región	Incompetencia del Tribunal que dictó la Sentencia artículo 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil/En conocimiento de una reclamación sanitaria de control de un acto administrativo, se establecieron conclusiones que le son propias a otro órgano de la administración y del tribunal que conoce de daño ambiental.
Sentencia SCS Rol N° 396-2009 “Pitama” de 20 de abril de 2012	Recurso de Casación en el Fondo interpuesto por La Asociación de Canalistas del Embalse Pitama contra Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A	Omisión de requisitos establecidos en artículo 170 del Código de Procedimiento Civil/Cumplimiento de exigencias establecidas en el numeral 4 del artículo 170, por la omisión de consideraciones de hecho y derecho lo que traer consigo la invalidación de la sentencia viciada. Se dicta una sentencia de remplazo
Sentencia SCS Rol N° 2463-2012 “Rio Cuervo” de 11 de Mayo de 2012	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra el Servicio de Evaluación ambiental de la Región de Aysen	Falta de legitimación activa/Existencia de un acto arbitrario e ilegal que amenazaría y/o vulneraría las garantías constitucionales de los numerales 1, 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.
Sentencia SCS Rol N° 1960-2012 “Castilla II” de 22 de agosto de 2011	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por Piñones Vásquez Maikol y otros contra la Directora Regional Servicio de Evaluación Ambiental e intendente III de la Región de Atacama	Incompetencia de la Autoridad Administrativa COREMA, falta de motivación, invalidación de resolución dictada por la autoridad ambiental/Se cuestiona la presentación de los proyectos en forma separada y se cuestiona la infracción en la obtención de los permisos sectoriales e infracción en el pronunciamiento derivados de causas de competencia relacionados con la autoridad que finalmente calificó favorables los proyectos
Sentencia SCS Rol N° 5654-2012 “Caso Bomba I” de 10 de octubre de 2012	Recurso de Nulidad presentado por el Ministerio Público y Ministerio del Interior	Infracción al derecho a rendir prueba de cargo, Infracción al principio de razón suficiente, igual protección de la ley en el ejercicio de derechos y la exigencia de garantía de procedimientos racionales y justos/Se invoca como causa principal el incumplimiento del artículo 373 letra a)

		del Código Procesal Penal.
Sentencia SCS Rol N° 8443-2012 "Bombazo" Caso Isapres 1 de 30) de 7 de enero de 2013	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por Raúl Mercado Ramírez en contra de Isapre Vida Tres S.A.	Modificación unilateral de contrato bilateral/Se indica que la Isapre no presenta fundamentos que justifiquen el alza del precio base del plan de salud
Sentencia SCS Rol N° 9051-2012 "Banmedica" de 29 de abril de 2013	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por Alexis Claudio Silva Vera contra la Isapre Banmédica	Modificación unilateral de Contrato/se indica que Banmédica actuó unilateralmente al subir el precio base de su plan de salud sin tener sustento efectivo ni verificable y que esa situación afecta el derecho de propiedad.
Sentencia SCS Rol N° 7167-2010 "Castilla I" de 15 de noviembre de 2010	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por la empresa MPX Energía Ltda. en contra de la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la II Región de Atacama (Seremi de Salud de Atacama)	Incumplimiento de la Norma Primaria de Calidad del Aire/La autoridad ambiental erró en la calificación de contaminante por al utilizar una metodología errada de cálculo. El recurso es considerado como extraordinario por corresponder a la vía administrativa
Sentencia SCS Rol N° 1525-2010 "Piscicultura Palguín" de 17 de mayo de 2010	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por Puelman Nanco Mariano y otros contra la Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía	Ilegalidad del Acto Administrativo (Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía)/Se funda el reclamo en la infracción al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. No se consultó a las comunidades indígenas
Sentencia SCS Rol N° 6062-2010 "Estación de Transferencia Lanco-Panguipulli"	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por Faumelisa Manquepillan C. Comunidad Indígena Puquiñé y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región del los Ríos	Ilegalidad de la Resolución de Impacto Ambiental emitida por la Comisión regional del Medio Ambiente de la Región de los Ríos/Se sostiene que esta resolución atenta lo dispuesto en el artículo 10 letra a) porque no cumple con la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental
Sentencia SCS Rol N° 5370-2011 "Colegio de la Greda Coldeco Ventanas" de 20 de octubre de 2011	Recurso de Protección presentado por Víctor Manuel Azocar Guzmán y otros contra de Codelco Chile-División Ventanas	Vulneración de derechos constitucionales/ La liberación al medio ambiente de una nube tóxica de dióxido de azufre provocando daños nocivos para la salud de los habitantes de La Greda, Ventana Campiche, La chocota, Horcón y Mallén vulnerando así los numerales 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República
Sentencia SCS Rol N° 8644-2011 "El Morro" 13 de diciembre de 2011	Recurso de Protección de Garantías Constitucionales presentado por La Sociedad Agrícola de inversiones Agrogénesis Limitada contra la Comisión de Evaluación Ambiental de la Tercera Región	Dejar sin efecto la Resolución emitida por la autoridad administrativa de la Tercera Región/Se deje sin efecto la resolución que califica favorablemente el estudio de Impacto Ambiental del Proyecto El Morro a fin de retrotraer la tramitación del proceso de evaluación del estudio.
Sentencia SCS Rol N° 1193-2004 "Jueza Karen Atala Riffo"	Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende contra los Ministros y la fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco	Comisión de Abusos graves/Se imputa a los Magistrados el haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas, y haber contrariado lo ordenado por la norma constitucional y legal y haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia.

Sentencia SCS Rol N° 6235-2009 “Santa Marta” 20 de diciembre de 2011	Recurso de Casación en el fondo presentado por Consorcio Santa Marta S.A contra la Superintendencia de Servicios Sanitarios	Se suspenda la sanción sobre límites máximos de concentraciones de varios minerales en residuos industriales/Se pide que se suspenda la sanción y se declare la nulidad en el fallo y en reemplazo que se la obsolviera de los cargos formulados en la Resolución N° 1975 de 19 de julio de 2005
--	---	--

NOTA.- Los respaldos periódicos y académicos que respaldan la elección de estos casos como difíciles serán colocados a pie de página. Los artículos académicos y artículos de prensa serán colocados respetando el orden de los casos en el cuadro ¹²²⁵.

¹²²⁵ 1.- José Eyzaguirre “Qué paso en el caso Campiche? 2010 <http://www.revistaei.cl/reportajes/que-fallo-en-el-caso-campiche/#> publicado en la Revista Electricidad; Julio Pellegrini Vial “Caso Campiche un importante cambio de criterio en materia ambiental” (2016) <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-59-78-Caso-Campiche-un-importante-cambio-de-criterio-en-Materia-Ambiental-JPellegrini.pdf> en la Revista Sentencias Destacadas de 2016 de Libertad y Desarrollo; Josefina Correa Pérez “Compejo Industrial Ventanas Exclusión de la Ciudadanía y Problemas de Gobernabilidad El caso Campiche entre lo Legal y lo Legítimo” (2012) <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/campiche/WW/vid/648394309> Revista de Derecho Ambiental de ONG FIMA; Franco Ferrada Culaiati “El Fallo Campiche: Un giro en la Justicia Conservadora” (2010) <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/campiche/WW/vid/648248549> en Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA; Matías Guiloff “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental” (2010) http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/12_Guiloff.pdf en Anuario de Derecho Público; Luis Cordero Vega “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?” (2012) Anuario de Derecho Público; El Mostrador “Campiche: la Termoeléctrica que Bachelet respaldó cediendo al Lobby Norteamericano; Pensa Chile.com “La central termoeléctrica de AES GENER: Campiche y el Gobierno de Bachelet (2013) <http://piensachile.com/2013/12/la-central-termoelectrica-de-aes-gener-campiche-y-el-gobierno-de-bachelet/>; Bio Bio chile.cl “Movimientos sociales califican de vergonzosa puesta en marcha termoeléctrica Campiche en Ventanas (2013) <https://www.biobiochile.cl/noticias/2013/03/19/movimientos-sociales-califican-de-vergonzosa-puesta-en-marcha-termoelectrica-campiche-en-ventanas.shtml>; El Martutino “Nueva Termoeléctrica Campiche prepara su marcha blanca en Puchuncavi (2012) <http://www.elmartutino.cl/noticia/sociedad/nueva-termoelectrica-campiche-prepara-su-marcha-blanca-en-puchuncavi>; CIPER “Campiche y la Embajada de Estados Unidos” (2011) <https://ciperchile.cl/2011/03/15/campiche-y-la-embajada-de-ee-uu/>; entre otros; 2.-Rodrigo Guzmán Rosen “Derecho Ambiental Chileno Principios Instituciones Instrumentos de Gestión” (2012) <https://books.google.cl/books?id=MTleDQAAQBAJ&pg=PT51&lpg=PT51&dq=Sentencia+caso+shell++en+chile+2008&source=bl&ots=1NUPqV1WV5&sig=ACfU3U1xGBXgXPbZQkP0aKBrZ11UmMCkVg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj3pfec-tfiAhXLH7kGHYAWDqs4ChDoATADegQICRAB#v=onepage&q=Sentencia%20caso%20shell%20%20en%20chile%202008&f=false>; El Mostrador “Corte de Antofagasta condena a Shell por derrame de petróleo en playa” (2008) <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/03/04/corte-de-antofagasta-condena-a-shell-por-derrame-de-petroleo-en-playa/>; Terram Fundación “Ratifican multa de 347 millones a Shell por contaminar Antofagasta” (2008) <https://www.terram.cl/2008/08/ratifican-multa-de-347-millones-a-shell-por-contaminar-antofagasta/>; Cooperativa “Corte Suprema ratificó millonaria multa contra Shell por contaminar Antofagasta” (2008) <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-antofagasta/derrame-petroleo/corte-suprema-ratifico-millonaria-multa-contr-shell-por-contaminar/2008-08-06/115233.html> entre otros; 3.- Camila Boettinger “Daño ambiental: Las lecciones del caso “Embalse Pitama” (2011) en Sentencias Destacadas (2011) de Libertad y Desarrollo; Jorge Femenias “La Responsabilidad por daño ambiental” (2017) <https://books.google.cl/books?id=Hp1TDwAAQBAJ&pg=PA228&lpg=PA228&dq=caso+pitama&source=bl&ots=zNDSdG2ir-&sig=ACfU3U3A0VSMYAqLZ44kw6tMVhJdldqjFQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi56b->

Dentro de este grupo elegimos la sentencia emitida por la Corte Suprema en el denominado “Caso Castilla”¹²²⁶ Rol N° 1960-2012 del Tribunal Supremo, que representa adecuadamente lo que hemos definido como sentencias de casos difíciles. En dicha sentencia se puede evidenciar una controversia entre una creciente demanda energética, precios elevados de la electricidad y las trabas que las inversiones en grandes proyectos energéticos deben sortear no solo en todo el proceso operacional, sino en lo que a las aprobaciones ambientales respecta¹²²⁷, asociadas a las exigencias de una sociedad cambiante. La obstaculización que dichos proyectos deben superar se ve ahondada

[L_tfiAhWvGbkGHXEnD1M4ChDoATAFegQICRAB#v=onpage&q=caso%20pitama&f=false](http://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/04/15/precisiones-en-relacion-al-embalse-pitama-casablanca/); el Mostrador “Presiones en relación embalse Pitama - Casablanca (2016) ([https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/04/15/precisiones-en-relacion-al-embalse-pitama-casablanca/](http://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/04/15/precisiones-en-relacion-al-embalse-pitama-casablanca/)) entre otros; 4.- Jorge Ossandón y Daniela Ejsmentewicz “La judicialización del riesgo. Comentarios a la sentencia del Tribunal ambiental de Santiago en el Caso Río Cuervo” (2016); CIPER “Reajuste de precios de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43332>; Luis Cordero Vega y Ezio Costa Cordella “Comentarios a la Sentencia Río Cuervo (2012) [https://www.academia.edu/8191080/Comentario a la Sentencia de Rio Cuervo 2012_](https://www.academia.edu/8191080/Comentario_a_la_Sentencia_de_Rio_Cuervo_2012_); El Mercurio Legal “Y ahora, Río Cuervo” <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/05/16/Y-ahora-Rio-Cuervo.aspx>; Cooperativa “Corte Suprema Acogió recurso de protección contra hidroeléctrica Río Cuervo” <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/energia/generacion-electrica/corte-suprema-acogio-recurso-de-proteccion-contrahidroelectrica-rio/2012-05-11/175036.html>; Emol “Energía Austral aclara que fallo de la Corte Suprema por Río Cuervo no es un rechazo al proyecto” (2012) entre otros; 5.- Camila Boettinger “Puerto y Central Castilla: Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema” (2013) Libertad y Desarrollo https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/12/Puerto_y_Central_Castilla_Comentarios_a.pdf; Evaluación ambiental de Central Castilla, su recalificación y control judicial” (2012) “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador” <https://lyd.org/wp-content/uploads/2013/08/FP-28-Caso-Castilla-Cuando-la-Justicia-se-Transforma-en-Regulador-Septiembre2012.pdf>; La Tercera “Corte Suprema rechaza construcción de Central Castilla, el segundo mayor proyecto eléctrico del país” (2012) <https://www.latercera.com/noticia/corte-suprema-rechaza-construccion-de-central-castilla-el-segundo-mayor-proyecto-electrico-del-pais/>; entre otros; 6.- Emol “Caso bombas: Los cinco hitos del juicio oral que derrumbaron la acusación terrorista” (2012) <https://www.emol.com/noticias/nacional/2012/06/01/543543/caso-bombas-los-cinco-hitos-clave-del-juicio-que-derrumbaron-la-acusacion-terrorista.html>, CIPER “La última bomba del “caso bombas” Absueltos (2012) <https://ciperchile.cl/radar/la-ultima-bomba-del-%E2%80%9Ccaso-bombas%E2%80%9D-absueltos/> y otros muchos; 7.- Rodrigo Castro, Felipe Bahamondes Prieto “Fallo Isapres: ¿Es posible en Chile recorrer el velo a la Colusión” (2012) en Sentencias Destacadas <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-303-344-Fallo-Isapres-Es-posible-en-Chile-descorrer-el-velo-a-la-colusion-RCastro-FBahamondez.pdf>; CIPER “Reajuste de precios de Isapres: Una historia de abuso, imposición, desigualdad y lucro” (2013) <https://ciperchile.cl/2013/04/02/reajuste-de-precios-de-isapres-una-historia-de-abuso-imposicion-desigualdad-y-lucro/>, entre muchos más.

¹²²⁶ Denominado por varios medios de prensa: artículo de Libertad y Desarrollo: “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador”, (2012); artículo de prensa del periódico El Mercurio “Caso Castilla: Dura declaración de Corte Suprema acusa “Intromisión de Ministra de Medio Ambiente” (2012); artículo del periódico La Tercera: “El Caso Castilla”(2012).

¹²²⁷ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 1

cuando la Corte Suprema con su decisión en el caso en comento, no solo establece estándares supralegales sino que asume un rol regulador al pronunciarse sobre la forma en la que debe realizarse la gestión y evaluación de los proyectos ambientales¹²²⁸. Se convierte en experto técnico, invade las atribuciones de los otros poderes del Estado y se transforma en un gestor de políticas públicas dejando serios vacíos de certeza jurídica¹²²⁹.

Finalmente a través de la codificación transformaremos en unidades sistemáticamente los datos brutos que nos permitan describir con precisión las características del contenido¹²³⁰ de nuestra sentencia. El desarrollo de los códigos se convierten en la base explícita o implícita de las suposiciones que subyacen en el análisis¹²³¹ y encierra en él tres pasos relacionados con la elección de las unidades, la enumeración, es decir, la regla del recuento, la clasificación y la agregación: la elección de categorías.¹²³²

Dentro del primer paso consideramos el segmento de contenido con miras a la categorización y recuento frecuencial, presencia o ausencia y cantidad de información a través de la interpretación y segmentación del texto en varias partes significativas que añadirán información a nuestro estudio¹²³³ permitiendo el análisis relacional de temas, frases o palabras. Nuestro trabajo consistirá en una lectura que nos permitirá descomponer nuestro texto en ideas, proposiciones y enunciados aislables pero con núcleos de sentidos que pueden significar algo para el objetivo de análisis de nuestro documento como una unidad de registro para el estudio de los valores, creencias y actitudes¹²³⁴, así como la independencia que pueden expresar los jueces a través del

¹²²⁸ JIMENEZ y BAEZA (2012) p. 259.

¹²²⁹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012) p. 1

¹²³⁰ BARDIN (2002) p. 78.

¹²³¹ MACQUEEN et.al. (1998) p. 31.

¹²³² BARDIN (2002) p. 78.

¹²³³ MACQUEEN et.al. (1998) p. 32.

¹²³⁴ BARDIN (2002) p. 80, es localizar los núcleos de sentido que componen la comunicación y cuya presencia o frecuencia pueden significar algo.

documento. En orden de facilitarnos nuestro análisis cualitativo, utilizaremos el Atlas.Ti como Software de soporte al mismo.

5.3.2.- Atlas.Ti: Un software de apoyo al análisis legal

El Atlas.Ti es un software de apoyo a la comprensión e interpretación cuantitativa y cualitativa de aquello que presenta la información. Es una herramienta que permite procesar y ordenar la información. Sin embargo, cuando de investigación legal empírica se trata, la tendencia común entre los investigadores es el uso del tradicional método de interpretación jurídica. Pues la adecuación de la ciencia jurídica al uso de nuevos métodos de investigación se ha visto limitada, muchas de las veces por una cultura jurídica que se resiste a los cambios¹²³⁵. No significa que el análisis de caso no sea extremadamente valioso, sino que en él no se consideran elementos tales como el número de juicios examinados o el período de tiempo cubierto por las declaraciones que se hacen¹²³⁶.

Sin embargo, es importante aclarar que con el uso de un software como el Atlas.ti en los nuevos métodos de investigación aplicados a la ciencia jurídica no se pretende sustituir la creatividad del investigador en el desarrollo de conocimiento. Como señalan Corbin y Strauss - no hay método que pueda garantizar una interacción creativa puesto que ello depende de las características de cada investigador¹²³⁷-, de sus aptitudes analíticas, sensibilidad teórica y su capacidad de escritura para poder desarrollar sus hallazgos¹²³⁸. Con esto lo que se quiere decir es que en la práctica de la investigación no existe un modo específico o un patrón detallado de cuya aplicación nazcan teorías científicas.

Y como dijimos antes, la habilidad del investigador resulta importante, pues el Atlas.Ti no admite la descarga de los documentos primarios que deben ser seleccionados

¹²³⁵ SHEBESTA (2018) p. 24.

¹²³⁶ *Ibidem.* p. 23.

¹²³⁷ STRAUSS y CORBIN (2002) p. 295.

¹²³⁸ *Ídem.*

e importados por el investigador. Lo que si permite a través de la función de búsqueda es la posibilidad de reducir el gran número de conjuntos de datos para su gestión¹²³⁹. En nuestra investigación se utilizó la base de datos de la Corte Suprema para la búsqueda de nuestra documentación primaria (sentencias), la que fue luego importada a la base de datos de nuestro software.

Una vez que la documentación primaria se encuentra en la base de datos del Atlas.Ti es posible segmentarla a través de las llamadas citas, como elementos independientes que pueden ser vinculados a un código, esto se hace a través de un identificador único e independiente. En nuestro proceso de codificar nuestra sentencia, fueron tres las etapas que nos permitieron llegar a la gestión y organización final de familias de códigos: hicimos una codificación sobre la marcha, a través de una primera lectura del documento; luego una codificación semiautomática de clave o códigos preestablecidos a través de una de las características de nuestro software como es la reserva de códigos (guardarlos).

Finalmente el Atlas.Ti nos permitió hacer un relacionamiento entre los diferentes códigos a través del anclaje de inicio y destino entrelazando las etiquetas seleccionadas con citas pre-determinadas editando su relación a través de términos como: Explica, contradice, apoya, justifica, critica, todos elementos importantes para examinar las consistencias o desacuerdos en nuestra decisión judicial¹²⁴⁰.

5.4.- Proceso de Codificación (Codebook)

Para el proceso de codificación y categorización de las variables más importantes de nuestro análisis empírico, utilizamos la metodología de la Teoría Fundamentada, propuesta por Barney Glaser y Anselm Strauss en la década de los 60's, con el objetivo

¹²³⁹ Permite encontrar diferencias entre los documentos primarios y categorizarlos por grupos relacionados. Al igual que lo hace con la detección de diferencias en la naturaleza de los documentos como por ejemplo la jerarquía de la Corte, o los documentos que pertenecen a un determinado caso. SCHEBESTA (2018) p. 29.

¹²⁴⁰ SHEBESTA (2018) p. 30.

desarrollar una metodología de análisis cualitativo que permita pensar en la realidad social, estudiarla y comprender cada vez mejor como funciona el mundo y mirarlo, y así adquirir un mejor conocimiento del mundo social, como señala Strauss “*es salir al campo para descubrir lo que sucede en la realidad, es creer que las personas adoptan un papel activo al reponder a situaciones problemáticas y que lo hacen con una intención...*”.¹²⁴¹

Pero esta mejor manera de conocer y mirar el mundo no significa que esté carente de técnicas y procedimientos, que aun cuando no signifique seguirlos “*maquinalmente*” dan al investigador los medios para tener una visión de la realidad y llevarlo luego a formarse teorías fundamentadas en datos.¹²⁴²

En este proceso cualitativo de investigación, nos encontramos frente a una investigación no de proceso matemático de cuantificación de datos estadísticos, sino frente a la interpretación sistemática de datos cualitativos cuyo propósito es descubrir conceptos y relaciones, organizarlos y explicarlos dentro de un marco teórico que nos permita explicar la naturaleza de nuestro problema,¹²⁴³ a través de conceptualizar y reducir la información mediante elaboración de categorías relacionadas.

Lograr este procedimiento ha significado un trabajo sistemático, crítico y creativo en el análisis abierto a múltiples posibilidades, generar opciones, revisarlas, y re-revisarlas¹²⁴⁴, para lograr una categorización que mantenga el grado de rigor necesario para su estandarización.¹²⁴⁵

El uso de esta metodología propia de las ciencias sociales en la investigación jurídica ha significado conocer un poco más de lo que hacen las Cortes desde su relación con el comportamiento y su decisión en un caso, rebatiendo o probando lo implícito o

¹²⁴¹ STRAUSS y CORBIN (2002) pp. 4-10.

¹²⁴² *Ibidem.* pp. 8-9.

¹²⁴³ STRAUSS y CORBIN (2002) p. 12.

¹²⁴⁴ Para Strauss y Corbin sería el “*utilizar formas no lineales de pensamiento tales como ir hacia atrás y hacia delante, y darle vueltas a un tema para lograr una nueva perspectiva*” (1998) p. 14

¹²⁴⁵ STRAUSS y CORBIN (2002) pp. 14-15.

explícito del mismo.¹²⁴⁶ Para su aplicación se hace necesario poner énfasis en algunas características propias del área jurídica, y para ello, Hall y Wright sugieren, es necesario poner foco en algunos aspectos importantes de la sentencia misma, como son la identidad de las partes y sus atributos, el problema legal y sus circunstancias, los resultados del caso y la base de la decisión.¹²⁴⁷ Sin dejar de considerar variables de inferencia o evaluativas que pueden estar explicitadas en las decisiones judiciales.

En este proceso dinámico de nuestro microanálisis¹²⁴⁸ levantamos información desde una perspectiva basada en los hechos, y sobre un método de comparación constante y el uso de procesos analíticos como son: la Codificación Abierta, la Codificación Axial y la Codificación Selectiva.

A través de la codificación abierta, entendida como “el proceso por *medio de la cual se identifican los conceptos y se descubren en los datos sus propiedades y dimensiones*”¹²⁴⁹, descompusimos en partes el caso elegido, lo examinamos minuciosamente y nos pusimos a buscar acciones, objetos y todo aquello que pudiera darnos luz de similitudes y diferencias. Encontramos en este proceso una serie de - “*categorías*”¹²⁵⁰ – y entre ellas sutiles diferenciaciones y similitudes. Como ejemplos las que podemos visualizar en el siguiente cuadro: términos como “incompetencia”, “motivación” en diferentes partes de la la sentencia.

¹²⁴⁶ HALL y WRIGHT (2008) p. 77.

¹²⁴⁷ *Ibidem.* p. 107.

¹²⁴⁸ STRAUSS y CORBIN (2002) pp.63-79.

¹²⁴⁹ *Ibidem.* p. 110.

¹²⁵⁰ STRAUSS y CORBIN (2002) pp. 112.

Cuadro 2-6 – Visualización de términos

42:27	En relación al Proyecto Puerto Castilla: La inexistencia o incompetencia de la Comisión Regi...	1
42:28	nexistencia o incompetencia de la Comisión Regional del Medio Ambiente COREMA que fue...	1
42:29	la infracción al deber de motivación o congruencia de los actos de la administración	1
42:30	el fraccionamiento de proyectos al presentar en forma separada el relativo a la central term...	1
42:31	la falta de otorgamiento del permiso ambiental sectorial 72 (Pas 72);	1
42:32	la violación del Plan de Manejo de Bahía Chasco y la violación al Plan Regulador Intercomun...	1
42:33	En relación al Proyecto Central Termoeléctrica Castilla: Se planteó primero la improcedenci...	1
42:34	Se planteó primero la improcedencia de la invalidación del oficio Ord. BS 3 N° 110 de 19 de...	1
42:36	falta de motivación al otorgar dicho permiso ambiental	1

Una vez identificadas las partes, se pasó a conceptualizarlas de manera de poder clasificarlas, pero aun más importante el poder indentificarlas bajo un criterio que agrupa acontecimientos o significados similares, tal es así que logramos un total de 315 categorías o códigos resultado de un selección de otros muchos que fuimos dejando de lado, tal cual lo sugieren Hall y Wright – *“crear más categorías de códigos y hacerlas más detalladas de lo que finalmente se analizará”*¹²⁵¹, bajo una suerte de prueba y error.

En el siguiente cuadro se puede apreciar lo señalado. Si bien, no se visualiza el total de nuestras categorías, si se pueden distinguir las conceptualizaciones y lo complejo del proceso, dado que los casos revisten una variedad de procedimientos, implican múltiples problemas y de ellos variadas soluciones¹²⁵².

¹²⁵¹ HALL y WRIGHT (2008) p. 108 (la traducción es propia).

¹²⁵² *Ibíd.* p. 108.

Cuadro 3-6.- Categorización de nuestro proceso de codificación abierta

Nombre	Grupos	Comentario
ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN 254...	1 0	0
ILEGALIDADES O ARBITRARIEDADES E...	1 0	0
IMPACTO SIGNIFICATIVO	1 0	0
IMPACTOS SINÉRGICOS Y ACUMULATI...	1 0	0
Impactos Viales por celebración de pre...	1 0	0
IMPEDIR LAS MANIOBRAS DE FRAUDE...	1 0	0
impo.evaluación y presentación conjun...	1 0	0
IMPOR FINALIDAD QUE EL LEGISLADO...	0 1	0
IMPOR ILEGALIDADES QUE ATENTAN...	1 0	0
IMPOR. ACEPTACIÓN DE DISCRECIONALIDAD	1 0	0
IMPOR. INTERPRETACION DE LA NORMA	1 0	0 La Corte señal que
IMPOR. Interpretación de lo que quiso...	1 0	0
IMPOR. LA CORTE LIMITA LA CIRCUNS...	1 0	0 La Corte señala que
IMPOR. LA CORTE LIMITA LO QUE SE...	1 0	0
IMPOR. LA OMISIÓN COMO JUSTIFICA...	1 0	0
IMPOR. MODIFICACIÓN DE LA NORMA	1 0	0 La Corte que se de
IMPOR. NO SE SE SOBREPASO EL LIMI...	1 0	0
IMPOR. OMISION DE LEY AMPLIACION...	1 0	0
IMPOR. REGLAMENTACIÓN Judicial	1 0	0
INCONGRUENCIA DE LOS ACTOS ADM...	1 0	0
Inexistencia e incompetencia del corema	1 0	0 Que dice la Corte s
Inferior a los límites máximos permitidos	1 0	0
Infracción a la ordenanza general de ur...	1 0	0
Infracción a los permisos sectoriales d...	1 0	0
Infracción al deber de coordinación mo...	1 0	0
Infracción al deber de motivación o con...	1 0	0
Infracción al permiso ambiental	1 0	0
Infracción al Permiso Ambiental 73 (Pa...	1 0	0

42:299 el legislador hace hincapié en que el problema normalmente se circunscribe al propio predio o instal... (1)

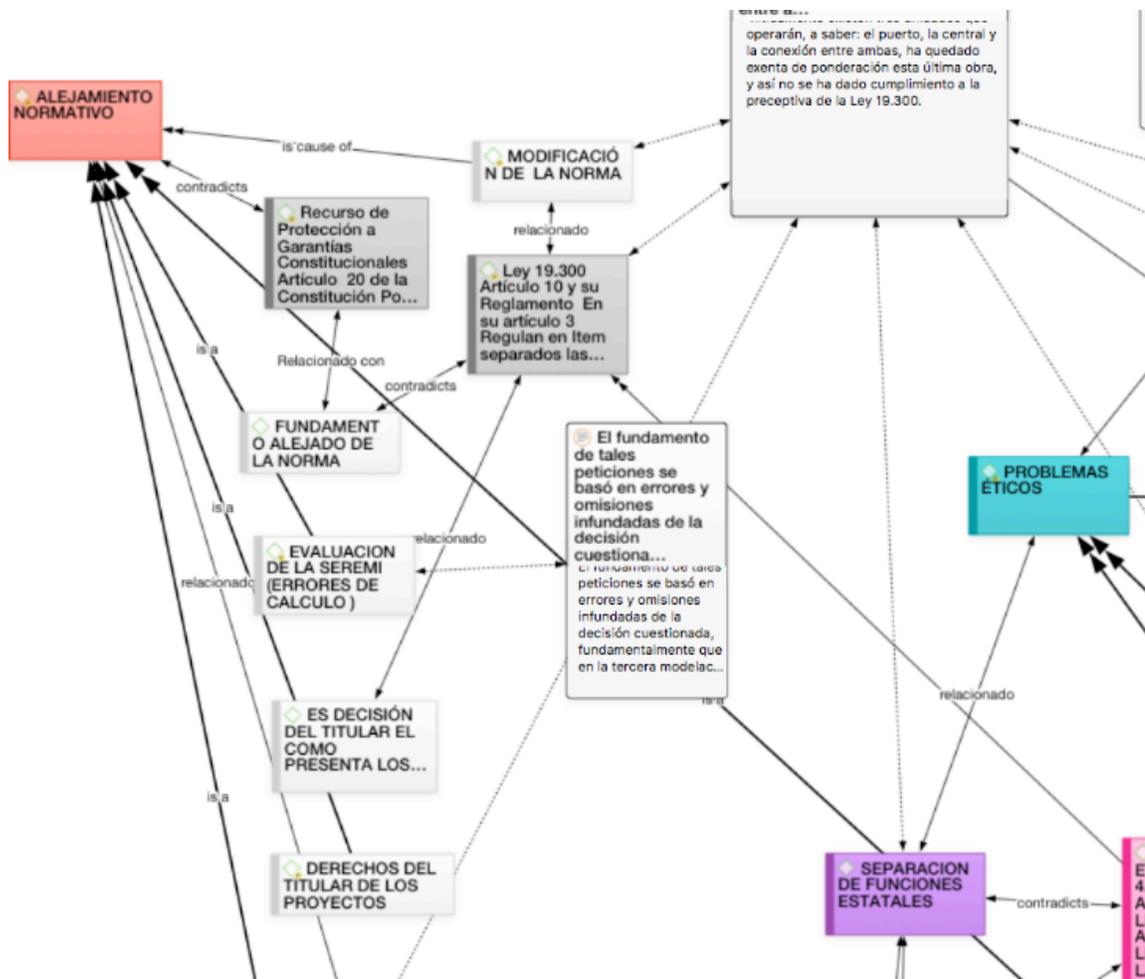
el legislador hace hincapié en que el problema normalmente se circunscribe al propio predio o instalación donde se desarrolla la actividad, es ese el lugar que puede resultar dañado y que provoca al vecindario o comunidad problemas de ruidos

En nuestra Codificación Axial, entendida como aquella *que encierra el proceso de relacionar las categorías a sus subcategorías... y enlazarlas en cuanto a sus propiedades y dimensiones*¹²⁵³ reagrupamos la descomposición hecha de la sentencia en nuestra codificación abierta, construyendo como lo señala apropiadamente Strauss *-una trama densa de relaciones que giran alrededor del eje de la categoría-*, para lograr lo descrito

¹²⁵³ STRAUSS y CORBIN (2002) p. 134.

relacionamos conceptos y subconceptos en la sentencia que nos permitirían crear teorías.¹²⁵⁴ En este proceso alcanzamos a determinar selectivamente tres Códigos, lo que no significa que no puedan en futuras investigaciones determinarse más. El análisis exhaustivo de los códigos generados permite arrojar una codificación axial que se centra en tres asuntos. Entonces tenemos: Alejamiento Normativo, Separación de Funciones Estatales y Problemas Éticos.

Cuadro 4-6.- Codificación Axial



El presente cuadro tiene como finalidad mostrar la Categorización Axial: Color Naranja corresponde al Código Alejamiento Normativo, el cuadro de color Verde corresponde al de Problemas Éticos y el Cuadro de color lila a Separación de Funciones Estatales.

¹²⁵⁴ *Ibidem.* pp. 135-156.

Finalmente, en nuestra codificación selectiva, proceso en el que se integran y refinan los datos obtenidos en nuestra selección Axial, para que nuestros hallazgos se vieran no solo como un conjunto de conceptos interrelacionados sino como una base que nos sirva para dar cumplimiento con el objetivo principal de esta investigación¹²⁵⁵, mostramos como el ejercicio de la independencia judicial de los Magistrados de la Corte Suprema chilena se expresa en la decisión de los “Casos Difíciles” bajo la protección de una cultura que valora la independencia judicial sobre el *accountability* Judicial como mecanismo de control a sus decisiones. Para ello, recogimos citas que dan sustento a todo nuestro proceso de codificación. Las citas seleccionadas fueron veinte de docientas noventa y cuatro¹²⁵⁶

¹²⁵⁵ Mostrar que los magistrados de la Corte Suprema en la decisión de los *casos difíciles* se exceden en su independencia.

¹²⁵⁶ Disminuye la cantidad de citas encontradas en nuestro proceso de codificación abierta debido a la selección realizada en la codificación Axial.

Cuadro 5-6.- Citas

42:161	no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos...	1
42:162	un comportamiento carente de la necesaria racionalidad	1
42:166	como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar l...	1
42:167	Ello produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta ví...	1
42:169	Asuntos relacionados con el desarrollo de los proyectos: A.- En relación al Puerto Casti...	1
42:172	la falta de otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial 72 (PAS 72), por cuanto si bien l...	1
42:173	la falta de otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial 72 (PAS 72)	1
42:174	se otorgó la calificación favorable del proyecto, lo que en concepto de los recurrentes es...	1
42:175	la violación al Plan Regulador Intercomunal de las comunas costeras (PRICOST) al decir q...	1
42:178	lo que impide ponderar debidamente si los temores de los actores concurren o no ante el...	1
42:179	se dijo de uno de los principios rectores de la Ley N° 19.300 cual es, el principio preventi...	1
42:180	que un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la aut...	1
42:181	un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la autorid...	1
42:183	calificación de un proyecto se sujete a la condición de obtener de las autoridades determ...	1
42:185	la invalidación efectuada por medio de la Resolución Exenta N° 578, de 15 de febrero de...	1
42:187	la infracción al Permiso Ambiental Sectorial 73 (PAS 73) por cuanto estiman que existiría...	1
42:188	nfracción al Plan Regulador Comunal de Copiapó, en relación con la Ordenanza General...	1
42:189	la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al conocer de los recursos de protección referid...	1
42:190	al disponerse la medida tutelar de sometimiento de ambos proyectos en forma conjunta...	1
42:191	Que distinta es la situación con el tema de la invalidación de la Resolución Exenta N° 578...	1
42:193	calificación industrial del proyecto Central Termoeléctrica como "contaminante" o como...	1
42:198	Que según consta de los antecedentes, la señora SEREMI de Salud de Atacama doña Mar...	1
42:200	Acto seguido, dicho documento reproduce las conclusiones del titular del proyecto y dic...	1
42:202	La Línea de Base medida para estos parámetros es muy inferior a los límites máximos per...	1
42:203	Cabe mencionar que el mayor porcentaje de norma obtenido corresponde al punto de má...	1
42:204	Conforme a lo expuesto por el titular, la Autoridad Sanitaria expuso que: "Frente a lo ante...	1
42:205	se vea impactada de forma significativa, por lo que no es posible descartar que el proyec...	1
42:206	presente riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de los efluen...	1
42:208	durante el proceso de evaluación ambiental. El modelo presentado para material particul...	1
42:209	Por otro lado, si bien los gases modelados SO2, CO y O3, se encuentran bajo sus respect...	1
42:210	Lo anterior tiene su origen en la magnitud de las emisiones de NOx del proyecto, por lo c...	1
42:211	indicar que la línea de base para el percentil 99 horario de NO2 es de 2,7 ug/m3, siendo...	1
42:212	inalmente, se debe aclarar que el cumplimiento de las normas solo se puede evaluar a tra...	1
42:213	Frente a lo anterior, esta Autoridad estima que existe fundamento para concluir que el pr...	1
42:215	"Central Termoeléctrica Castilla" solicitó la invalidación de la resolución contenida en el...	1
42:217	con recurso jerárquico en subsidio	1
42:218	El fundamento de tales peticiones se basó en errores y omisiones infundadas de la decisi...	1
42:219	se hizo presente la circunstancia que de acuerdo a las modelaciones efectuadas, no exis...	1
42:220	área habitada de conformidad a lo dispuesto en el D.S. N° 114/2002 que Establece Norm...	1
42:221	procedimiento en referencia, atendida la utilización de una metodología errada de cálcul...	1
42:222	de tal suerte que el Ordinario 110 cuenta con un presupuesto erróneo altamente pondera...	1

Nota .- El cuadro muestra parte de las citas encontradas en nuestra codificación abierta.

Las citas seleccionadas son veinte (20)¹²⁵⁷, agrupadas en: seis (6) para respaldar el Alejamiento Normativo; siete (7) a la Separación de Funciones Estatales; y siete (7) a nuestra codificación de los problemas éticos. A continuación mostramos textualmente las citas obtenidas.

Cita 42:167 “Ello produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre.”

Cita 42:313 *“nítidamente existen tres unidades que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas, ha quedado exenta de ponderación esta última obra, y así no se ha dado cumplimiento a la preceptiva de la Ley 19.300.”*

Cita 42:341 *“debido a la medida de cautela que se adoptará y a la que se ha hecho referencia precedentemente pues los titulares de los Proyectos Puerto y Central Castilla, deberán presentar en forma conjunta ambos proyectos a evaluación, lo que implica necesariamente una alteración de la línea base del proyecto –ahora unificado”.*

Cita 42:339 “se torna arbitrario y una conducta tal, además de revestir esta calidad no puede tampoco entenderse inserta en el marco de la legalidad, como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho que en estas circunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia”.

Cita 42:373 *“En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas,”.*

¹²⁵⁷ Fragmentos de la Sentencia (ROL N° 1960-2012) que da evidencia de conductas judiciales. Se copia cada una de forma textual, sin embargo, no colocaremos la referencia en cada una de ellas.

Cita 42:313 *“nítidamente existen tres unidades que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas, ha quedado exenta de ponderación esta última obra, y así no se ha dado cumplimiento a la preceptiva de la Ley 19.300”.*

Cita 42:306 *“esta Corte, considera que se ajustó a la ley y al principio preventivo la primera evaluación, pese al error que pudo existir en las lecturas de las modelaciones, por cuanto en uno u otro caso, se ha actuado sobre hipótesis y no sobre mediciones de una estación de monitoreo como contempla el Decreto Supremo N° 114, de modo”.*

Cita 42:314 *“Por otra parte, al recalificar de molesto el Proyecto de la Termoeléctrica y no de contaminante, se impide cumplir acabadamente con la normativa establecida en el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción y con ello no se evalúa el proyecto con la intensidad que exige el artículo 2 letras i), j) y k), en relación con el artículo 10, letras c) y f) de la Ley 19.300”.*

Cita 42:379 *“en el caso del Petróleo Diesel, no se contempla la posibilidad de salida a través de camiones. Además, no se detalla la ruta precisa por donde se trazarán la cañería de petróleo y las cintas transportadoras de carbón que unen las instalaciones V-3 y de transferencias T13 del Puerto con los estanques de almacenamiento de petróleo de la Central Termoeléctrica y el sector de las canchas de carbón, debiendo tenerse presente que para el último proyecto citado (central) el transporte del carbón se inicia en la torre de transferencia T3 y no T13 como se indica en el Proyecto Puerto”.*

Cita 42:161 *“no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente.”*

Cita 42:102 *“resulta inconcuso afirmar que ambos proyectos están relacionados, puesto que el principal sitio del puerto está destinado precisamente a la recepción de*

petróleo y carbón, que serán utilizados como insumos en la Central Termoeléctrica. Además, en el proyecto Puerto, se reconoce que ya existen pre-contratos con la Central Termoeléctrica, de modo que la vinculación entre uno y otro, es evidente”.

Cita 42:167 “Ello produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre”.

Cita 42:124 “Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley”.

Cita 42:334 “En efecto, tal como se ha dicho, el puerto tiene como principal cliente y finalidad abastecer a la Central Termoeléctrica, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo diesel que se suministra a través del Puerto, de tal forma que nítidamente existen tres unidades para una misma actividad que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas”.

Vigésimo cuarto: Que si bien tanto el puerto, como la central han sido sometidos a evaluación, no puede afirmarse lo mismo con la conexión entre dichos proyectos.”

Cita 42:375 “Que de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Tal carencia, queda de manifiesto con las modificaciones introducidas por la Ley 20.417, que incorporó el artículo 11 bis, que dispuso la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades, a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental.

Vigésimo segundo: Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley”.

Cita 42:367 “Que conforme a lo dicho, si bien el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma, lo importante, es destacar que para el legislador esta clase de actividades deben someterse a evaluación, porque son susceptibles de causar impacto ambiental, es decir, una alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada, según reza la letra k) del artículo 2 de la Ley N° 19.300”.

Cita 42:124 “Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley”.

Cita 42:378 “que el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, se preferirá ésta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumentos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión. Que lo anterior se sustenta en la aplicación del principio preventivo que ha inspirado a la Ley N° 19.300 al que ya se ha hecho referencia en esta sentencia”.

Cita 42:337 “Ciertamente, si los proyectos de Puerto y Central se hubiesen presentado en forma conjunta –dada su relación de dependencia de uno y otro- habrían incluido en forma clara la descripción detallada de conexión de la transferencia de carbón y petróleo que irá de una instalación a otra, ello permitiría primero, determinar en forma exacta el área de influencia total del proyecto, enseguida, conocer los

antecedentes para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental, es decir, la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución; también posibilitaría a la ciudadanía hacer uso de los procedimientos de participación en la evaluación del proyecto, pues cada vez que se preguntó u observaron situaciones del conjunto de actividades, se respondió que cada proyecto era independiente del otro”.

Cita 42:152 *“siempre prima la idea de reunir dos cosas que deben estar juntas, por ello la exigencia planteada sólo viene a dejar en evidencia que, aunque tardíamente, la autoridad ambiental también vio la necesidad de evaluación conjunta de ambos proyectos, circunstancia que debió concurrir al principio y no al final de la evaluación”.*

Cita 42:380 *“Vigésimo cuarto: Que si bien tanto el puerto, como la central han sido sometidos a evaluación, no puede afirmarse lo mismo con la conexión entre dichos proyectos”.*

Respecto de la fiabilidad de nuestra codificación, sobre la base de las citas seleccionadas, tratamos de codificar de manera clara, tratando de evitar los elementos de arbitrariedad, subjetividad o error, de modo que los objetivos estén claramente establecidos para una probable aplicación consistente, de modo que en su aplicación futuras investigaciones obtengan resultados similares.¹²⁵⁸ Esperamos haber cumplido nuestro cometido.

5.4.1.- Teorización de los códigos seleccionados: los fundamentos de nuestra selección

En un contexto en el que la demanda energética se hace cada vez mayor y los precios de la electricidad suben y se hacen más evidentes las necesidades de suministro energético que mejoren el bienestar de la población dado que Chile carece de suficientes recursos propios para garantizar los proyectos energéticos proyectados hasta el año

¹²⁵⁸ HALL y WRIGHT (2008) p. 112.

2030, quienes piensan en invertir en hidroelectricidad y energías renovables no convencionales¹²⁵⁹, deben sortear trabas en la aprobación de los proyectos y cuestionamientos de parte de la ciudadanía, asociado al calentamiento global, algunas organizaciones ciudadanas hablan de alertas ambientales basándose en informes científicos de la Organización de la Naciones Unidas (ONU). En ese contexto complejo para quienes deciden invertir se ha visto además complejizado por la proliferación de procesos judiciales, que cuestionan el accionar del Sistema de Evaluación Ambiental.¹²⁶⁰ A todo ello, se puede también añadir la creciente necesidad de proyectos que reactiven la región de Atacama que vio caer su crecimiento hasta a un 9% luego de anunciada la paralización del proyecto, respecto del 17% de crecimiento que venía mostrando. Esta caída se debió principalmente a la paralización de iniciativas mineras en la zona.¹²⁶¹ Cuando se dice que Chile debía por la necesidad energética creciente convertirse en un país “*privilegiado por las inversiones del sector eléctrico*”.¹²⁶²

En un contexto en el que Chile debía ser el destino obligatorio de la inversión en el sector eléctrico¹²⁶³, con fecha 28 de agosto de 2012, la Corte Suprema de Chile se pronuncia en el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (Rol N° 1960-2012) interpuesto ante ese tribunal por quienes se vieron afectados por las decisiones emanadas de la Corte de Apelaciones de Atacama en los casos “Puerto Castilla” y “Central Termoeléctrica Castilla”. El origen de ambos recursos se encuentra en las Resoluciones exentas N° 254 de 23 de diciembre de 2010 del Servicio de Evaluaciones Ambiental de Atacama que califica favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del “Proyecto Puerto Castilla” (Puerto Castilla) de propiedad de la Empresa OMX Operaciones Marítimas Limitada, N° 574 de 15 de febrero de 2011 a través de la cual se invalida la decisión BS3 N° 110 de 10 de enero de 2010 del Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región de Atacama que califica el proyecto “Central

¹²⁵⁹ JIMENEZ y BAEZA (2012) p. 260.

¹²⁶⁰ *Ibidem.* p. 1.

¹²⁶¹ EYZAGUIRRE (2015) p. 1.

¹²⁶² JIMENEZ y BAEZA (2012) p. 1.

¹²⁶³ *Ídem.*; *Cfr.* ACEVEDO (2012) p. 1.

Termoeléctrica de Castilla” (Central Castilla) de propiedad de la empresa CGX Castilla Generación S.A., como “contaminante” recalificándolo como “molesto” y N° 46 de 1 de marzo de 2011 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Tercera Región que calificó favorablemente el dicho proyecto. Los expedientes individualizados fueron acogidos por la Corte Suprema con Roles distintos. El rol asignado a Puerto Castilla fue el N° 1960-2012 y el N° 2703- 2012 correspondió a Central Castilla. La solicitud de las partes fue la acumulación de los expedientes, solicitud que no fue aceptada por la Corte Suprema, disponiendo sin embargo, su vista conjunta.

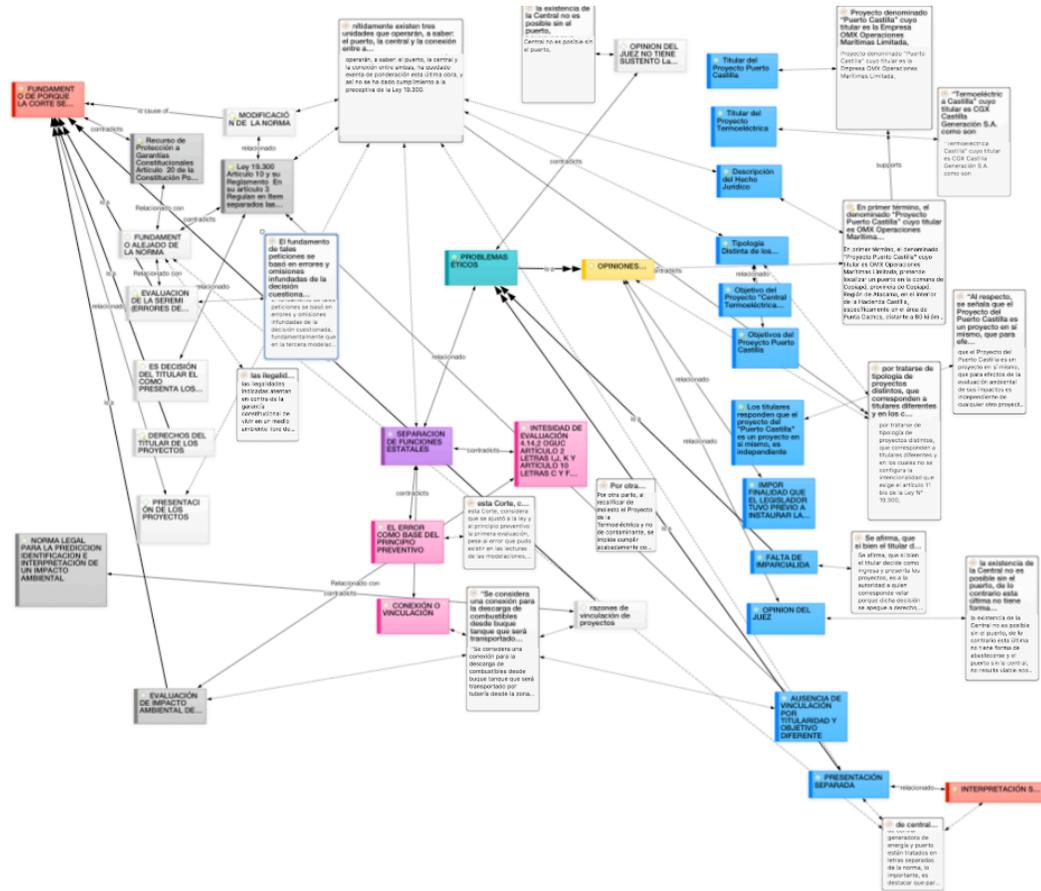
En el análisis de los antecedentes del caso, la Corte Suprema resume los petitorios de ambas partes en los siguientes puntos: 1) La infracción al deber de motivación o congruencia de los actos de la administración; 2) la inexistencia de competencia de la Comisión Regional del Medioambiente COREMA en la dictación de la Resolución exenta N° 254; 3) el fraccionamiento de proyectos al presentar en forma separada impidiendo la evaluación de los efectos sinérgicos; 4) la falta de otorgamiento de permiso ambiental sectorial; 5) la violación al Plan de Manejo de Bahía Chasco y la violación al Plan Regulador Intercomunal costero; 6) Invalidación del oficio Ord. Bs 3 N° 119 donde se califica de “contaminante” y se recalifica como “molesto”; 7) infracción al permiso ambiental sectorial 73 (Pas 73); 8) infracción al Plan de manejo de algas pardas; 9) infracción al deber de motivación e infracción al Plan Regulador Comunal de Copiapó en relación con la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones artículo 4.14.2.

A fin de evaluar todas las peticiones, se establece una relación y vincula algunos puntos para determinar que su análisis estaría sustentado en tres puntos importantes relacionados con: La forma de presentación a evaluación, infracciones con la localización de los proyectos e infracciones en cuanto a los permisos sectoriales que deben obtenerse por sus respectivos tutelares, vulnerando la motivación y congruencia de los actos de la administración y finalmente con la infracción relacionada con la invalidación de los pronunciamientos anteriores relacionado con la calificación

ambiental de uno de los proyectos. De lo dicho, la corte expone sus argumentos en los tres puntos siguientes; I.- Asuntos relacionados con la presentación de los Proyectos: Fraccionamiento de los mismos. II.- Asuntos relacionados con el desarrollo de los proyectos y III.- Asuntos relacionados con la calificación de los proyectos.

En el desarrollo de dicha Sentencia la Corte Suprema analiza, explica y argumenta cada uno de los puntos, deja de lado otros y es sobre la base de ese proceso que logramos extraer la información, a través de las citas que elegimos y que dieron pie a nuestra codificación ya señalada: Alejamiento Normativo, Separación de Funciones Estatales y Problemas Éticos.

Cuadro 6-6.- Relacionamiento entre códigos y citas de la sentencia



Nota.- El Cuadro muestra las diferentes relaciones existentes entre códigos y citas.

5.4.1.1.- Alejamiento normativo

Entenderemos como *alejamiento normativo* a aquella conducta a través de la cual un juez o jueces, obviando el principio de legalidad, se apartan de la norma legal ignorando o interpretando dicha norma de una manera distinta a la real¹²⁶⁴ atribuyendo a un hecho o una relación una calificación distinta a la que se le debe aplicar y que le es propia¹²⁶⁵.

Si entramos a parafrasear la sentencia en objeto de nuestro análisis, tenemos que: en la Cita: 42:313 la Corte Suprema señala “*nítidamente existen tres unidades que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas, ha quedado exenta de ponderación esta última obra, y así no se ha dado cumplimiento a la preceptiva de la Ley 19.300*”.

Partiendo de lo establecido en la Norma Ley N° 19.300¹²⁶⁶ Bases Generales del Medio Ambiente que en su artículo 10 establece: que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental se encuentran entre otros: c) Las Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW y f) Los Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos.

Por su parte y sobre la legalidad en la presentación de los proyectos por separado, el Decreto 40 de 12 de agosto de 2013 que Aprueba el Reglamento del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (vigente a la fecha de la presentación de los proyectos) señala en su artículo 3: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son y cita por separado: c) Centrales Generadoras de

¹²⁶⁴ ITURRASPE (2005) p. 39.

¹²⁶⁵ BETTI (2000) p. 334.

¹²⁶⁶ Vigente hasta su modificación por Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010, que modifica la Ley N° 19.300 vigente cuando se presentaron los proyectos.

energía mayores a 3 MW y f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos.

Sobre la legalidad de la presentación de los proyectos en forma separada, la misma Corte en su decisión sostiene que de la lectura de dicha ley o sea la Ley 19.300, se puede advertir que el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma y que no existe ninguna forma que pueda obligar a los titulares de los proyectos, la Empresa OMX Operaciones Marítimas Limitada y la empresa CGX Castilla Generación S.A., (Titulares distintos) a presentar un determinado proyecto relacionado con otro a una evaluación conjunta¹²⁶⁷ sin embargo, en su conclusión señala: que nítidamente existen dos unidades y una conexión entre ambas.

Esa conclusión sorprende, pues la Corte no solo reconoce que las partes no están obligadas por la ley a presentar sus proyectos de manera conjunta, sino que se aleja de ella en su decisión final, desconoce lo dispuesto por Ley de Bases del Medio Ambiente (LBMA) sobre la separación de proyectos. El reconocimiento del cumplimiento con la ley de parte de las empresas dueñas de ambos proyectos se ve reafirmado cuando en el artículo 11 bis de la Ley 19.300 de la modificación realizada el año 2011 (posterior a la presentación de Castilla a evaluación ambiental) se establece la prohibición de fraccionar proyectos cuando estén relacionados con otros proyectos y se obliga a su presentación conjunta, esta modificación da cuenta de que no existía obligatoriedad alguna por parte de los titulares de Puerto Castilla y Termoeléctrica Castilla de presentar en forma conjunta ambos proyectos, cuando ambos persiguen además objetivos distintos.

Este accionar, nos lleva a plantearnos algunas hipótesis que nos permitirán reforzar nuestra codificación y fundamentar más nuestra teorización. Cuando estudiamos la cultura jurídica chilena y su caracterización sostuvimos que en la cultura interna prima

¹²⁶⁷ Sentencia “Caso Castilla” Rol-1960-2012 p. 18.

y se justifica la estricta separación de poderes, característica propia del constitucionalismo clásico con una fuerte influencia de un legalismo que instaba a la interpretación de la ley de una manera estricta y que ello nos ponía frente a una cultura positivista que da primacía un derecho legislado.

Considerando esta caracterización de la cultura interna, la comprensión del Derecho parte del predominio de un conjunto de normas vigentes que constituyen un imperativo que el legislativo envía a quienes deben someterse a ellas, respetando su supremacía como primera fuente de derecho.¹²⁶⁸

Cuando señalamos que debe tratar de una norma vigente nos situamos frente a quien tiene el poder de producir normas y quien la obligación de cumplirlas. En una cultura como la chilena, prima la idea, y también lo dijimos anteriormente, de la omnipotencia del legislador. Eso significará entonces que es el legislativo el facultado a dictar leyes, y es también propio de la cultura interna del “*Staff*” jurídico el poner énfasis en los requisitos de la formación de la ley, es decir, en su marco material y formal, no en su marco sustantivo.¹²⁶⁹

Pues bien en ese entendido, la Ley N° 19.300 (LBMA) es una ley que cumplió los requisitos de su formación. Basándonos en la idea que prevalece en la cultura interna chilena que lo prescrito en la citada norma es de carácter estático no existiría la posibilidad de que sus contenidos pudieran ser modificados salvo por el tráfico jurídico.¹²⁷⁰ Eso significaría que no importa si la norma es eficaz o no, pues su validez no se encuentra en relación con su eficacia, sino con su creación que es lo que hace su existencia obligatoria.¹²⁷¹ En ese entendido la Ley de Bases del Medio Ambiente lejos de considerar o no su eficacia, es una ley de aplicación obligatoria. Por lo tanto, se encuentra dentro del derecho positivo, *de aquel conjunto de normas dispuestas dentro*

¹²⁶⁸ SQUELLA (1988) p. 34.

¹²⁶⁹ *Ibidem.* pp. 35-36.

¹²⁷⁰ SQUELLA (1988) p. 36.

¹²⁷¹ *Ibidem.* pp. 39-40.

*del sistema que cumplieron con los requisitos fundamentales reunidos en la Constitución*¹²⁷².

Entonces, dado que en la cultura chilena la creación y la aplicación se encuentran separadas, quedando la creación en manos del legislativo y ejecutivo y la aplicación *obligatoria* por el Poder Judicial, la Corte Suprema no puede alejarse de lo dispuesto por la ley citada pretendiendo producir derecho, cuando solo puede aplicar un derecho,¹²⁷³ en el presente caso, se asume que debería haber aplicado solo lo dispuesto por la ley ambiental, es decir lo dispuesto en la Ley N° 19.300.

La sentencia analizada corresponde a los que denominamos casos difíciles, es decir, aquellos casos en los que puede ser posible no encontrar una ley específica capaz de resolverlo o que de la misma ley no se puedan dar respuestas claras sino que permita o de lugar a la discrecionalidad judicial, pero lo dijimos también una discrecionalidad que debe estar condicionada por los valores propios de la cultura legal en la que se vive¹²⁷⁴, o sea, una cultura donde se entiende que la aplicación del Derecho debe darse sobre la base de un razonamiento de tipo deductivo a partir de normas del derecho legislado.¹²⁷⁵ Sin embargo, la corte enfáticamente señala que no se dio cumplimiento a la norma legal, Ley N° 19.300. (última línea de la Cita: 42:313).

Si asumimos, que la norma LBMA no hubiera sido clara, y estuviésemos en una posición en la que el juez se ve frente a la necesidad de hacer una interpretación normativa entendida como un proceso mental o un discurso tendría dos posibilidades a saber: una interpretación en abstracto y una interpretación en concreto. La primera entendida como la acción que realiza el juez de asignar un sentido al texto, lo que sería obtener una nueva norma, pero sobre la base de una formulación normativa.¹²⁷⁶ Y la

¹²⁷² CEA (1983) p. 341.

¹²⁷³ SQUELLA (1988) p. 41.

¹²⁷⁴ RICO y SALAS (1999) p. 22. RUSSEL (2001) p. 12.

¹²⁷⁵ SQUELLA (1998) p. 42.

¹²⁷⁶ MANTILLA (2009) p. 553. Utilizamos esa asignación aun cuando el autor lo hace desde el Derecho Privado.

segunda destinada a subsumir los hechos en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto¹²⁷⁷. En la Cita 42:375 la Corte interpreta “*Que de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta.*”. y “*Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley*”.

Cuando estamos frente a la función jurisdiccional de interpretación en la cultura jurídica chilena se espera de los jueces dos conductas: la primera en la que los jueces le dan sentido y proporcionan alcance a la ley, tarea que los lleva necesariamente a un único resultado posible, correcto o verdadero.¹²⁷⁸ Y la segunda en la que en su labor interpretativa ofrecen distintas posibilidades de interpretación, que la misma ley puede dar conduciendo cada una de ellas a un resultado diferente bajo las consideraciones que cada intérprete puede introducirle a la ley.¹²⁷⁹ Sin embargo esta última es poco admitida, pues se considera que la actividad interpretativa del juez no puede ser otra que el resultado de reconstruir la voluntad del autor de la ley, para lo cual se privilegia la interpretación gramatical, y el método histórico con la finalidad de dar cuenta de lo que el creador realmente quiso y cual fue su intención, sin tener lugar como dice Squella - *a apartarse ni un punto de éstas*, y menos dar lugar a apreciaciones estimativas del texto de la ley ni de sus efectos.¹²⁸⁰

Afirmar que en la interpretación judicial y la creación judicial de Derecho solo intervienen elementos mecánicos sería desconocer que en el razonamiento judicial también existen elementos volitivos. Sin embargo, aun cuando ellos existan, éstos deben atender a las particularidades de cada ordenamiento jurídico que en el caso chileno están

¹²⁷⁷ GUASTINI (2015) p. 14; *Cfr.* MANSILLA (2009) pp. 553 y 564.

¹²⁷⁸ SQUELLA (1998) p. 42.

¹²⁷⁹ Ídem.

¹²⁸⁰ SQUELLA (1998) p. 43.

caracterizados por la vinculación del juez con normas y estándares preexistentes. Para Luis Prieto, cuando el Derecho es creado *ex post facto*, la creatividad o subjetividad judicial carece de sentido.¹²⁸¹ Y de darse, resulta importante. Dice: verificar que el resultado sea el proceso de medición entre *inputs* fácticos y la norma legal con la explicación de las condiciones que llevaron a la transformación del mensaje, suprimiendo así la *subjetividad del intérprete*.¹²⁸²

La Corte sin embargo, en la Cita 42:341 establece que “*debido a la medida de cautela que se adoptará y a la que se ha hecho referencia precedentemente pues los titulares de los Proyectos Puerto y Central Castilla, deberán presentar en forma conjunta ambos proyectos a evaluación, lo que implica necesariamente una alteración de la línea base del proyecto –ahora unificado– y impidiendo que -Cita 42:373- “...la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, ”.*

Pretender que, en las decisiones, sobre todo de los casos difíciles se encuentren influencias solo por la aplicación mecánica de la ley sería desconocer que muchas veces la ley resulta insuficiente para la resolución de estos casos. Pero es erróneo también asumir que la solución correcta deba venir de consideraciones de un bienestar general que el juez considere fortalecer, pues los individuos se acercan al judicial en busca de satisfacer un derecho, no *la realización de una finalidad colectiva*.¹²⁸³ Lo contrario significaría que el juez se convierte en legislador, aplicando directrices políticas u objetivos sociales. Tal como lo hace la Corte Suprema cuando a través de la Cita 42:339 señala que “ *se torna arbitrario y una conducta tal, además de revestir esta calidad no puede tampoco entenderse inserta en el marco de la legalidad, como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente*

¹²⁸¹ PRIETO (2005) p. 27.

¹²⁸² Ídem.; *Cfr.* El profesor José Luis Cea (1983) p. 355, sostiene al respecto que la interpretación normativa no es un discurso libre, pues es el legislador el que fija los elementos que se deben considerar y en ello privilegia el uso de la palabra escrita, los principios generales del derecho y la equidad.

¹²⁸³ PRIETO (2005) p. 145.

libre de contaminación, derecho que en estas circunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia.”- y cuando decide “Proyectos Puerto y Central Castilla, deberán presentar en forma conjunta ambos proyectos a evaluación...”.

En una sociedad neomoderna, en la que se supera la idea de que el derecho es un simple agregado de normas y los principios pasan a formar parte de la decisión judicial, resulta importante diferenciar entre las justificaciones formales que se proporcionan como parte de la decisión y las motivaciones reales (cultura interna implícita) que determinan finalmente la sentencia judicial. Aun cuando hubiese un cambio respecto de la decisión mecánica y logiscista de los jueces¹²⁸⁴, es necesario que dicha opinión tenga que estar acreditada mediante la incorporación de una “*ratio decidenci*” de calidad en la que se justifiquen los hechos y el derecho, más si es una sentencia definitiva.¹²⁸⁵ Así lo ha señalado el mismo tribunal en su decisión del Sentencia Rol 3114-2003 cuando cita que “*es lícito al intérprete, en busca del sentido de justicia y equidad, como meta de toda interpretación Judicial*”¹²⁸⁶.

La importancia de que aquello se cumpla tiene también relación con el objetivo que se tiene cuando se estructuran las normas, el regular el orden y la convivencia humana pues quienes acuden a tan alto tribunal lo hacen seguros de que en su aplicación e interpretación como una fuerza que modela el ordenamiento jurídico seguros de que la aplicación práctica, se verificará su existencia, su interpretación será uniforme y su aplicación será imparcial e igual de los conceptos jurídicos que las integran.¹²⁸⁷

En el análisis de la esta sentencia, y bajo la consideración de las dos posibilidades referidas a la directa aplicación de la norma cuando ésta es clara, o en su caso asumiendo que hubiese necesidad de interpretarla, se espera que el cometido del

¹²⁸⁴ SQUELLA (1998) p. 42.

¹²⁸⁵ SQUELLA (2011) p. 565.

¹²⁸⁶ Corte Suprema.

¹²⁸⁷ CEA (1983) pp. 342-343.

jurista sea encontrar el fin justo de las normas positivas para aplicarlas a la solución de los problemas puestos en su conocimiento, aplicando una prolija hermenéutica para dilucidar el fin expresado en ella¹²⁸⁸.

5.4.1.2 Separación de funciones estatales

Hablar de la separación de funciones estatales nos lleva a considerar, primero la tradicional interpretación triádica señalada en párrafos anteriores, en la que las tres funciones esenciales de gobierno, es decir, la elaboración de las leyes, su implementación y su adjudicación, representadas por tres órganos estatales, el legislativo, el ejecutivo y el judicial respectivamente, están separadas. Los jueces son idílicamente independientes.¹²⁸⁹ Y segundo, a entender que la revisión de normas del ejecutivo, declarar ilegítima una ley o desconocer la decisión del legislativo y el arrogarse atribuciones de autoridades técnicas, ignorando la “deferencia de experto”, utilizada en áreas como la libre competencia, dejando de lado el Poder Judicial su función de resolver controversias entre partes, viola la tradicional concepción de la separación de poderes a la que además la cultura jurídica chilena le otorga especial deferencia.

En las Citas 42:314 *“Por otra parte, al recalificar de molesto el Proyecto de la Termoeléctrica y no de contaminante, se impide cumplir acabadamente con la normativa establecida en el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción y con ello no se evalúa el proyecto con la intensidad que exige el artículo 2 letras i), j) y k), en relación con el artículo 10, letras c) y f) de la Ley 19.300.”* y 42:334 *“En efecto, tal como se ha dicho, el puerto tiene como principal cliente y finalidad abastecer a la Central Termoeléctrica, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo diésel que se suministra a través del Puerto, de tal forma que nítidamente existen tres unidades para una misma actividad que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas.*

¹²⁸⁸ CEA (1983) p. 365.

¹²⁸⁹ MONCRIEFFE (1998) p. 401.

Vigésimo cuarto: Que si bien tanto el puerto, como la central han sido sometidos a evaluación, no puede afirmarse lo mismo con la conexión entre dichos proyectos.”

La Corte Suprema¹²⁹⁰ no solo califica la evaluación realizada por los Organismos correspondientes, cuando indica que existe un tercer proyecto entre los dos anteriores, sino que cuestiona su actuar, cuando dice que el proyecto no se evaluó con la intensidad necesaria, fundamentando su opinión en una supuesta conexión entre ellos. Entonces se convierte en regulador al establecer un parámetro suprallegal toda vez que considera que debe hacerse una presentación conjunta, porque el proyecto es uno solo. A ello debemos añadir que haciendo un control de mérito, establece la forma en la que la autoridad ambiental debiera realizar la gestión y evaluación de los proyectos.¹²⁹¹

Cuando estamos frente a un acto de la autoridad administrativa ambiental se espera que haya una fundamentación en palabras del profesor Soto Kloss *que haya una justificación normativa fáctica y racional de la decisión*¹²⁹², o sea, que el objeto y finalidad sean los adecuados y que la autoridad que dictará la resolución tenga las competencias y cumpla con el procedimiento ajustándose a las leyes establecidas para ese efecto. Eso significa que los actos que emanen de la autoridad sea el resultado de un profundo análisis técnico y jurídico de los temas sometidos a su evaluación de manera tal que en su decisión se refleje su apego a la norma.

Este proceso termina además, siendo validado, aclarado, ampliado o en su caso rectificado de manera tal que concluido el proceso se determina su viabilidad ambiental.¹²⁹³ Todo ello se encuentra establecido en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300¹²⁹⁴) artículo 9.- que reza “...*todo titular de proyecto o*

¹²⁹⁰ Algunos académicos señalan que es con esa actitud es como “dárse de experto técnico”.

¹²⁹¹ JIMÉNEZ y BAEZA (2012) p. 273.

¹²⁹² SOTO KLOSS (2018) p. 226.

¹²⁹³ LEIVA y BOETTIGER (2011) p. 521.

¹²⁹⁴ La cita del Artículo de la Ley N° 19.300 es la que corresponde a la norma ya modificada por la Ley N° 20.417, pero que para nuestros fines es igualmente válida en sentido de mostrar que hay todo un procedimiento administrativo establecido para la calificación de los proyectos Medio Ambientales. El artículo de la misma Ley pero sin modificaciones establece: “*Artículo 9º El titular de todo proyecto o actividad*

actividad debe presentar una declaración de impacto ambiental o elaborar un estudio de impacto ambiental. Los que deberán ser presentados ante la Comisión presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente de Salud, de Economía, Fomento, y Reconstrucción de Energía de Obras públicas, de Agricultura de Vivienda y Urbanismo, Planificación y el Director Regional del Servicio o Comisión de Evaluación en que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto...pero además, ...que en caso de dudas pasará por un proceso de revisión en el que se verán las declaraciones de impacto ambiental y de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y se considerarán la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental...”.

En el procedimiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a cuya cabeza se encontraba el CONAMA, hoy Servicio de Evaluación Ambiental, expuso en un Informe Consolidado de Evaluación (Resolución Exenta N° 2964/2007), que *“la evaluación ambiental es un procedimiento especial y formalizado en compuesto por la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, su envío a los órganos del estado con competencia ambiental, consolidación en un informe de Aclaraciones, Rectificaciones y/o ampliaciones”*.¹²⁹⁵ Y aun, si todo ello adolecería de errores, los titulares tienen el derecho a impugnar los actos siguiendo la Ley de Base del Medio Ambiente (LBMA) o en su lugar la Ley de Base del Procedimiento Administrativo (LBA).

comprendido en el artículo 10 deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda. Aquéllos no comprendidos en dicho artículo podrán acogerse voluntariamente al sistema previsto en este párrafo.

Las Declaraciones de Impacto Ambiental o los Estudios de Impacto Ambiental se presentarán, para obtener las autorizaciones correspondientes, ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región en que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto o actividad, con anterioridad a su ejecución. En los casos en que la actividad o proyecto pueda causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones, las Declaraciones o los Estudios de Impacto Ambiental deberán presentarse ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

En caso de dudas, corresponderá a esta Dirección determinar si el proyecto o actividad afecta zonas situadas en distintas regiones, de oficio o a petición de una o más Comisiones Regionales del Medio Ambiente o del titular del proyecto o actividad.

El proceso de revisión de las Declaraciones de Impacto Ambiental y de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental considerará la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental en las materias relativas al respectivo proyecto o actividad, para lo cual la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, requerirá los informes correspondientes”.

¹²⁹⁵ LEIVA y BOETTINGER (2011) p. 521.

En el presente caso, la Corte Suprema desconoce que la interposición del recurso “no es la instancia para pronunciarse acerca de las bondades o técnicas ni para debatir acerca de la calificación final del proyecto”,¹²⁹⁶ toda vez que ello le corresponde a la autoridad ejecutiva.

En cuanto a contrariar las decisiones del Poder Legislativo, la Corte en la Cita 42:167 indica que “Ello produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre”.

Con ello, lo que hace es desconocer lo que el legislador decidió en la aprobación de la Ley de Base de Medio Ambiente. Y traigo a colación el mensaje de Enrique Correa Labra Presidente de la Corte Suprema cuando en 1992, al inaugurar el año judicial, repetía las expresiones ya centenarias de Claro Solar, aprendidas “la ley la dicta el poder político Poder Legislativo y Poder Ejecutivo y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o **dudar** de la justicia que la ley encierra”¹²⁹⁷. El positivismo legalista que caracteriza la cultura legal chilena, no concibe a los jueces alejándose de la voluntad del legislador expresada a través de la ley, pues dentro de la doctrina pura de la separación de poderes, es una característica esencial para el establecimiento y mantenimiento de la libertad política¹²⁹⁸, que los gobiernos permanezcan divididos en tres ramas y que cada rama ejerza sus funciones sin permitir que las otras asumen su rol, es decir se inmiscuyan en ellas, solo así quedan garantizados los derechos y deberes de quienes acuden a los tribunales en busca de la defensa de sus derechos.¹²⁹⁹

¹²⁹⁶ Sentencia Rol N° 235-2010 considerando 4° de la Corte de Apelaciones de Copiapó.

¹²⁹⁷ BRAVO (2003) p. 546.

¹²⁹⁸ MINEGAR (2011) p. 385.

¹²⁹⁹ RUSSELL (2001) p. 9; Cfr. SAKALA (2005) p.1.

La visión de quienes redactaron la Constitución fue la de preservar esa separación, eso quiere decir que los jueces no son la ley, lo que significa que sus decisiones no son producto de su capricho, sino de lo que la ley requiere que se haga¹³⁰⁰. La razón es simple, los jueces no son la ley, lo que significa que sus decisiones no son producto de su capricho, sino de lo que la ley requiere que se haga¹³⁰¹.

Lo fuerte o débil del apego estricto o no del juez a la ley depende del modelo de interpretación¹³⁰² de la cultura judicial en la que se encuentre inmerso. Para la cultura jurídica chilena el juez solo debería limitarse a declarar la ley porque considera que la soberanía reside en ella.

Si bien en la práctica no es posible considera a un juez y sus decisiones como resultado de una aplicación mecánica, ignorando sus motivaciones tampoco puede ser permisible, como señala el juez Posner “*darle vuelta al asunto de forma indefinida solo porque se enfrenta a un caso en el que la utilización de forma honesta de los materiales ortodoxos no permitan llegar a un resultado aceptable*”.¹³⁰³ (La ley N° 19.300 en el presente caso). Hay una distinción entre lo que se conoce como la *ratio decidendi* y los *obiter dicta* de una sentencia. Limitando el poder “legislativo” de un juez.

El hecho de que un juez no sea consciente de la diferencia que existe entre una función legislativa y una no legislativa lo que produce es una desviación en la examinación de los casos no rutinarios como sucedió en el presente. Y es posible que la combinación de ambas atenúe la sensación entre ser un Juez verdadero y otras un legislador.¹³⁰⁴ Pero aun cuando pudiera darse esa posibilidad, o aquella en la que crea derecho, ésta última debe apuntar al caso de las lagunas o los conceptos

¹³⁰⁰ WHITE (2002) pp.1059-1063.

¹³⁰¹ Ídem.

¹³⁰² PRIETO (2005) p. 13.

¹³⁰³ POSNER (2011) p. 96-97.

¹³⁰⁴ Ibídem p. 103.

indeterminados¹³⁰⁵, y aun así, no puede descuidar u olvidar seguir los pasos que la metodología ortodoxa entrega para la decisión judicial.

5.4.1.3.- Los problemas éticos

Como señalamos anteriormente la ética, la moral, el coraje, la integridad entre otros, son fundamentales en la creación de un *accountability* judicial. La conciencia ética individual del juez capaz de respetar las normas y ceñirse a los estándares éticos establecidos deviene también del reproche que la cultura puede producir ante los comportamientos indeseables¹³⁰⁶. Sostuvimos también, basados en lo que Agustín Squella señala sobre la Moral, que los jueces ante las exigencias de la judicialización de la vida social serán premiados o castigados según la calidad de sus prestaciones.

De ser así los jueces, deben tener la suficiente fuerza y coraje para soportar todo aquello que no les permite tomar una decisión de manera independiente. Pero además ese coraje debe estar reforzado por la integridad judicial que les permitirá considerar los principios y valores al momento de decidir. Valores que tienen origen en las expectativas y procesos que los lleva a ejercer su función. Para Adela Cortina esta idea del judicial es parte de lo que las religiones le dieron al mundo jurídico, la idea de un legislador sabio y prudente y de un juez perspicaz e insobornable, bondadoso pero implacable en los castigos.¹³⁰⁷

Entonces podríamos señalar que cuando un juez se aleja de ese comportamiento nos encontramos frente a lo que denominamos problemas éticos. Entendidos éstos como aquellas opiniones personales, argumentos contradictorios, la falta de silogismo que quiebra el principio de contradicción, y de imparcialidad que son las que guían la decisión jurídica, entonces es ahí donde deja de hacerse efectivo lo que Adela

¹³⁰⁵ BORDALI (2008) p. 188.

¹³⁰⁶ WENCES y BONILLA (2014) p. 67.

¹³⁰⁷ CORTINA (2000) p. 16.

Cortina¹³⁰⁸ sostiene respecto de la importancia de la convicción fundada del sujeto, el juez vino a identificarse con la razón de su conciencia personal¹³⁰⁹.

La protección a los jueces de las represalias por sus decisiones, ha sido una característica importante en los sistemas legales, pero también lo ha sido el reforzar el desempeño ético del juez y la comunidad jurídica completa, ese esfuerzo a través de la aprobación de una serie de Códigos de Conducta Judicial¹³¹⁰ y cuya característica común se podría traducir en la importancia de que los procesos sean llevados con imparcialidad, respetando los derechos de las partes¹³¹¹ y que en ese su rol el juez se conduzca con propiedad sometiendo y restringiendo sus deseos personales para no levantar sospechas de favoritismo o parcialidad que pongan en duda la dignidad judicial.

O como señala Bordalí cuando dice que los Códigos de Ética (las mejores prácticas) son instrumentos que responden a una -lógica de autocontrol y autorregulación, que permite tanto a los jueces como a los ciudadanos tener y esperar conductas deseables que garanticen que la justicia se la ejerce de modo independiente e imparcial-.¹³¹²

La cultura legal chilena tampoco se alejó de ese deseo y para ello se cuenta también con instrumentos, que si han sido cuestionados por su origen, el fin es el mismo, alcanzar el respeto a los derechos y una conducta apropiada de parte de los jueces. Fin al que se debe intentar llegar o por lo menos aspirar.¹³¹³

Parece que lo que dijimos en teoría acerca de la independencia judicial transformada en una forma de corporativismo prescindente capaz de transgredir valores

¹³⁰⁸ CORTINA (2000) p. 33.

¹³⁰⁹ *Ibidem.* p. 18.

¹³¹⁰ Los Principios Básicos de la Independencia Judicial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Código Bangalore de la Conducta Judicial. Código Iberoamericano de Ética Judicial.

¹³¹¹ MOHUMED (2014) p. 3.

¹³¹² BORDALI, (2018) p. 518.

¹³¹³ *Ibidem.* p. 543. Se refiere al Código Orgánico de Tribunales y a las regulaciones emanadas de la Corte Suprema).

éticos y convicciones morales¹³¹⁴, en la práctica, se demuestra cuando en la sentencia de estudio la Corte, paso a parafrasear, señala en la: Cita 42:337 *El proyecto Puerto Castilla y Central Castilla son en realidad uno solo*”, Cita 42:337 ”...si los proyectos de Puerto y Central **se hubiesen presentado en forma conjunta** –dada su relación de dependencia de uno y otro- **habrían incluido en forma clara la descripción detallada de conexión...**” o cuando expresamente señala “Cita 42:378 “...que el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, **se preferirá ésta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones...**”.

O cuando vemos en su decisión que su accionar se centra en argumentos contradictorios, y en una clara falta de imparcialidad cuando la corte expresa 42:124 “*Que, sin embargo, la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoeléctrica, son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley*” y Cita 42:367 “*Que conforme a lo dicho, si bien el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma, lo importante,...*”.

Si bien las decisiones judiciales son tomadas por humanos y que éstos pueden tener valores diversos, intrusiones ilegítimas o criterios extralegales cuando deciden, o que aun cuando se apegan a la ley pueda haber lugar a un rango de cosas que pueden ser correctas o incorrectas¹³¹⁵ lo que no se espera es que lleguen a ser arbitrarias y sean sentencias que carezcan de *toda lógica entre los hechos establecidos y la fundamentación jurídica o entre las parte expositiva de la sentencia y la resolutive*¹³¹⁶.

En el análisis de lo expresado en la sentencia, resulta importante considerar dos aspectos importantes. Según sostiene Luis Prieto Sanchis,- la decisión del juez “no

¹³¹⁴ PEÑA (1994) p. 42.

¹³¹⁵ PIMENTEL (2009) p. 11

¹³¹⁶ BORDALI (2018) p. 529.

siempre está vinculada a la ley”, lo que resulta siendo cierto principalmente cuando se trata de los casos difíciles. Pero ello, no significa insiste el autor que “*su ideología o subjetividad condicionen la decisión*” y que sean elementos extra-sistemáticos los que al final terminen siendo más relevantes que la propia ley.¹³¹⁷

Pues de no cumplirse lo esperado en la conducta del juez, la sentencia se convierte en una decisión “*arbitraria*”, de ser así, en palabras de García Amado, el juez está vulnerando las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija, porque lo hace guiado por móviles que no van acorde con el sistema jurídico que espera que se guíe por lo que se espera de su función judicial, que sea muy fuerte para poder aguantar la inclinación natural de seguir sus propios intereses o el sucumbir a las presiones.¹³¹⁸

No estamos frente a la posibilidad de ignorar que la discrecionalidad judicial no existe, pero lo que debemos entender es que si bien muchas veces es inevitable, porque no todos los casos adhieren al texto normativo y reciben la solución exacta, como sucede en los casos difíciles para los que la norma no permite varias posibilidades y que si bien parte del trabajo judicial en estos casos puede dar paso a la discrecionalidad, sobre todo cuando se trata de precisar lo impreciso en la norma¹³¹⁹, pero no se puede desconocer lo importante que es la confianza que la sociedad tiene en el judicial, de su habilidad para cumplir con sus funciones constitucionales y proteger el imperio de la ley.¹³²⁰

Cuando caracterizamos la cultura jurídica chilena adscribiéndola a las ideas del formalismo de la escuela de la exégesis, que señala que el gobierno es de las leyes y no de los hombres, y que por ello la decisión del juez tiene un carácter puramente formal que se sostiene por los códigos y la interpretación literal, donde las normas como los hechos (premisa mayor y premisa menor respectivamente) están dados con nitidez suficiente para cada caso en el que juez tenga que fallar.¹³²¹ Lo que se debería esperar es

¹³¹⁷ PRIETO (2005) p. 31.

¹³¹⁸ PIMENTEL (2009) p. 12.

¹³¹⁹ GARCIA (2006) p. 152.

¹³²⁰ PIMENTEL (2009) p. 6.

¹³²¹ GARCIA J. A (2006) p. 154.

que una sentencia como la analizada, no descansa en preferencias y convicciones que van más allá del derecho por principios y del derecho por reglas.

Podríamos decir que cuando los jueces, dice Dato Param Cumaraswamy -pierden el decoro judicial y traen mala reputación a su institución- para nosotros lo que hacen es llevar a la pérdida de la confianza en el sistema judicial en general, más cuando por ello no son *accountable*¹³²². En una sociedad más polarizada parece existir un alto nivel de desconfianza y de insatisfacción con los jueces porque hay una percepción de que se equivocan.¹³²³

El hecho de que la Corte Suprema se aparte en su decisión del texto de la norma cuando ella es clara en cuanto a lo que establece y regula, aun cuando pretende en ella interpretarla invocando principios o cuando terminan tomando una decisión técnica de calificación ambiental alejándose de sus atribuciones, lo que hacen es introducir incertidumbre y desconfianza en la labor judicial.

¹³²² PARAM CUMARASWAMY (2003) s/p.

¹³²³ HAINES (2010) p. 916.

Conclusiones

Realizar la presente investigación tuvo como objeto principal demostrar que la cultura legal chilena blinda a la Corte Suprema a través de la independencia judicial, tanto que los jueces supremos en sus fallos de los casos difíciles han abandonado los principios, la “norma” y los modos de razonamiento legal y han subjetivizando sus decisiones, extralimitando su independencia y no siendo *accountable* por ello dado que la cultura legal prioriza la independencia sobre el *accountability* judicial.

Nuestra investigación tuvo como base el estudio de todas las variables consideradas en nuestra hipótesis y cuyo análisis fue dividido en dos partes: una teórica que abarcó cuatro capítulos de nuestra tesis y una empírica concentrada en un quinto capítulo. En el desarrollo de la parte teórica abarcamos el estudio del *accountability* no como palabra sino como concepto entendido como un mecanismo de control que se relaciona con un principio celosamente resguardado cual es la independencia judicial, dependiendo ambos de la cultura en un sistema legal, que es la que al final hace que lo que funciona para unos no necesariamente lo haga para otros¹³²⁴. Su estudio lo abordamos desde su conceptualización hasta las características de su división en cultura legal interna y cultura legal externa. Para luego enfocarnos en lo específico, la cultura legal chilena y su relación con la Corte Suprema. Finalmente nuestro esfuerzo termina con el análisis de una sentencia de este Alto Tribunal, que dentro del universo definido representa adecuadamente lo que hemos definido como sentencias de casos difíciles.

Luego de este recorrido y conforme a lo señalado paso a exponer las conclusiones a las que hemos arribado, separando las conclusiones del estudio teórico, de las conclusiones del análisis empírico.

¹³²⁴ GARDNER (2006) p. 914.

Primera Conclusión: El *accountability* desde su origen y definición como palabra se mantiene como un término ambiguo, poco claro y difuso, pero que hoy ha trascendido las fronteras de otras ciencias, para situarse interrelacionada en diferentes contextos. Como concepto es efectivamente, un concepto de oro¹³²⁵ con el que nadie está en desacuerdo, pero es esquivo, pues puede significar diferentes cosas para diferentes personas, y ello dificulta su comprensión exacta. Por ello, fue necesario aclarar que en nuestro trabajo lo utilizamos no como palabra sino como un concepto relacional, como un mecanismo de control caracterizado por la relación entre un actor y un fórum en la que el primero explica y justifica una acción o desempeño, que puede dar lugar a un debate y cuestionamiento por parte del fórum, el que finalmente luego de evaluarla juzgará al actor, imponiendo consecuencias que pueden variar desde sanciones legales, pasando por renunciaciones, incluso hasta tener que enfrentar a la sociedad en lo que se ha denominado *accountability* social.

Segunda Conclusión: Aun cuando lo utilizamos como mecanismo, su concepto es multifuncional y con características sinonímicas que lo hace parecer, sin ser a la transparencia, la responsabilidad, el control, la responsabilidad y la rendición de cuentas. En ese entendido cuando se lo utiliza como mecanismo de control, el *accountability* debe ir escrito en su idioma primigenio, que es el inglés y no intentar su traducción para mantener su restricción conceptual.

Tercera Conclusión: El *accountability* judicial nos sitúa necesariamente frente a un principio celosamente resguardado como es la independencia judicial. Pues independencia y *accountability* ambos son principios que por estar relacionados, se sobreponen en muchos aspectos. El llamado a hacer *accountable* a los jueces y a las Cortes, para quienes principalmente están relacionados con el judicial puede tener como resultado una disminución en la independencia judicial y la consiguiente disminución de la confianza en el judicial y en su habilidad de cumplir con sus funciones constitucionales de cumplir la ley y decidir imparcialmente. Dentro de las visiones

¹³²⁵ BOVENS et. al. (2008) p. 225.

generales de esa relación, dos se contraponen al considerar una de ellas que los jueces deben ser *accountable* porque la independencia es un concepto mal entendido y la otra que el *accountability* es una amenaza a la independencia judicial. Aun cuando el balance de ambos principios todavía genera debates, en nuestro trabajo elegimos situarnos en una tercera visión cuya mirada a la independencia y *accountability* judicial es diferente, moderadora y cooperativa y lo hicimos considerando la importancia de la influencia de la cultura legal (interna y externa) y la ética profesional en el rol judicial y la aceptación del *accountability* judicial como mecanismo de control a sus decisiones.

Cuarta Conclusión: En nuestra posición moderadora y cooperativa, estudiamos la cultura legal y la ética profesional. Porque creemos que la solución no parte necesariamente de tener autoridad disciplinaria encargada de la revisión institucional a los abusos del judicial ante quien ser *accountable*¹³²⁶, sino porque a veces pueden ser determinantes las bases morales y principios éticos a los que un juez debe adherirse, no solo porque hay un régimen disciplinario o un castigo, sino porque es lo correcto y porque la cultura legal en la que se desenvuelven aprecia y valora su ética, y su integridad¹³²⁷ traducida en su independencia decisonal. En ese entendido sostenemos que tanto el *accountability* como la independencia pueden cooperarse y complementarse.

Quinta Conclusión: En nuestro estudio tanto la cultura legal como la ética profesional, fueron analizados: primero a través la estructura y la normativa legal; segundo de la importancia de la ética y la moral en la función judicial y tercero de la cultura externa dispuesta o no a sancionar el comportamiento judicial. En nuestro recorrido vimos que la base de la relación cultura legal e independencia judicial se encuentra en el derecho de las Cortes de conducirse y decidir con libertad, sin temor en todos los asuntos puestos en su conocimiento.

Existe una estructura institucional y normativa legal encargadas de regular todos los asuntos relacionados con el estatus de los jueces y la jurisdicción de las

¹³²⁶ Para David Pimentel “*Accountability* Objetivo” p.17

¹³²⁷ PIMENTEL (2009) p. 37.

Cortes¹³²⁸, encargada de garantizar su independencia. Tenemos dentro de ellas una estructura constitucional que considera los procesos de nombramiento, calificación y remoción judicial, acompañado de una ley específica que regula su funcionamiento, como es la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, pero además en un intento por proteger la independencia, aprueba códigos de conducta cuyo objetivo de que el desempeño no solo sea independiente sino que se vea integro e imparcial. Si su actuar está sujeto a un fuerte compromiso ético podrá actuar con independencia y responder a un *accountability* judicial. Pues hemos visto que el régimen disciplinario tradicional puede en algunos sistemas legales ser una amenaza a la estructura de independencia judicial. Hacemos énfasis en el elevado compromiso ético, no aquel que signifique adherirse a los códigos tradicionales de conducta ética, sino a la idea de salir y crear un orden moral en el que los jueces y la cultura legal crean en la independencia interna de los jueces pero también en que ellos pueden ser efectivamente *accountable*.

Sexta Conclusión: Las bases sobre las que creamos un nuevo orden moral fueron la ética, la moral, el coraje, la integridad y los estándares de selección y remoción judicial. Y son estas las bases en las que se asentará nuestro nuevo orden bajo lo que denominamos *cultura de accountability*. Apuntando al juez y su conciencia ética individual capaz de definir que lo que debe hacer para actuar correctamente, y evitar las penas y reproches que la cultura social puede imponer cuando su comportamiento es indeseable¹³²⁹. Logrando con ello que el juez pueda soportar la presión e influencias incluso amenazas que pueden pretender evitar que decida alejado de los principios y valores que vienen desde sus bases morales.¹³³⁰

Séptima Conclusión: En una sociedad democrática tener jueces que sean independientes resulta obvio, lo que no lo es la determinación de cuán independientes queremos que sean. Ello depende principalmente de la caracterización de la cultura legal y que en Chile está dada por la aceptación de una función jurisdiccional de orden

¹³²⁸ SHEETRET (2012) p. 18.

¹³²⁹ WENCES y BONILLA (2014) p. 67.

¹³³⁰ PIMENTEL (2009) p. 22.

legalista, mecánica y logicista que si bien reconoce que en las decisiones judiciales pueden haber consideraciones valorativas, blinda la independencia de la Corte Suprema desde sus orígenes constitucionales.¹³³¹ Esta cultura legal la dividimos en dos tipos: una interna y otra externa, la primera formada por quienes están dentro o se relacionan con el sistema judicial y la segunda que alberga a otras instituciones, la sociedad, los MCS, es decir, quienes no se encuentran en ese sistema. La Corte Suprema, como parte de la cultura interna, se autodefine como un órgano técnico, apolítico¹³³² e independiente e irresponsable de las cuestiones jurídicas y del efecto de sus propias sentencias porque solo aplican la ley.¹³³³

Por su parte la cultura legal externa frente al sistema judicial y a esa cultura interna, en la práctica no hace una diferenciación entre la autonomía o independencia real del Poder judicial frente a los detentadores del poder político y tampoco con la independencia de la función judicial, sobre todo en lo que respecta al juez supremo. No hay una diferencia clara entre lo institucional y lo funcional. De ahí que para la cultura externa el Poder Judicial no es un poder independiente de los poderes políticos. De ahí surge la percepción de desconfianza de parte de la sociedad cuando por un lado se sostiene que los jueces no crean Derecho en circunstancias que eventualmente, si lo hacen y la sociedad se da cuenta de ello¹³³⁴ o cuando se estima que el sistema es permeable a cierto grado de corrupción¹³³⁵ o cuando su actuación en un régimen no constitucional es cuestionado.

Sin embargo, así como pueden ambas culturas ser contrapuestas, coinciden en priorizar la independencia respecto del *accountability* judicial como mecanismo de

¹³³¹ BORDALÍ (2003) p. 159

¹³³² CORREA (1988) p. 81.

¹³³³ *Ibidem.* p. 88.

¹³³⁴ LARRAIN (2002) p. 536; *Cfr.* Para Alberto Binder (2007) p. 6, si bien hay una configuración histórica en América Latina de legalidad no resulta fuciente en cuanto al desarrollo de la cultura jurídica actual, se hace necesario un esquema de análisis que permita superar el desaliento que produce la constatación del incumplimiento de leyes cuyo sentido es evidente, desaliento que aparece cuando la sociedad puede constatar que los jueces supremos hacen derecho.

¹³³⁵ MORA (2003) p. 42.

control convirtiendo a la Corte Suprema en una institución permanentemente intocable¹³³⁶. Que no necesariamente per se sea algo negativo, hasta que existe la posibilidad de aplicar en sus decisiones otros factores distintos a la ley misma. Esto nos hizo ver que la independencia de la Corte Suprema no solo se encuentra en la norma positiva, sino que el poder real que detenta, es el resultado de convenciones constitucionales y prácticas informales¹³³⁷ y esto nos demuestra la gran diferencia que puede haber entre lo que establece la ley o la Constitución de lo que en realidad ocurre.

Octava Conclusión Cuando señalamos que la independencia de la Corte Suprema no solo se encontraba en la norma positiva, sino que el poder real que detenta, como resultado de convenciones constitucionales y prácticas informales, lo hicimos sobre la base de hacer un análisis de lo establecido en la Constitución chilena sobre la remoción de su cargo de un magistrado, lo sucedido en la historia constitucional y cuando la Corte, en los casos difíciles muestra claras contradicciones. Pudimos concluir que la normativa constitucional establece causales de remoción pero que, sin embargo, a lo largo de la historia legislativa, solo se iniciaron algunos procesos principalmente por notable abandono de deberes pero que lamentablemente no siempre se llegaron a sancionar y que ninguno consideró la decisión judicial.

Novena Conclusión Esa conclusión carecería de fuerza si solo tuviéramos como base la historia constitucional de la Corte Suprema y su relación con el legislativo respecto de los procesos de remoción que debieron iniciarse cuando el judicial incurrió en lo que en la norma establece como *abandono de deberes*, y lo que para nosotros en el presente trabajo se relaciona con los fallos en los *casos difíciles* y la notoria falta en ellos de apego a la ley.

Revisada la jurisprudencia elegida pudimos ver que hay cambios y que hoy con ella se pretende moldear al estado, sin apearse a la norma jurídica en su caso forzando su aplicación, no necesariamente como un proceso de sometimiento a los otros poderes

¹³³⁶ BRAVO (2003) p. 537.

¹³³⁷ KOSAT (2013) p. 14.

políticos, sino nos parece que esa tradicional concepción de independencia judicial se ha abierto y ha dado paso una autonomía de independencia imbatible, donde el juez supremo traspasó límites dada su auto comprensión de su independencia, ante la asignación de mayores responsabilidades que le exigen las nuevas democracias y con ello la alguna vez clara separación de poderes ya no lo es tanto.

Lo dicho había que probarlo, realizamos el análisis sistemático de las sentencias para observar el accionar práctico de la Corte Suprema, importante por el valor que la cultura legal del Chile moderno le da al rol democrático del juez.¹³³⁸ La verificación de lo señalado, la hicimos a través del análisis de sus fallos, aun cuando nuestro estudio no fue exhaustivo por limitaciones varias y entre ellas el tiempo y el acceso a la información pudimos ver que ante la sofisticación¹³³⁹ de los derechos, la ley no había perdido su vigor pero si su reinado¹³⁴⁰. Elegimos entonces de todas las sentencias preseleccionadas, una que dentro del universo definido represente adecuadamente lo que habíamos definido como sentencias en *casos difíciles*. Entonces en nuestro proceso de su codificación realizado a través de métodos como el análisis de contenidos, la teoría fundamentada y el uso de un software de apoyo para el análisis legal denominado Atlaslti, pudimos establecer tres códigos: Alejamiento normativo, separación de funciones estatales y problemas éticos.

Para que dichos códigos pudieran tener un sentido replicable, teorizamos los mismos, entendiendo al primero, como aquella conducta través de la cual un juez o jueces, obviando el principio de legalidad, se apartan de la norma legal ignorando o interpretando dicha norma de una manera distinta a la real¹³⁴¹ atribuyendo a un hecho o una relación una calificación distinta a la que se le debe aplicar y que le es propia¹³⁴²; en el segundo partiendo de la tradicional separación de funciones del gobierno, determinamos que la revisión de normas del ejecutivo, la declaración ilegítima una ley,

¹³³⁸ VERGARA (2015) p. 1.

¹³³⁹ FERMANDOIS (2005) pp. 15 y 16.

¹³⁴⁰ VERGARA (2018) pp. 22-23.

¹³⁴¹ ITURRASPE (2005) p. 39.

¹³⁴² BETTI (2000) p. 334.

el desconocimiento de las decisiones del legislativo a través de arrogarse atribuciones de autoridades técnicas ignorando la *deferencia de experto* utilizada en áreas como la libre competencia y dejando de lado el judicial su función de resolver controversias entre partes, viola la tradicional concepción de la separación de poderes, a la que además la cultura jurídica chilena le otorga especial deferencia.

Finalmente al problema ético lo entendimos como aquel comportamiento del juez que quiebra el principio de contradicción, y de imparcialidad que son las que guían la decisión jurídica, y deja de tener la fuerza y el coraje para soportar todo lo que no le permite tomar decisiones independientemente.

Décima Conclusión Entonces este estudio termina con tres consideraciones importantes que resumen y demuestran nuestra hipótesis: la cultura legal chilena tanto interna como externa valora la independencia judicial de la Corte Suprema en la teoría y en la práctica y lo hace desde los albores constitucionalistas del sistema legal chileno. Ello ha significado que los magistrados de la Corte Suprema han llegado a subjetivizar sus fallos en los *casos difíciles*, abandonando los principios, la normativa y los modos que esperan que interprete la ley, conectado con el pueblo y sus necesidades¹³⁴³, extralimitando su independencia, pero aun así la cultura legal prioriza sobre el *accountability* la independencia judicial. Demostramos con ello que puede haber una gran distancia entre la concepción del rol judicial de *iure* y la de *facto*. Por lo tanto, un cambio solo podrá darse cuando la cultura legal de independencia, de paso a una *cultura de accountability* y entienda que no se puede olvidar que la ley existe y que al juez supremo no todo le puede estar permitido, porque el público cuando está seguro de que los jueces están sujetos a ciertos castigos por su conducta, es más proclive a aceptar la decisión judicial, hecho que beneficia al judicial y a la sociedad en general¹³⁴⁴.

¹³⁴³ VERGARA (2018) p. 23.

¹³⁴⁴ *Ibidem*. p. 6.

BIBLIOGRAFÍA

ARTICULOS

ABRAHAMSON, Shirley (1996): “Remarks of the Hon. Shirley S. Abrahamson Before the American Bar Association Commission on Separation of Power and Judicial Independence”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol.12, N° 1: pp. 70-86.

ABDISHAKUR, Ali (2014): “The principles of Judicial Independence and Soliland Corts”. Disponible en <http://www.somalilandlaw.com/Independence> of the Judiciary by Abdishajur.pdf. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2017.

ACEVEDO, Santiago (2012): “Castilla y la Corte Suprema-Observaciones Procesales”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2012/08/29/Castilla-y-la-Corte-Suprema--Observaciones-Procesales.aspx>. Fecha de consulta: 29 de mayo de 2019.

ALDUNATE, Eduardo (1995): “La Independencia Judicial Aproximación Teórica Consagración Constitucional y Crítica”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*, vol.16: pp. 11-26.

_____(2001): “La Constitución Monárquica del Poder Judicial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XII, N° 5: pp.193-200.

AMERICA JUDICATURE SOCIETY (1982): “Judicial Independence and Accountability: Walking the Tightrope”, *Judicature*, vol. 66, N° 207: pp. 207-215.

_____(2004): “The Judicial Independence and Accountability Task Force”, *Judicature*, vol. 88, N° 3: p. 114-121.

_____(2005): “Judicial Accountability”, *Judicature*, vol. 89, N° 1: p. 6.

AMUNATEGUI, Andrés (2011): “El Protagonismo Político del Poder Judicial entre los Años 1965 y 1973”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, vol. XXXVI, primer semestre: pp. 641-649.

- ANDENAS, Mad (2007): “A European Perspective on Judicial Independence and Accountability”, *The International Lawyer*, vol. 41, N° 1: p. 1.
- _____(1995): “La Independencia Judicial Aproximación Teórica Consagración Constitucional y Crítica”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVI: pp. 11-26.
- ANDERSON, Stanley (1980): “Judicial Accountability, California & The U.S.A”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 28, N° 3: pp. 394-395.
- ANDREW, James y MAZUR, Eli (2004): “Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet”, *Albany Law Review*, vol. 67: pp. 775-791.
- ANSOLABBEHERE, Karina (2012) “Cultura Legal”, *Eunomia Revista en Cultura de Legalidad*, N° 1: pp. 133-144.
- ASOCIACION NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CHILE (2017): “Memoria sobre la Independencia Judicial en Chile”. Disponible en: <http://www.magistrados.cl/wpcontent/uploads/2017/03/MemoriasobreIndependencia-Judicial-en-Chile.pdf>. Fecha de consulta: 14 de junio de 2018.
- AQUILA, August (2010): “Accountability is Achievable if...”, *CPA Prac. Mgmt*, N° 13: pp. 13-15.
- ATRIA, Fernando (2009): “Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha”, *Estudios Públicos*, N° 79: pp. 352.
- _____(2004) “Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo”, *Revista Estudios de Justicia*, N° 79: pp. 119-123.
- BANDES, Susan (2006): “Judging, Politics, and Accountability: A Reply to Charles Geyh”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, N° 4: pp. 948-963.
- BARAONA, Jorge (2010): “La Cultura Jurídica Chilena: Apuntes Históricos, Tendencias y Desafíos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXV, segundo semestre: pp. 427-448.
- BASABE-SERRANO, Santiago (2019): “Analizando la Calidad de las Decisiones Judiciales en América Latina: Evidencia empírica de 13 Cortes Supremas de la Región”. Disponible en: <https://noticide.files.wordpress.com/2013/08/analizando-lacalidad-de-la-justicia-en-amc3a9rica-latina-paper-cide-1.pdf>. Fecha de consulta: 2 de marzo 2016.

- BARAK, Aharon (1993): “Hermeneutics and Constitutional Interpretation”, *Cardozo Law Review*, vol. 14: pp. 770.
- _____(2002): “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, vol. 116: pp. 19-86.
- BARRIENTOS, Javier (1989): Derecho Común ante la Real Audiencia de Chile en un Alegato del Siglo XVIII, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15: p. 107.
- BASTEN, John (1980): “Judicial Accountability: A Proposal for a Judicial Commission”, *The Australian Quarterly*, vol. 52, N° 4: p. 474.
- BAZAN José Luis y MADRID, Raul (1991): “Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, N° 2: pp. 180-183.
- BEAUCHAMP, Carmen y KING, Bradley (2010): “Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability?”, *St. John’s Law Review Law Review*, vol. 84, N° 1: pp. 4-19.
- BEATSON, Jack (2008): “Judicial Independence and Accountability: Pressures and Opportunities”, *Nottingham Law Journal*, vol. 17, N° 2: pp. 2.
- BERGER, Raoul (1979): “Chilling Judicial Independence”, *Cornell Law Review*, vol. 64, N° 5: pp. 824-825.
- BERLIN, Isaiah (1969): “Two Concepts of Liberty”. Disponible en http://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf. Fecha de consulta: 17 de Junio de 2015.
- BINDER, Alberto (2005): “Los Oficios del Jurista: La Fragmentación de la Profesión Jurídica y la Uniformidad de la Carrera Judicial”, *Revista sobre la Enseñanza del Derecho Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM*, año 3: p. 94.
- BINDMAN, Stephen (1996): “Judicial Independence and Accountability”, *U.N.B.L.J.*, vol. 42, N° 59: p. 64.
- BHUSHAN, Prashant, (2006): “Judicial Accountability or Illusion?”, *Economic & Political weekly*, vol. 41, N° 47: pp. 4847-4849.
- BLOOM, Frederic y SERKIN, Christopher (2012): “Suing Courts”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 79: p. 554.

- BOETTINGER, Camila y LEIVA, Felipe (2011): “Caso Central Termoeléctrica Castilla: Análisis de Jurisprudencia y Algunas Reflexiones”, *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, N° 23: p. 521.
- BOGDANOR, Vernon (2006): “Accountability an the Media: “Parlament and the Judiciary: The problem of Accountability” Disponible en: <https://ukpac.wordpress.com/bogdanor-speech/>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2017.
- BORDALI, Andrés (2003): “Independencia y Responsabilidad de los Jueces”, *Revista de Derecho*, vol. XIV: pp. 159-162.
- _____(2008): “La Doctrina de la Separación de Poderes y el Poder Judicial Chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, primer semestre: pp. 185-205.
- _____(2013): “La Independencia de los Jueces en la Aplicación de la Ley dentro de la Organización Judicial Chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: p. 609.
- _____(2018): “El Régimen de Responsabilidad Disciplinaria de los Jueces Chilenos y su Inadecuación a las Exigencias Constitucionales”, *Revista Ius et Praxis*, año 4, N° 2: pp. 518-529.
- BOSLAND, Jason y JONATHAN, Gill (2014): “The Principles of Open Justice and the Judicial Duty to Give Public Reasons”, *Melbourne University Law Review*, vol. 38: pp. 482-524.
- BOVENS, Mark (2005b): “Public Accountability: A Framework for the Analysis and Assessment of Accountability Arrangments in the Public Domain” (documento sin publicar).
- _____(2007a): “Analysing and Assessing Acountability: A Conceptual Framework”, *European Law Journal*, vol. 13, N° 4: pp. 447-467.
- _____(2007b): “New Forms of Accountability and EU-Governance”, *Corporative European Politics*, vol. 5: pp.107-117.
- _____(2010): “Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism”, *Revista West European Politics*, vol. 33, N° 5: pp 946-963.
- BOVENS, Mark, SCHILLEMANS, Thomas y HART, Paul (2008): “Does Public Accountability Work? An assessment tool”, *Public Administration*, vol. 86, N° 1: pp. 225-231.

- BRADSMAN, Gijs y SCHILLEMANS, Thomas (2012): "The Accountability Cube: Measuring Accountability". Disponible en: <https://academic.oup.com/jpart/article-abstract/23/4/953/960691>. Fecha de consulta: el 16 de marzo de 2016.
- BRAHM, Enrique (1990): "¿Jurisprudencia creativa? La Corte Suprema de Justicia 1841-1860", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 16: p. 556.
- BRAVO, Bernardino (1976): "Los Estudios sobre la Judicatura Chilena de los siglos XIX y XX", *Revista de Derecho Público*, vol. 19, N° 20: p. 93.
- _____(1982): "Bello y la Judicatura la Reforma Judicial", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 171-172: pp.139.
- _____(1992): "La Judicatura Chilena en el Siglo XX. Raices de su Crisis y Vías para su Consolidación", *Revista de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile*, N° 51-52: pp. 91-101.
- _____(2003): "La Corte Suprema de Chile 1823-2003. Cuatro Caras en 180 años", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 3: pp. 537-546.
- BREYER, Stephen (1999): "Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez", *Estudios Públicos*, N° 75: p. 50.
- BRINHERHOFF, Derick (2001): "Taking Account of Accountability: A Conceptual Overview and Strategic Options". Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Derick_Brinkerhoff2/publication/255626993_Taking_Account_of_Accountability_A_Conceptual_Overview_and_Strategic_Options/links/540dff3d0cf2df04e756c6d6.pdf. Fecha de consulta: 10 junio de 2014.
- BRODY, David (2008): "The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence, and Public Trust", *Denver University Law Review*, N° 86: pp. 2-8.
- BROWN, Rebeca (1998): "Accountability, Liberty and the Constitution", *Revista Columbia Law Review*, vol. 98, N° 3: pp. 576.
- BURBANK, Stephen (1996): "The Past, and Present of Judicial Independence", *Judicature*, vol. 80, N° 3: pp. 117- 122.
- _____(1999): "The Architecture of Judicial Independence", *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 316-342.

- _____(2003): “What Do We Mean by “Judicial Independence”?”, *Ohio State Law Journal*, vol. 64: pp. 325 y 329.
- _____(2004) “Issues in Judicial Independence and Accountability”, *Judicature*, vol. 88 N° 3: pp. 114-121.
- _____(2005a) “Judicial Accountability to the Past, Present and Future: Precedent Politics and Power”, *UALR Law Review*, vol.28: pp. 20-61.
- _____(2005b) “Challenges Facing an Independent Judiciary”, *New York University Law Review*, vol. 80, N° 5: pp. 1345-1365.
- _____(2007): “Judicial Independence, Judicial Accountability, and Interbranch Relations”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 95: pp. 909-913.
- _____(2008): “Judicial Independence, Judicial Accountability & Interbranch Relations”, *Daedalus*, vol. 137, N° 4: pp. 18-21.
- BURGESS, J.A. (2008): “When Circularity in Definition Benign?”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 58, N° 231: p. 214.
- CADY Mar y PHILIPS, Jess (2008): “Preserving the Delicate Balance Between Judicial Accountability and Independence: Merit Selection in the Post-White World”, *Cornell Journal of Law And Public Policy*, vol. 17, N° 2: pp. 346-347.
- CAPPELETTI, Mauro (1983): “Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31: pp. 1-60.
- CARMAGNANI, Marcelo (2000): *Constitucionalismo y Orden Liberal en América Latina (1850-1920)*, *Revista The Americas*, vol. 59, N° 1: p.127-128.
- CARMONA, Salvador y EZZAMEL, Mahmoud (2005): “Accounting and Forms of Accountability in Ancient Civilizations: Mesopotamia and Ancient Egypt”. Disponible en: <file:///Users/gabrielaflorescalvo/Downloads/SSRN-id1016353.pdf>. Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2015.
- CAROCA, Alex (1998): “La Corte Suprema y sus Competencias en Chile. Reflexiones sobre las Funciones de la Corte Suprema”, *Revista Ius et. Praxis*, vol. 4, N° 1: pp. 191-208.
- CARPENTER, Gretchen (2006): “Judiciaries in the Spotlight”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39, N° 3: pp. 362-383.

- CARRINGTON, Paul (1998): “Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, N° 3: p. 80.
- CARRINGTON, Paul y CRAMFORT, Roger (2009a): “Original Sin and Judicial Independence Providing Accountability for Justices”, *William and Mary Law Review*, vol. 50, N° 4: pp. 549-590.
- _____(2009b): “Judicial Independence in Excess: Reviving the Judicial Duty of the Supreme Court”, *Cornell Law Review*, vol. 94: pp. 1106-1107.
- CEA, José Luis (1983): “Sistema y Problema de la Investigación Jurídica para una Dogmática Flexible del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10: pp. 341-355.
- _____(1989): “Aproximación a la Conciencia Constitucional Chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16: pp. 221.
- CERON, Roberto (2011): “La Cultura Jurídica de los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el Siglo XIX (1823-1900)”. Disponible en: https://www.academia.edu/37366505/Cer%C3%B3n_Roberto_La_cultura_jur%C3%ADdica_de_los_ministros_y_fiscales_de_la_Corte_Suprema. Fecha de consulta: 12 de junio de 2015.
- CHAIRES, Jorge (2004): “La Independencia del Poder Judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 37, N° 110: pp. 528-531.
- COKE, Robin (2010): “Empowerment and Accountability: The Quest for Administrative Justice”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 18, N° 4: p. 1331.
- COLBRAN, Stephen (2003): “The Limits of Judicial Accountability: the Role of Judicial Performance Evaluation”, *Revista Legal Ethics*, vol. 6, N° 1: pp. 55-64.
- COLLIER, David y MAHON James (1993) “Conceptual “Stretching” Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis”, *The American Political Science Review*, vol. 87, N° 4: pp. 854-849.
- CONTESSE, Jorge (2005): “Responsabilidad por la Interpretación Constitucional”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11: pp. 281-284.
- _____(2008): “Las Instituciones Funcionan”: La falta de Diálogo Constitucional en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 14: pp. 51-73.
- CONSIDINE, Mark (2002): “The end of the Line? Accountable Governance in the Age of Networks, Partnerships, and Joined-Up Services, Governance”, *International Journal of Policy, Administration and Institutions*, vol. 15, N° 1: pp. 21-35.

- CONTINI, Francesco y MOHR, Richard (2007): “Reconciling Independence and Accountability in Judicial Systems”, *Utrecht Law Review*, vol. 3, N° 2: pp. 26-41.
- CONTRERAS, Carlos (2007): “De lo Oblícuo a lo Aporético Responsabilidad, Justicia y Desconstrucción”, *Revista de Filosofía*, vol. 63:p. 111.
- CORDERO, Luis (2012): “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está Revolucionando la Regulación Ambiental?”, *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 1: pp. 375.
- CORREA S., Jorge (s/f): “El Poder Judicial a 10 años de la Detención de Pinochet en Londres” (s/p). Trabajo no publicado.
- CORREA P., Rodrigo (2005): “El Gobierno Judicial ante la Constitución”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6: pp 117-126.
- COX, Archibald (1996): “The Independence of the Judiciary: History and Purposes”, *University of Dayton Law Review*, vol. 21, N° 3: pp. 574 y ss.
- CROLEY, Steven (1995): “ The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 62: p. 208.
- CURTIN, Deirdre y NOLLKAEMPER, André (2006): “Conceptualizing Accountability in International and European Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36: pp. 1.
- CURRIE, David (1998): “Law and Contemporary Problems”, *Duke University School of Law*, vol. 61, N° 3.
- DASGUPTA, Shayonee y AGARWAL, Sakshi (2009): “Judicial Accountability and Independence: Exploring the limits of Judicial Power”, *NUJS Law Review*, vol. 2, N° 4: pp. 783-802.
- DAY O’CONNOR, Sandra (2008): “Judicial Accountability must Safeguard not Threaten Judicial Independence: An Introduction”, *Denver University Law Review*, vol. 86, N° 1: pp 1-6.
- DELAVEAU, Rodrigo (2010): “Radiografía al Poder Judicial Corte Suprema y Cortes de Apelaciones 2010”. Disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sij3radiografiaalpoderjudicialcortesupremaycortesdeapelaciones2010delaveauseptiembre2010.pdf. Fecha de consulta: el 12 de abril de 2014.
- DEEPANKAR, Sharma (2014): “Judicial Accountability: Need of the Hour”, *International Journal of Research in Social Sciences*, vol. 4, N° 2: pp. 160.

- DELGADO, Richard (1999): “Rodrigo’s Committee Assignment: A Skeptical Look al Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72: pp.15-37.
- DECKER, Kalus, MÓHLEN Christian y VARELA, David (2011): “Improving the Performance of Justice Institutions”. Disponible en: <file:///Users/gabrielaflorescalvo/Desktop/DOCTORADO%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%202014%20ORGANIZADO/IMPROVING%20THE%20PERFORMANCE%20OF%20JUSTICE%20INSTITUTIONS%20.pdf>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.
- DE RAMON, Armando (1989): “La Justicia Chilena entre 1875 y 1924”, *Anuario Cuaderno de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales*, N° 12: pp. 12-58.
- DIEZ-PICASO Luis María (1992): “Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, N° 34: p. 2.
- DINH, Viet (2008): “Threats to Judicial Independence Real and Imagined”, *Deadalus*, vol. 137, N° 4: p. 65.
- DONOSO, Guillermo (1993): “Debate Parlamentario de la Acusación a la Corte Suprema Formulada en 1868”, *Derecho y Humanidades*, Año II, N° 3 y 4: p. 270.
- DOUGNAC, Antonio y CERON, Roberto (2016): “La Silueta de la Judicatura Chilena en el siglo XIX”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Año LXXXII, N° 25: pp. 10, 5 y 61-64.
- DUBNICK, Melvin (2002): “Seeking Salvation for Accountability”. Disponible en: <http://mjdubnick.dubnick.net/papersrw/2002/salv2002.pdf>. Fecha de Consulta: 12 de junio de 2016.
- _____(2003): “Accountability and Ethics: Reconsidering the Relationships”, *International Journal of Organization Theory and Behavior*, vol. 6, N° 3: pp. 405-444.
- _____(2005): “Accountability and the Promise of Performance: In Search of the Mechanism”, *Public Performance and Management Review*, vol. 28, N° 3: pp. 376-417.
- _____(2007) “Accountability as a Cultural Key Word”. Prepared for a Presentation at a Seminar of the Research Colloquium on Good Governance, *Netherlandas Institute of Government*, N° 1: p. 10-14.

- _____(2011): “Move Over Daniel: We need Some “Accountability Space”, *Administration & Society*, vol. 43, N° 6: pp. 704-716.
- DUBNICK Melvin y JUSTICE, Jonathan (2004a): “Accounting for Accountability”:
Disponibile en: https://www.academia.edu/2748757/Accounting_for_accountability.
 Fecha de consulta: 21 de marzo de 2015.
- _____(2004b): “Zones of Accountability and the Limits of Authority”, *Public Integrity*, vol. 6, N° 2: pp. 141-157.
- DUBNICK, Melvin y ROMZEK, Barbara (1987): “Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy”, *Public Administration Review*, vol. 47, N° 3: p. 228.
- ERKKILA, Tero (2002): “Governance and Accountability Ashift in Conceptualisation”, *Public Administration Quarterly*, vol. 31, N° 1/2: pp. 2 y 7.
- FEERICK, John y VANCE, Cyrus (1989): “Foreword, Report: Foreword”, *Pace Law Review*, vol. 9, N° 2: p. 201.
- FEIN, Bruce y NEUBORNE, Burt (2000): “Why Should We Care About Independence and Accountable Judges?”, *The Journal of the America Judicature Society*, vol. 84, N° 2: p. 4.
- FEREJOHN, John (1998): “Dynamics of Judicial Independence: Independence Judges Dependent Judiciary”
Disponibile en: <http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/ferejohn.pdf>.
 Fecha de consulta: 23 de octubre 2013.
- _____(1999): “Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 353-355.
- FEREJOHN, John y KRAMER, Larry (2002): “ Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint”, *New York University Law Review*, vol. 77, N° 4: pp. 970-978.
- FERNANDEZ, Miguel Ángel (1992): “La Conciencia Constitucional y su Aplicación al Caso Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 3: pp. 462-466.
- FINER, Herman (1941): “Administrative Responsibility in Democratic Government”, *Public Administration Review*, vol. 1, N° 4: p. 335-350.
- FISHER, Elizabeth (2004): “The European Union in the Age of Accountability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, N° 3: pp. 485-499.

- FISS, Owen (1993): “Perspective The Limits of Judicial Independence”: *Inter-American Law Review*, vol. 25, N° 1: pp. 57-59.
- FLORES M., Alvaro (2005): “Gobierno Judicial: El Caso Chileno la Reforma Olvidada”, *Revista de la Justicia*, N° 6: pp. 1-30.
- FOX, Jonathan (2010): “The Uncertain Relationship Between Transparency and Accountability”, *Revista Development and Practice*, vol. 17, Numbers 4-5: pp. 663-665.
- FRIEDLAND, Martin (2001): “Judicial Independence and Accountability in Canada”, *The Advocate*, vol. 59 part. 6: pp. 859-872.
- FRIEDMAN, Lawrence (1969): “Legal Culture and Social Development”, *Revista Law & Society Review*, vol 4. N° 1, Agosto: pp. 33-36.
- KORT, Fred (1957) “Predicting Supreme Court Decisión Mathematically: A Quantitative Analysis of the Right to Counsel Cases”, *American Political Science Review*, vol. 57, N° 1: 1-12.
- FUNDACIÓN POR EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DPLF) (s/f): “Independencia Judicial y Rendición de Cuentas. Hacia un Debate Pluralista en el Salvador”. Disponible en: <http://dplf.org/uploads/1184345656.pdf>. Fecha de consulta: 12 de julio de 2013.
- GALVEZ, Ricardo (1987): “La Autonomía Judicial en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14: p. 70.
- GARCIA, José Francisco y LETURIA, Javier Francisco (2006): “Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia Empírica y Lineamientos para una Reforma”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2: pp. 345-348.
- GARCIA, J. Francisco, (2009): “Corte Suprema y Gobierno Judicial: un Programa de Reformas”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 20, Tomo 1: pp. 81-99.
- GARCIA, Juan Antonio (2006): “Existe la Discrecionalidad en la Decisión Judicial?”, *Isegoría Revista de Filosofía, Moral y Política*, N° 35: p. 152.
- GARCIA, Francisco (s/f) : “Fallo Castilla y Activismo”. Disponible en: www.elvaso.cl/2012/09/control-judicial-evaluación-por-desempeno/. Fecha de consulta: 14 de junio 2013.

- GARDNER, Charles (1993): "Informal Methods of Judicial Discipline", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141: pp. 304-306.
- _____(1996): "Paradise Lost, Paradigm Found: Redefining the Judiciary's Imperiled Role in Congress", *New York University Law Review*, vol. 71: pp. 1238.
- _____(2003): "Why Judicial Elections Stink", *Ohio State Law Journal*, vol. 64: pp. 49-72.
- _____(2006a): "Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rethoric", *Indiana University Maurer School of Law*, vol. 56, N° 4: pp. 911-949.
- _____(2008): "The Endless Judicial Selection Debate and Why it Matters for Judicial Independence", *The Georgetown of Legal Ethics*, vol. 21: p. 1265.
- _____(2013): "The American Judicature Society and Judicial Independence: Reflections at the Century Mark", *Judicature*, vol. 96, N° 6: pp. 258 y 261.
- _____(2014): "Straddling the Fence Between Truth and Pretense: The Role of Law and Preference in Judicial Decision Making and the Future of Judicial Independence", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 22, N° 8: pp. 435-448.
- GAR, Yein Ng (2011): "A Discipline of Judicial Governance?", *Utrecht Law Review*, vol. 7, N° 1: pp. 103-105.
- GAROUPA, Nuno y GINSBURG, Tom (2009): "Guardian the Guardian: Judicial Council and Judicial Independence", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, N° 1: pp 103-131.
- _____(2008): "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence", *Coase-Sandor for Law and Economics of Chicago Unbound*, N° 444: pp. 2-17.
- _____(2009): "The Comparative Law and Economics of Judicial Council": *Berkeley J. International Law*, vol. 27, N° 1: pp. 53-83.
- GAVIZON, Ruth (1987): "The implication of Jurisprudencial Theories for Judicial Selection, Election and Accountability", *Southern California Law Review*, vol. 61: pp. 1617-1660.
- GEORGE, Ronald (2005): "Challenge Facing an Independent Judiciary", *New York University Law Review*, vol. 80, N° 5: pp. 1347.

- GOLDRING, George (1987): "The Accountability of Judges", *The Australian Quarterly*, vol. 59, N° 2: pp. 152-153.
- GRANT, Ruth y KEOHANE, Robert (2005): "Accountability and Abuses of Power in World Politics", *American Political Sciences Review*, vol. 99, N° 1: pp. 29.
- GRAY, Cinthia (2004): "The Line between Legal error and Judicial Misconduct: Balancing Judicial Independence and Accountability", *Hoftra Law Review*, vol. 32: pp.1245-1280.
- GRAY, Cinthia y HOLLAND, Randy (2000): "Judicial Discipline Independence with Accountability", *Widener Law Symposium Journal*, vol. 5: pp. 117-125.
- GREENE, Abner (1997): "Discounting Accountability", *Fordham Law Review*, vol. 65, N° 4: pp. 1489-1505.
- GRIFFEN, Wendell (1999): "Comment: Judicial Accountability and Discipline": *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, N° 3: pp. 75-76.
- GORDON, Bermant y RUSSELL, Wheeler (1995): "Federal Judges and the Judicial Branch: Their Independence and Accountability", *Mercer Law Review*, vol. 46: p. 840.
- GUASTINI, Ricardo (2015): "Interpretación y Construcción Jurídica": *ISONOMIA*, N° 43: p. 14.
- HALL, Mark y WRITH, Ronald (2008): "Systematic Content Analysis of Judicial Opinions", *Revista California Law Review*, vol. 96, N° 1: pp. 63-407.
- HAINES, Clifford (2010): "Judicial Independence and Judicial Accountability: How Judicial Evaluation can Support and Enhance Both", *Duquesne Law Review*, vol. 48: pp. 916 y 926.
- HANDBERG, Roger (1994-1995): "Judicial Accountability an Independence Balancing Incompatible?", *Miami Law Review*, vol. 49: pp 127-137.
- HAQUE, Shamsul (2000): "Significance of Accountability Under the New Approach to Public Governance", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 66: pp. 599-600.
- HARO, Ricardo (2004): "La Conciencia Constitucional y el Magisterio Judicial de los Tribunales Constitucionales". Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-conciencia-constitucional-y-el-magisterio>. Fecha de consulta, 10 de enero de 2017.

- HEFFERMAN, Nathan (1997): “Judicial Responsibility, Judicial Independence and the Election of Judges”, *Marquette Law Review*, vol. 80, Nº 4: pp.1031-1051.
- HELLMAN, Arthur (2007): “Justice O’Connor and “The Threat to Judicial Independence”: The Cow Girl Who Cried Wolf?”, *Arizona State Law Journal*, vol. 39: pp. 859-862.
- HOOD, Christopher (2010): “Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?”, *West European Politics*, vol. 33, Nº 5: pp. 989-992.
- HORVITZ, María Ines (2007): “Independencia de los Jueces y Estructura Judicial”, *Expansiva*, Nº 118: p. 10.
- INCLAN, Silvia y INCLAN, María (2005): “Las Reformas Judiciales en América Latina y la Rendición de Cuentas del Estado”, *Perfiles Latinoamericanos*, Nº 26: p. 60.
- JAYAWICKRAMA, Nihal (2000): “Developing a Concept of Judicial Accountability- The Judicial Integrity Group and The Bangalore Principle of Judicial Conduct”, *Commonwealth Bulletin*, vol. 28, Nº 2: pp.1091-1108.
- KAHN, Frances (1999): “The Accountable Judge: Guardian of Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 625-640.
- KARLAN, Pamela (1999): “Two Concepts Of Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 535-558.
- KEOHANE, Robert (2003b): “The Concept of Accountability in World Politics and the Use of Force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 24: pp. 1130.
- KIRBY, Michel (2003): “Judicial Accountability in Australia”, *Legal Ethics*, vol. 6, Nº 1: pp. 41-54.
- KLOPPENBERG, Lisa (1996) “The Public Interest in the Worl of the Courts: Opinions and Beyond”, *Santa Clara Law Digital Commons*, vol. 75: pp. 249-256.
- KOHIBACHER, Florian (2006): “The Use of Qualitative Content Analysis in Case Study Research”, *Qualitative Social Research*, vol. 7, Nº 1: pp 2-23.
- KOPPELL, Jonathan (2005): “Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of “Multiple Accountabilities Disorder”, *Revista Public Administration Review*, vol. 65, Nº 1: pp. 94-105.

- KOSAR, David (2013): "The Least Accountable Branch", *Oxford University Press*, vol. 1, N° 1: pp. 234-260.
- _____(2013): "The Least Accountable Branch". Disponible en: www.globallawbooks.org. Fecha de consulta: 6 de junio de 2013.
- LAWRENCE, Alexander (1988): "Legal Theory and Judicial Accountability: A Comment on Seidman", *Southern California Law Review*, vol. 61: pp. 1601-1605.
- LERNER, Jennifer y TETLOCK, Philip (1999): "Accounting for the Effects of Accountability", *Psychological Bulletin*, vol. 125, N°3: pp. 255.
- LETURIA, Francisco y CAVIEDES, Cristóbal (2012): "Poder Judicial en Chile. Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales", *Libertad y Desarrollo*, N° 8: pp. 5-32.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2012): "Activismo y Accountability Judicial". Disponible en: http://www.lyd.com/wpcontent/files_mf/tp1080activismojudicialdcm1.pdf>. Fecha de consulta: 6 de junio 2013.
- LYNCH, Andrew (2004): "Is Judicial Dissent Constitutionally Protected?", *Macquarie Law Journal*, vol. 4, N° 81: pp. 1-20.
- LINDBERG, Staffan (2013): "Mapping Accountability: Core Concept and Subtypes", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 79, N° 2: pp. 203-207.
- LIPPMAN, Jonathan (2008): "Institutional Independence of the Judiciary", *New York Law Journal*, vol. 240, N° 6: pp. 1-2.
- LIPKIN, Robert (2008): "What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review?", *Widener Law Review*, vol. 14: pp. 2-50.
- LOVE, Rebecca y SINGER, Jordan (2007): "The Judicial Performance Evaluation to Promote Judicial Accountability", *Judicature*, vol. 90, N° 5: pp. 200-207.
- LUBET, Steven (1998): "Judicial Discipline and Judicial Independence", *Revista Law and Contemporary Problems*, vol. 6, N° 3: pp. 59-74.
- MANSILLA, Fabricio (2009): "Interpretar": ¿Aplicar o Crear Derecho? Análisis desde la Perspectiva del Derecho Privado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 33, segundo semestre: pp. 553 y 564.

- MACQUEEN, Kathleen, MACLELLAN, Eleanor y KAY, Kelly (1998) “Codebook Development for Team Based Qualitative Analysis”, *Cultural Anthropology Methods*, vol. 10, N° 2: pp. 31-32.
- MARSHALL, William (2006): “Judicial Accountability in a Time of Legal Realism”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, N° 4: pp. 937-944.
- MENACHEM, Mautner (2011): “Three Approaches to Law and Culture”, *Cornell Law Review*, vol. 96: p. 840.
- MINEGAR, Steven (2011): “Judicial Accountability versus the Separation of Powers: Perspectives on Brazil’s National Council of Justice”, *International Criminal Justice Review*, vol. 21 N° 4: pp. 385-395.
- MOLLARD, Murray (2004): “Delivering Democracy: The Challenge of Judicial Accountability”, *The Advocate*, vol. 62: pp.337-340.
- MONARDES, Alvaro (2005): “Gobierno Judicial: El Caso Chileno la Reforma Olvidada”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6: pp. 131-144.
- MONCRIEFFE, Joy Marie (1998): “Reconceptualizing Political Accountability”, *International Political Science Review/Revue Internationale de Science Politique*, vol. 9: pp.387-401.
- _____(2001) “Accountability: Idea, Ideals, Constraints”, *Democratization*, vol. 8, N° 3: p. 26.
- MORA, Luis Paulino (2003): “Apuntes sobre el estado de los Sistemas Judiciales Latinoamericanos”. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_view/894-apuntes-sobre-el-estado-de-los-sistemas-judiciales-latinoamericanos. Fecha de consulta: 29 de julio 2013.
- MULGAN, Richard (2000a): “Accountability”: An Ever-expanding Concept?”, *Public Administration*, vol. 78, N° 3: pp. 555-573.
- NELKEN, David (2004): “Using de Concept of Legal Culture”, *Australia Journal of Legal Philosophy*, vol. 29: pp.1-9.
- _____(2012): “Derecho y Cultura Juridica en Chile”. Disponible en: <http://www.jstor.org.ezproxy.puc.cl/stable/pdfplus/761422.pdf?&acceptTC=true&pdfConfirm=true>. Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2015.

- NEWELL, Peter y BELLOUR, Shaula (2002): “Mapping Accountability: Origins, Contexts and Implications for Development”. Disponible en: <https://www.ids.ac.uk/files/Wp168.pdf>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2015.
- O’DONNELL, Guillermo (1997): “Accountability Horizontal”, *Estudios Políticos*, N° 19, cuarta época: pp. 29-45.
- _____(2001) “Accountability Horizontal: La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política”, *ISONOMIA Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 14: pp. 22-29.
- _____(2004): “Accountability Horizontal: La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política”, *Revista Española de Ciencia Política*, N° 11: pp. 11-31.
- OLOWOFOYEKU, Abimbola (1989): “The Beleaguered Fortress: Reflections on the Independence of Nigeria’s Judiciary”, *Journal of African Law*, vol. 33, N° 1: p. 55.
- ORREGO, Cristóbal (2002): “La Cultura Jurídica Interna hacia el Colapso de la Pirámide”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20: pp.460-464.
- OLSEN, Johan (2013): “The Institutional Basis of Democratic Accountability”, *West European Politics*, vol. 36, N° 3: pp. 448-473.
- OTEGBEYE, Peter (2016): “Accountability a Corrective Mechanism in Resolving Organisational Challenges”, Independent: pp. 1-63.
- PARAM CUMARASWAMY, Dato (2003): “Tensión Between Judicial Independence and Judicial Accountability”. Disponible en: <http://www.humanrights.asia/resources/journalmagazines/article2/0205/tensionbetweeen-judicial-independence-and-judicial-accountability>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2012.
- PATERSON, Alan y PATERSON, Chris (2012): “Guarding the Guardians? Toward an Independent, Accountable and Diverse Senior Judiciary”: Disponible en: <http://www.centreforum.org/index.php/mainpublications/326-guarding-the-guardians>. Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2013.
- PEÑA, Carlos (1997): “La Modernización de la Justicia”. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PenaSummitSpanish.pdf>. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2013.
- PEREZ-PERDOMO, Rogelio(2000): “Judicial Independence and Accountability”. Disponible en:

www.researchgate.net/publication/277288626_JUDICIAL_INDEPENDENCEDAC_COUNTABILITY. Fecha de consulta. 12 de noviembre de 2017.

_____(2001): “Independencia y Responsabilidad de los Jueces”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N° 20: pp. 97-101.

PERI, Antonina (2012): “Judicial Independence vs. Judicial Accountability Judicial Selection Models for Constitutional Courts a Comparative Analysis”, *Comparative Law Review*, vol. 3: pp. 1-29.

PIMENTEL, David (2009): “Reframing the Independence vs. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judge’s Courage and Integrity”, *Cleveland State Law Review*, vol. 57, N° 1: pp.1-40.

_____(2011): “Judicial Independence at the Crossroad: Grappling With Ideology and History The new Nepali Constitution”, *International & Comparative Law Review*, vol. 21, N° 2: pp. 211-217.

PLESCIA, Joseph (2001): “Judicial Accountability and Immunity in Roman Law”, *Revista The American Journal of Legal History*, vol. 45, N° 1: pp. 51-70.

POLLIT, Christopher y SUMMA, Hilka (1997): “Reflexive Watchdogs? How Supreme Audit Institutions Account for Themselves”, *Public Administration*, vol. 75: pp. 313-315.

POLLIT, Christopher y HUPE, Peter (2011): “Taking about Government the Role of Magic Concepts”, *Public Management Review*, vol. 13, N° 5: pp. 641-658.

POSNER, Richard (1993): “What do Judges and Justices Maximize”: (The same Thing Everybody Else Does), *Supreme Court Economic Review* vol. 3: pp-1-41.

_____(2005): “Foreword: “A Political Court”, *Harvard Law Review*, vol. 119, N° 31: pp. 60 y ss.

PRASHANT, Bhushan (2006): “Judicial Accountability or Ilusion?”, *Revista Economic an Political Weekly*, vol. 41, N° 47: pp. 4847-4848.

PRYOR, William (2007): “Judicial Independence an the Lesson of History”. Disponible en:
https://www.law.csuohio.edu/sites/default/files/lawlibrary/judge_pryor_jud_indepad_lesson_of_history.pdf. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2016.

- RADIN, Beryl y ROMZEK, Barbara (1966): “Accountability Expectations in an Intergovernmental Arena: The National rural Development Partnership”, *The Journal of Federalism*, vol. 26, N° 2: p. 61.
- RAMOS, Marisa (s/f): “El Poder Judicial: la Justicia”. Disponible en: http://www.usal.es/~dpublico//areacp/materiales_docentes.html.pp. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2016.
- REDISH, Martin (1999): “Judicial Discipline, Judicial Independence, and the Constitution: A textual and Structural Analysis”, *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 674.
- RICO, José María, SALAS, Luis (1999): “Independencia Judicial en América Latina: Replanteamiento de un Tema Tradicional”. Disponible en: <https://caj.fiu.edu/publications/monographs/ind-jud.pdf>, s/p. Fecha de consulta: 22 de junio de 2017.
- RONALD, George (2005): “Challenges Facing an Independent Judiciary”, *New York University Law Review*, vol. 80, N° 5: p. 1350.
- ROSENN, Keith (1987): “The Protection of Judicial Independence in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 19, N° 1: pp. 4-22.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (1990): “Análisis Comparado de la Función Judicial Chilena”, *Estudios Públicos*, N° 39: p. 154-155.
- _____(2003): “Comentarios a la Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema durante el año 2001”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3: pp. 68.
- SAKALA Ernest (2005): “The Accountability of the Judiciary- but Accountable to Whom is there such a Mechanism?”. Disponible en: http://www.venice.coe.int/SACJF/2005_08_NAM_Windhoek/Namibia%202005%20SKALA%20EL,%20CJ.pdf. Fecha de consulta: 13 de julio 2015.
- SALEHIJAM, Maryam (2018): “The Value of Systematic Content Analysis in Legal Research”, *Tilburg Law Review*, N° 10: pp.36-38.
- SAMUEL, Paul (1992): “Accountability in Public Services, Exit, Voice and Control”, *World Development*, vol. 20, N° 7: pp. 1056-1057.
- STRASSFELD, Robert (2006) “Symposium-Judicial Independence and Judicial Accountability: Searching for the Right Balance- “Atrocious Judges” and “Odious” Courts Revisited”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, N° 4: pp. 899-909.

- SEIDMAN, Michael (1988): “Ambivalence and Accountability”, *Southern California Law Review*, vol. 61: pp. 1572-1575.
- SCHILLEMANS, Thomas (2008): “Accountability in the Shadow of Hierarchy: The Horizontal Accountability of Agencies”, *Public Organiz Review*, vol. 8: pp. 175-194.
- _____(2011): “Does Horizontal Accountability Work? Evaluating Potential Remedies for the Accountability Deficit of Agencies”, *Administration & Society*, vol. 43, N° 4: pp. 387-416.
- _____(2013): “The Public Accountability Review: A Meta-Analysis of Public Accountability Research in Six Academic Disciplines”. Disponible en: <file:///Users/gabrielafloriscalvo/Desktop/THE%20PUBLIC%20ACCOUNTAIBLI20REVIEW%20A%20META%20ANALYSIS%20OF%20PUBLIC%20ACCOUTA%20RESEARCH%20IN%20SIX%20ACADEMIC%20DISCIPLINES%20THOMAS%20SCHILLEMANS.pdf>. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2015.
- SCOTT, Colin (2000): “Accountability in the Regulatory State”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, N° 1: p.39.
- SHANE, Peter (1998): “Interbranch Accountability in State Government and the Constitutional Requirement of Judicial Independence”, *Law and the Contemporary Problems*, vol. 61, N° 3: pp. 22-53.
- SHETREET, Shimon (1987): “The Limits of Judicial Accountability: A Hard Look at the Judicial Officers Act 1986”, *UNSW Law Journal*, vol. 10: pp. 4-63.
- SCHLESINGER, Arthur M. Jr. (1947): “The Supreme Court”, *Fortune*, vol. XXXV, N° 1: p. 77.
- SCHEDLER, Andreas (2004): “Arguing and Observing: Internal and External Critiques of Judicial Impartiality”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12 N° 3: pp. 251-255.
- SINCLAIR, Amanda (1995): “The Chamelon of Accountability: Forms and Discourses”, *Accounting Organizations and Society*, vol. 20, N° 2/3, p. 219.
- SISK, Gregory, HEISE, Michael y MORRIS, Andrew (2004) “Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning”, *New York University Law Review*, vol. 73, N° 5: pp. 1377-1500.

- SMULOVIC, Catalina (2001): “Judicialización y Accountability Judicial en Argentina”. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/SmulovitzCatalina.pdf> p 1-19. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2014.
- SOLOMON, Peter (2002): “Putin’s Judicial Reform: Making Judges Accountable as well as Independent”, *East European Constitutional Review*, Winter/Spring: pp. 117-124.
- SOTO K, Eduardo (2018): “La Fundamentación del Acto administrativo en la Jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 13: p. 226.
- SPITZER, Matt y TALLEY, Eric (2000): “Judicial Auditing”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, N° 2: pp. 649-683.
- STATON, Teresa (2010): “Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41: pp. 329 y 348.
- STEVENS, Robert (1999): “A Loss of Innocence? Judicial Independence and the Separation of Powers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, N° 3: p. 392.
- THE NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE (2008): “Independence, Transparency and Accountability in the Judiciary of Ethiopia”. Disponible en: <https://www.njb.nl/Uploads/2015/6/Rapport-ENCJ-5-juni-2015-1.pdf>. Fecha de consulta: octubre de 2017.
- THOMPSON, Robert (1986): “Judicial Independence, Judicial Accountability, Judicial Elections, and the California Supreme Court: Defining the Terms of the Debate”, *Southern California Law Review*, vol. 59: pp. 809-871.
- THOMPSON, D (1980): “Moral Responsibility of Public Officials: the Problem of Many Hands”, *America Political Sciencia Review*, vol. 74, N° 4: p. 905.
- TOHARIA, Juan José (2000) “La Independencia Judicial y la Buena Justicia”. Disponible en: <file:///Users/gabrielaflorescalvo/Downloads/Barometro%202000.pdf>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017.
- UELMEN, Gerald (2014): “Crocodiles in the Bathtub: Maintaining the Independence of State Supreme Courts in an Era of Judicial Politicization”, *Notre Dame Law Review*, vol. 72, N° 4: pp.1133-1134.
- UHR, John (1993): “Redesigning Accountability: From Muddles to Maps”, *The Australian Quarterly*, vol. 65, N° 2: p.4.

- UTTER, Robert (1989): “State Constitutional Law, The United States Supreme Court, and Democratic Accountability; Is there a Crocodile in the Bathtub?”, *Washington Law Review Association*, vol. 64: pp.19.
- VALENZUELA, Eugenio (1991): “Informe Final sobre Reformas al Sistema Judicial Chileno”, *CEP Estudios Públicos*, N° 41: pp. 145, 172 y 291.
- VARSHO, Kelly (2007): “In the Global Market for justice: Who is Paying the Highest Price for Judicial Independence?”, *N.III.UL Review*, N° 27: p.445-452.
- VOERMANS, Wim (2007) “Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries”, *Utrecht Law Review*, vol. N° 1: pp. 150.
- WEBSTER, Peter (1995): “Selection and Retention of Judges: is there one “Best Method”?”, *Florida State University Law Review*, vol. 23, N° 1: pp.2-15.
- _____(2004): “Who Needs an Independent Judiciary?”, *The Florida Bar Journal*, vol. 78, N° 2: pp. 5-9.
- WHITE, Penny (2002): “Judging Judges: Securing Judicial Independence by use of judicial performance evaluations”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 29: pp. 1053-1062.
- WILDAVSKY, Aaron (1973): “If Planning is Every Thing, Maybe it’s Nothing”: *Policy Science*, vol. 4: pp. 127.
- YARSHO, Kelly (2007): “Who is Paying the Highest Price Judicial Independence?”, *Illinois University Law Review*, N° 27: pp. 445-452.
- ZUÑIGA, Francisco (1998): “Corte Suprema y sus Competencias. Notas acerca de su Potestad Normativa”, *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 1: p. 221.
- _____(2003) “Responsabilidad Constitucional de los Magistrados de los Tribunales Supremos de Justicia”, *Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*, N°1: pp. 635-659.
- _____(2014) “Alcance de la causal de notable abandono de deberes del Artículo 52 N° 2 Letras c) de la Constitución respecto de los ministros de la Corte Suprema. Informe para la comisión encargada de determinar la acusación constitucional en contra del Ministro de la Corte Suprema Hector Carreño Seaman”. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20550&prmTIPO=DOCUMENTOCOMI>. Fecha de consulta: 5 de agosto de 2019.

ZAPATA, Patricio (2007): “La Función Judicial en Chile”, *Expansiva*, N° 116: p.1.

LIBROS

AGUILÓ, Josep (2002): “De nuevo sobre la Independencia e Imparcialidad de los Jueces y Argumentación Jurídica”, en BURGOS, Silva (edit.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA).

ANDENAS, Mad y FAIRGRIEVE, Duncan (2006): “Independence, Accountability and the Judiciary”, en CUVINET, Guy, ANDENAS, Mad y FAIRGRIEVE, Duncan (edit.) *Independence Accountability and the Judiciary* (Inglaterra, The British Institute of International and Comparative Law).

ANDRÉS, ALLENDE, Felipe, Lizama (2004): *Acusaciones Constitucionales: Análisis de un Caso una Vision Parlamentaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BARDIN, Laurence (2002): *Análisis de Contenido* (trad. Cesar Suarez, Madrid, AKALS.A., tercera edición).

BAMFORTH, Nicholas y LEYLAND, Peter (2013): *Accountability in the Contemporary Constitution* (Inglaterra, Editorial Oxford University Press).

BARAK, Aharon (2005): *Purposive Interpretation in Law* (New Jersey, Editorial, Princeton University Press).

BARROS, Enrique (1988): “Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica. Reflexiones sobre el Positivismo y Legalismo Chileno”, en SQUELLA, Agustín (edit.) *La Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria).

BARRIENTOS, Javier (1993): *La Cultura Jurídica en la Nueva España* (México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas).

BECERRA, Pablo (2017): *El Rol de la Corte Suprema* (Chile, Editorial Andros Impresores).

BEHN, Robert (2001): *Rethinking Democratic Accountability* (Estados Unidos, Editorial The Brookings Institution).

BERGER, Raoul (1973): *Impeachment the Constitutional Problems* (Estados Unidos, Editorial Harvard University Press), pp. 2-297.

- BICKEL, Alexander (1986): *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics* (Cambridge, Editorial Yale University Press, segunda edición).
- BINDER, Alberto (2001): “Interpelaciones al Sistema Judicial su Independencia y la Construcción de Poder en el Poder Judicial”, en ARAUZ, Manuel y MORENO, María Asunción (edit.), *Independencia y Asociacionismo en el Sector Judicial Nicaraguense* (Nicaragua, Imprenta UCA).
- BORDALI, Andrés (2002): *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Editorial Fallos del Mes Ltda.).
- BOVENS, Mark (2005a): “From Financial Accounting to Public Accountability”, en HILL, Herman (edit.), *Bestandsaufnahme und Perspektiven des Haushalts und Finanzmanagements* (Baden Baden, Nomos Verlag).
- BRANDSMA, Gijs (2014): “Quantitative Analysis”, en BOVENS, Mark, SCHILLEMANS, Thomas y GOODIN, Robert (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Inglaterra, Oxford University Press).
- BRAVO, Bernardino (2011): “Ministros y Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia 1609-2010”, en BRAVO, Bernardino (edit.), *Anales de la Judicatura Chilena. Durante Cuatro Siglos, por mi habla el Derecho*, vol. I (Chile, Poder Judicial).
- BROOKS, Theo (1995): *Accountability it all Depends on What You Mean* (New Jersey, Editorial Akkad Press).
- BURBANK, Stephen y FRIEDMAN, Barry (2002): “Reconsidering Judicial Independence”. En BURBANK, Stephen y FRIEDMAN, Barry (edit.), *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach* (Estados Unidos, Sage Publications, Inc., y The American Academy of Political and Social Science).
- BURGOS, German (2003): *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (Bogotá, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA).
- CADENAS, Hugo (2014): “La Cultura de la Cultura Jurídica”, en MILLALEO, Salvador, OYANE, Juan Carlos y PALACIOS, Daniel et. al. (edit.), *Sociología del Derecho en Chile* (Chile, Universidad Alberto Hurtado).
- CANIVET, Guy (2006): “The Responsibility of Judges in France”, en CANIVET, Guy, ANDENAS, Mad y FAIRBRIEVE, Duncan (edit.), *Independence, Accountability and the Judiciary* (Inglaterra, The British Institute of International and Comparative Law).

CEA, José Luis (1988): “Derecho, Justicia y Derechos Humanos”, en SQUELLA, Agustín *La Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria).

_____(2008): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I* (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).

_____(2009): *Estado Social y Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial LOM Ediciones).

COMMONWEALTH PARLIAMENTARY ASSOCIATION (2003): *Commonwealth (Latimer House Principles) on the Three Branches of Government* (Inglaterra, Editorial Commonwealth Parliamentary Association)

CORTINA, Adela (1990): *Ética sin Moral* (España, Editorial Tecnos, cuarta edición)

CORRALES, Hernan (2008): *Cómo hacer una Tesis en Derecho Curso de Metodología de la Investigación Jurídica* (Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CORREA, Jorge Luis y BARROS, Luis (1993): *Justicia y Marginalidad. Percepción de los Pobres en Santiago. Análisis de los Resultados de un Estudio Empírico* (Chile, Editorial Corporación de Promoción Universitaria).

CORREA, Jorge (1988): “La Cultura Jurídica Chilena en la Relación a la Función Judicial”, en SQUELLA, Agustín (edit.), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena* (Chile, Corporación de Promoción Universitaria).

_____(1994): “Comunicación sobre el Trabajo de Carlos Peña”, en PEÑA, Carlos, CORREA, Jorge y RUIZ-TAGLE, Pablo (edit.), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena* (Chile, Corporación de Promoción Universitaria).

COTTERREL, George (1997): “El Concepto de Cultura Legal”. En NELKEN, David (edit.), *Comparing Legal Cultures* (Nueva York, Routledge).

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (Chile, Editorial LOM Ediciones).

DAVISON, Jane (2014): “Visual Accountability”, en BOVENS, Mark, GOODIN, Robert y SCHILLEMANS, Thomas (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Inglaterra, Oxford University Press).

- DAWN, Oliver (1991): *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship* (Philadelphia, Editorial Open University Press).
- DODSON, Michel y JACKSON, Donald (2001): “Judicial Independence and Instability in Central América”, en RUSSELL, Peter y O’BRIEN, David (edit.), *Judicial Independence in the Age of Democracy* (Virginia, The University Press of Virginia).
- DUBNICK, Melvin (1998): “Clarifying Accountability: An Ethical Theory Framework”, en SAMPFOR, Charles, PRESTON, Noel y BOIS, A (edit.), *In Public Sector Ethics: Finding Implementing Values* (Inglaterra, The Federation Press).
- DUBNICK, Melvin (2014): “Accountability as a Cultural Keyword”, en BOVENS, Mark, GOODIN, Robert y SCHILLEMANS, Thomas (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (El Reino Unido, Oxford University Press).
- DUBNICK, Melvin y KAIFENG, Yang (2011): “The pursuit of Accountability: Promise, Problems and Prospects”, en MENZEL, Donal y WHITE, Harvey (edit.), *The State of Public Administration issues, Challenges, Opportunities* (Armonk Nueva York, M.E. Sharpe).
- DUBNICK, Melvin y FREDERICKSON, George (2011): “Introduction: The promises of Accountability Research”, en DUBNICK, Melvin y FREDERICKSON, George (edit.), *Accountable Governance: Problems and Promises* (Estados Unidos, M.E. Sharpe Inc.).
- ELLIOT, Mark (2013): “Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-fashioning Accountability”, en BAMFORTH, Nicholas y LEYLAND, Peter (edit.), *Accountability in the Contemporary Constitution*: (Inglaterra, Oxford University Press).
- ELGUETA, María Francisca y PALMA, Eric (2014): “La Cultura Jurídica Chilena Rememorando una Hipótesis de Trabajo Enunciada en 1988”, en MILLALLEO, Salvador et.al (edit.), *Sociología del Derecho en Chile* (Santiago, Universidad de Chile).
- EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack y SHVETSOVA, Olga (2002): “Selecting Selection Systems”, en BURBANK, Stephen, FRIEDMAN, Barry (edit.), *Judicial Independence at the Crossroad*: (Inglaterra, Sage Publications).
- FEARON, James (1999): “Electoral Accountability and the Control of Politicians: Selecting Good Types versus Sanctioning Poor Performance”, en MANIN, Bernard,

- PRZEWORSKI, Adam y STOKES, Susan (edit.), *Democracy Accountability and Representation* (Cambridge, Cambridge University Press).
- FERMANDOIS, Arturo, et. al. (2004): *Sentencias Destacadas: Una mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- FRIEDMAN, Lawrence (1994): *Total Justice* (Estados Unidos, Editorial Russell Sage Foundation).
- _____(1997): “The Concept of Legal Culture: A Reply”, en NELKEN, David (edit.), *Comparing Legal Cultures* (Inglaterra, Routledge).
- FRIEDMAN, Lawrence y MACAULAY, Stewart (1969): *Law and the Behavioral Sciences* (Indianapolis, Editorial The Bobbs-Merrill Company, Inc.).
- FRIEDMAN, Lawrence (1975): *The Legal System a Social Science Perspective* (Estados Unidos, Editorial Russell Sage Foundation).
- FRIEDMAN, Lawrence y PEREZ-PERDOMO, Rogelio (2003): “Latin Legal Culture in the Age of Globalization”, en FRIEDMAN, Lawrence y PEREZ-PERDOMO, Rogelio (edit.), *Legal Culture in the Age of Globalization Latin America and Latin Europe* (Estados Unidos, Stanford University Press).
- FRIEDRICH, Carl (1940): “Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility”, en MIYAKAWA, Tadao (edit.), *The Science of public Policy, Policy Process* (Inglaterra, Routledge).
- FUENZALIDA, Edmundo (1985): “La Sociología Jurídica en Chile”. En BASCUÑÁN, Antonio et.al. (edit.), *Filosofía Derecho y Sociedad* (Santiago, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social)
- _____(1996): “El Sistema Jurídico Chileno ante la Globalización”, en SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURÍDICA Y SOCIAL (edit.), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social: Debates Políticos* (Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social).
- _____(1997): “La Investigación Básica en Derecho y Sociedad. Un Enfoque de Sociología de la Ciencia sobre el caso de Chile”, SQUELLA, Agustín (edit.), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 1997: Homenaje a Isaiah Berlin* (Santiago, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social).
- _____(1998): “Investigación Socio-Jurídica, Cultura Política y Generaciones en Chile: Un Estudio Exploratorio”, en SQUELLA, Agustín (edit.) *Anuario de*

Filosofía Jurídica y Social 1998: el Derecho Como Ciencia y Como Profesión (Santiago, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social).

_____(1999) "Developing a Cultural Policy for the Americas", GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (edit.), *Cultural Studies* (Washington, Editorial OAS).

_____(2000): "Cultura Jurídica Interna y Externa en el Chile Finisecular: ¿Convergencia o Divergencia?", en SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2000* (Santiago, Sociedad de Filosofía Jurídica y Social).

_____(2002): "La Cultura Jurídica Chilena: Una Cultura Tensionada por la Sucesión de las Generaciones y el Empuje de la Cultura Jurídica Transnacional", en SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL (edit.), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2002. Sobre la Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, Sociedad de Filosofía Jurídica y Social).

FUENZALIDA, Edmundo (2003): "Derecho y Cultura Jurídica en Chile (1974-1999)", en FIERRO-FIX, Héctor, FRIEDMAN, Lawrence y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (edit.) *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y America en Tiempos de Globalización* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México).

_____(2007): "La Cultura Jurídica Chilena y sus Transformaciones", en SOCIEDAD DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL (edit.), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2007* (Santiago, Sociedad de Filosofía Jurídica y Social).

GAILMARD, Sean (2014): "Conceptual Favor of Principal-Agent Theory", en BOVENS, Mark, GOODIN, Robert y SCHILLEMANS, Thomas (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Inglaterra, Oxford University Press).

GARCIA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo Judicial hacia el Gobierno de los Jueces?* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).

GARCIA-HUIDOBRO, Joaquin (2002): "Cinco Protagonistas de la Cultura Jurídica Chilena", en SQUELLA, Agustín (edit), *Sobre la Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social).

GARDNER, Charles (2006b): *When Courts & Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System* (Estados Unidos, Editorial The University of Michigan Press).

- GARDNER, Geyh (2007): “Preserving Public Confidence in the Courts in an Age of Individual Rights and Public Skepticism”, en BYBEE, Keith (edit.), *Bench Press The Collision of Courts, Politics and the Media* (California, Standford University Press).
- GONZALES, Felipe (2003): *Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile: Una Aproximación* (Santiago, Editorial Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales).
- HAKHEEM O., Yusuf (2010): *Transitional Justice, Judicial Accountability and The Rule of Law* (New York, Editorial Routledge).
- HAMMERGREN, Linn (2002): Do Judicial Councils Further Judicial Reform?(Washington, Editorial Carnegie Endowment for International Peace).
- _____(2006): “Apuntes para Avanzar en el Debate sobre cómo mejorar el Gobierno Judicial”, en CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LAS AMERICAS (CEJA) (edit.), *Sistemas Judiciales* N° 10 (Santiago, Centro de Estudios Jurídicos de las Américas).
- HAMILTON, Alexander (2015): *The Federalist Papers a Collection of Essays Written in Favor of the New Constitution* (Estados Unidos, Editorial Coventry House Publishing).
- HARLOW, Carol (2002): *Accountability in the European Union* (Inglaterra, Editorial Oxford University Press).
- _____(2014): “Accountability and Constitutional Law”, en BOVENS, Mark, GOODIN, Robert y SCHILLEMANS, Thomas (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Inglaterra, Oxford University Press).
- JIMENEZ, Susana y BAEZA, Silvia (2012): “Cuando la Justicia se Transforma en Regulador: Efectos de Castilla”, en LIBERTAD Y DESARROLLO (edit.), *Sentencias Destacadas 2012*, (Santiago, Libertad y Desarrollo).
- KENNY, Charles (2003): “Horizontal Accountability Concepts and Conflicts”, en MAINWARING, Scott y CHRISTOPHER, Welna (edit.), *Democratic Accountability in Latin America* (Inglaterra, Oxford Studies in Democratization).
- KING, Jeff (2013): “The Instrumental Value of Legal Accountability”, en en BAMFORTH, Nicholas y LEYLAND, Peter (edit.) *Accountability in the Contemporary Constitution* (Inglaterra, Oxford University Press).

- KOSAR, David (2016): *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies: Holding the Least Accountable Branch to Account* (Inglaterra, Editorial University Printing House).
- KRIPPENDORF, Klaus (2004): *Content Analysis: An Introduction to its Methodology* (Inglaterra, Editorial SAGE, segunda edición).
- LARRAIN, Beatriz (2002): “La Labor Judicial en la Cultura Jurídica una Visión Comparada”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2002*, Sobre la Cultura Jurídica Chilena (Santiago, Sociedad de Filosofía Jurídica y Social).
- LE SEUER, Andrew (2006): “Developing Mechanisms for Judicial Accountability in The UK”, en CUVINET, Guy, ANDENAS, Mad y FAIRGRIEVE, Duncan (edit.), *Independence, Accountability and the Judiciary* (Inglaterra, The British Institute of International and Comparative Law).
- LETURIA, José Francisco y CAVIEDES, Cristóbal (2012): *Poder Judicial en Chile. Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2007): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2008): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2009): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2010): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2011): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2012): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2013): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2014): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).

- _____(2015): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2016): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- _____(2017): *Sentencias Destacadas: Una Mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Editorial Libertad y Desarrollo).
- LINARES, Sebastián (2003): “La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición”, en ARAUZ, Manuel y MORENO María Asunción (edit.), *Independencia y Asociacionismo en el Sector Judicial Nicaraguense* (Nicaragua, Imprenta UCA).
- LINDBERG, Staffan (2009): *Accountability: The Core Concept and its Subtypes*, (Inglaterra, Editorial Overseas Development Institute).
- LOCKE, John (2011): *Two Treatises of Government* (Indianápolis, Editorial Liberty Fun).
- LOEWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabitarte, España, Editorial Ariel).
- MADISON, James (2015): *The Federalist Papers a Collection of Essays Written in Favor of the New Constitution* (Estados Unidos, Editorial Coventry House Publishing).
- MALLESON, Keith (1999): *The New Judiciary* (Estados Unidos, Editorial Routledge).
- MAINWARING, Scott (200): “Introduction: Democratic Accountability in Latin America”, en MAINWARING, Scott y CHRISTOPHER, Welna (edit.), *Democratic Accountability in Latin América* (Inglaterra, Oxford Studies in Democratization).
- MANIN, Bernard, PRZEWORSKI, Adam y STOKES, Susan (1999): “Elections and Representation”, en MANIN, Bernard, PRZEWORSKI, Adam y STOKES, Susan (edit.), *Democracy Accountability and Representation* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MATUS, Alejandra (1999): “El Libro Negro de la Justicia Chilena”. Disponible en: <http://www.rebellion.org/docs/122029.pdf>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2015.
- MONTESQUIEU (2005): *Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, séptima edición).

- MORENO, Erica, CRISP, Brian y SOBERG; Matthew (1999): “The Accountability Deficit in Latin America”, en en MAINWARING, Scott y CHRISTOPHER, Welna (edit.), *Democratic Accountability in Latin América* (Inglaterra, Oxford Studies in Democratization).
- MORI (Market Opinion Research International) (2019): Confianza en las instituciones de la Democracia (2018-2019: Disponible en: http://morichile.cl/wpcontent/uploads/2019/05/INFORMEBDALICA_2019.pdf. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2019.
- MOSSET, Jorge (2005): *Error Judicial* (Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni).
- MULGAN, Richard (2003): *Accountability in Modern Democracies: Holding Power to Account* (Inglaterra, Editorial Palmgrave Macmillan).
- NELKEN, David (1997): *Comparing Legal Cultures*, (Inglaterra, Editorial Routledge).
- NOONAN, John y WISTON, Kenneth (1993): *The Responsible Judge: Readings in Judicial Ethics* (Estados Unidos, Editorial Praeger Publishers).
- O’DONNELL, Guillermo (1999): “Horizontal Accountability in New Democracies”, en SCHEDLER, Andreas, DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc (edit.), *The Self Restraining State* (Estados Unidos, Lynne Rienner Publishers, Inc.).
- KEOHANE, Robert (2003a): “Global Governance and Democratic Accountability”, en HELD, David y KOENING ARCHIBUGI, Mathias (edit.), *Taming Globalization: Frontiers of Governance* (Cambridge, Polity Press and Blackwell Publishing Ltda.).
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN DEL DESARROLLO ECONOMICOS (OECD) “Government at a Glance 2017”. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2017-en. Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2019.
- OLSEN, Jonathan (2014): “Accountability and Ambiguity”, en BOVENS, Mark, GOODIN, Robert y SCHILLEMANS, Thomas (edit.), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Inglaterra, Oxford University Press).
- PANTOJA, David (2010): “La Corte Suprema de Justicia de 1824. Notas para una Perspectiva de Continuidades y Rupturas en la Cultura Jurídica”. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3616/2.pdf>. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2018.
- PEÑA, Carlos (1994): “Hacia una Caracterización del Ethos Legal: De nuevo sobre la Cultura Jurídica”, en PEÑA, Carlos, CORREA, Jorge y RUIZ-TAGLE, Pablo

- (edit.), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena* (Santiago, Corporación de Promociones Universitarias).
- PERUZZOTTI, Enrique (2011): “The Workings of Accountability: Contexts and Conditions”, en ODUGBEMI, Sina y TAEKU, Lee, (edit.) *Accountability Through Public Opinion, from Inertia to Public Action* (Washington D.C., The World Bank).
- PERUZZOTTI, Enrique, SMULOVITZ, Catalina (2002): “Accountability Social la Otra Cara del Control”, en PERUZZOTTI, Enrique y SMULOVITZ, Catalina (edit.), *Controlando la Política. Ciudadanos y medios en las Democracias Latinoamericanas*. (Buenos Aires, Temas).
- _____(2003): “Societal and Horizontal Controls: Two Cases of a Fruitful Relationship”, en MAINWARING, Scott y WELNA, Christopher (edit.), *Democratic Accountability in Latin America*, (Inglaterra, Oxford University Press).
- PERUZZOTTI, Enrique, SMULOVITZ, Catalina (2006): *Enforcing the Rule of Law Social Accountability in the New Latin American Democracies* (Pittsburg, Editorial University of Pittsburgh Press).
- RAYMOND, William (2000): *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* (New York, Editorial Oxford University Press, tercera edición).
- RUSSELL, PETER (2001): “Toward a General Theory of Judicial Independence”, en RUSSELL, Peter y OBRIEN, David (edit.), *Judicial Independence in the Age of Democracy* (Virginia, University of Virginia Press).
- RUIZ-TAGLE, Pablo (1994): “Comunicación sobre el Trabajo de Carlos Peña”, en SQUELLA Agustin (edit.), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena* (Chile, Corporación Promoción Universitaria).
- SCHEDLER, Andreas (1999): “Conceptualizing Accountability”, en Andreas, DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc (edit.), *The Self Restraining State Power and Accountability in New Democracies* (Estados Unidos, Lynne Rienner Publishers).
- SQUELLA, Agustin, et.al. (1988): “*La Cultura Jurídica Chilena*” (Santiago, Editorial Corporación de Promoción Universitaria).
- _____(1994): “*Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*” (Santiago, Editorial Corporación de Promoción Universitaria).
- STRAUSS, Anselm y CORBIN, Juliet (2002): *Bases de la Investigación Cualitativa. Técnicas y Procedimientos para Desarrollar la Teoría Fundamentada* (Antioquia, Editorial Contus Universidad de Antioquia)

- PIANA, Daniela (2010): *Judicial Accountability in the New Europe* (Italia, Editorial Ashage Publishing Compaly).
- POSNER, Richard (2008): *How Judges Think* (Cambridge, Editorial Harvard University Press).
- _____(2011): *Cómo Deciden los Jueces* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- POZAS L, Andrea y RIOS, Julio (2007): “When and Why Do “Law” and “Reality Coincide? The Jure and The Facto Judicial Independence in Chile and México”, en RIOS, Alejandra y SHIRK, David Working (edit.), *Evaluating Accountability and Transparency in Mexico* (California, University of San Diego).
- RUSSEL H, Peter (2001): *Judicial Independence in the Age of Democracy* (Virginia, Editorial The University Press of America).
- SANTISO, Carlos (2003): “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil Balancing Independence with Accountability”. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340312331294077>. Fecha de consulta: 10 de enero de 2016.
- SHETREET, Shimon y TURENNE, Sophie (2013): *Judges on Trial* (Cambridge, Editorial Cambridge Studies in Constitucional Law, segunda edición).
- SHETREET, Shimon (2001): *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around The World* (Virginia, Editorial, The University Press of America).
- _____(2011): *The Culture of Judicial Independence* (Holanda, Editorial Brill).
- _____(2012): *The Culture of Judicial Independence* (Boston, Editorial Martinus Nijhoff).
- _____(2014): *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (La Haya, Editorial Brill/Nijhoff).
- SILBEY, Susan (2010): “Legal Culture and Cultures of Legality”, en HALL, John, GRINDSTAFF, Laura y MING CHENG, Lo (edit.) *Handbook of Cultural Sociology* (Nueva York , Routledge).
- SIMON, Dieter (1985): *La Independencia del Juez* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.).

- STORME, Marcel (2015): “Reflections on Judicial Independence Past Achievements and Future Agenda”, en SHETREET, Shimon (edit.) *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Holanda, Brill Nijhoff).
- TARR, Allan (2012): “Accountability to Law”, en BAMFORTH, Nicholas y LEYLAND, Peter (edit.) *Accountability in the Contemporary Constitution* (Inglaterra, Oxford University Press).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005): “*Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2015*” (Chile, Editorial Diario Oficial)
- TURPIN C., TOMKINS, A (2007): *British Government and the Constitution* (Cambridge, Editorial Cambridge University Press).
- RAMSEYER, Mark (2003): *Measuring Judicial Independence* (Chicago, Editorial The University of Chicago Press).
- UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ y LIBERTAD Y DESARROLLO (2007) “*Reformas al Poder Judicial Gobierno Judicial Corte Suprema y Gestión Bases Jurídicas y de Política Pública para un Debate Necesario*” (Santiago, Editorial Universidad Adolfo Ibañez y Libertad y Desarrollo).
- VALENCIA, Luis (1951): *Anales de la República Tomo I* (Chile, Editorial Andres Bello).
- VAN TASSEL, Emiliy (2003):”Challenges to Constitutional Decisions of State Court and Institutional Pressures on State Judiciary” en Alfred Carlton Jr. Report of the *American Bar Association Commission on the 21st Century Judiciary* (Illinois, LexisNexis a Division of Reed Elsevier Inc.).
- VERA, Robustiano (1889): “Ley de Organización y Atribuciones de Los Tribunales” (Santiago, Editorial Imprenta de los Debates).
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (1997): *Derecho Constitucional* (Chile, Editorial Juridica de Chile, segunda edición).
- VILE, M.J.C. (1967): *Constitutionalism and the Separation of Power* (Indianapolis, Editorial Liberty Fund, segunda edición).
- LOPEZ, Diego (2014): “La Cultura de la Legalidad” como Discurso Académico y Práctica Política”, en WENCES, Isabel, CONDE, Rosa y BONILLA , Adrián, *Cultura de la Legalidad en Iberoamérica Desafíos y Experiencias* (San José, FLACSO Secretaria General).

WOODHOUSE, Diana (2006): “Judicial Independence and Accountability within the United Kingdom’s New Constitutional Settlement”, en CAVINET, Guy, ANDENAS, Mady FAIRGRIEVE, Duncan *Independence, Accountability and the Judiciary* (Inglaterra, The British Institute of International and Comparative Law).

TESIS

FRED, Michel (1999), “Influencing the Supreme Court: Democratic Accountability and the Presidential Threat to Judicial Independence” presentada para obtener el grado de Doctor of Philosophy de la Universidad de Yale.

GAR, Yein NG (2007), “Quality of Judicial Organisation and Check and Balances”: Presentada para obtener el grado de Doctor in Philosophy de G.J. Wiarda Institute for Legal Research.

NORMAS Y CÓDIGOS DE ÉTICA CITADOS

- Reglamento provisional de la Junta Gubernativa 1810 de 5 de diciembre de 1810.
- Constitución Provisoria para el Estado de Chile 1818 de 10 de agosto de 1818.
- Constitución Política del Estado de Chile de 1822 de 30 de octubre de 1822.
- Constitución Política del Estado de Chile de 29 de diciembre de 1823.
- Constitución Política de la República de Chile de 8 de agosto de 1828.
- Constitución Política de la República de Chile de 1925 de 18 de septiembre de 1925.
- LEY S/N (19/01/1889) Nombramiento de Jueces.
- LEY S/N (15/10/1975) Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.
- LEY N° 7421 (15/08/1943) Código Orgánico de Tribunales.
- LEY N° 18.882 (20/12/1989) Introduce modificaciones a los Códigos de Procedimiento Civil, Procedimiento Penal y Orgánico de Tribunales.
- LEY S/N (30/12/1842) Nombramiento y Dotación de Jueces.

- LEY N° 19.300 (09/03/2004) Bases Generales del Medio Ambiente.
- LEY N° 19.880 (23/05/2033) Base de Procedimientos Administrativos.
- LEY N° 20.417 (26/01/2010) Crea el Ministerio de Servicio de Evaluación Ambiental y La Superintendencia del Medio Ambiente.
- Decreto Ley 3.464 (11/08/1980) Constitución Política de la República de Chile
- The Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002).

JURISPRUDENCIA

ALEXIS CLAUDIO SILVA VEA CONTRA ISAPRE BANMEDICA: Corte Suprema, 29 de abril de 2013 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en vlex, Código de búsqueda 471565786, Fecha de consulta 23 de Septiembre de 2019.

ASOCIACIÓN CANALISTAS DEL EMBALSE PITAMA CON SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL PACIFICO S.A.: Corte Suprema, 20 de abril de 2012 (Recurso de Casación de Fondo) en Código de Búsqueda CL/JUR/10570/2011, Fecha consulta 22 de septiembre de 2019.

CONSORCIO SANTA MARTA CONTRA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS: Corte Suprema, 20 de diciembre de 2011 (Recurso de Casación en el Fondo) en Código de búsqueda CL/JUR/9672/2011, Fecha consulta 23 de septiembre de 2019.

CORPORACIÓN FISCALIA DEL MEDIO AMBIENTE CON SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA REGIÓN DE AYSÉN: Corte Suprema, 11 de mayo de 2012 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en *Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, N° 10 (2018). pp. 243-256.

CORREA CON COREMA V REGION: Corte Suprema, 22 de junio de 2009 (Recurso de Protección) en Microjuris. Código de búsqueda MJJ20174. Fecha de consulta 22 de septiembre de 2019.

FAUMELISA MANQUEPILLAN COMUNIDAD INDIGENA PUQUIÑÉ CONTRA COMISIÓN REGIONAL DEL MEDIO AMBIENE REGIÓN DE LOS RIOS: Corte Suprema, 21 de enero de 2010 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en, Código de búsqueda, CL/JUR/56/201, Fecha de consulta 23 de septiembre de 2019.

JAIME LOPEZ ALLENDE CONTRA MINISTROS Y LA FISCAL JUDICIAL DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO: Corte Suprema, 31 de mayo de 2004 (Recurso de Queja) en vlex, Código de búsqueda 218345449.

PIÑONES VASQUEZ MAIKOL RODRIGO CONTRA DIRECTORA REGIONAL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL III REGIÓN DE ATACAMA: Corte Suprema, de 22 de agosto de 2012 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en, Código de búsqueda CL/JUR/1922/2012, Fecha de consulta 23 de septiembre de 2019.

MARBURY VS. MADISON 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

MINISTERIO PÚBLICO Y MINISTERIO DEL INTERIOR CON VARIOS: Corte Suprema, 10 de octubre de 2012 (Recurso de Nulidad) en Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 33. pp. 139-148.

MPX ENERGÍA LTDA. CONTRA SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA II REGIÓN DE ATACAMA (SEREMI DE SALUD DE ATACAMA): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en vlex, Código de búsqueda 235857955, Fecha de consulta 23 de septiembre de 2019.

PUELMAN ÑANCO MARIANO Y OTROS CONTRA LA COMISIÓN REGIONAL DEL MEDIO AMBIENTE REGION DE LA ARAUCANIA: Corte Suprema, 17 de mayo de 2010 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en CL/JUR/16957/2010, Fecha de consulta 23 de Septiembre de 2019.

RAÚL MERCADO RAMIREZ CONTRA ISAPRE VIDA TRES S.A: Corte Suprema, 7 de enero de 2013 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en Código de búsqueda CL/JUR/21/2013, Fecha de consulta 23 de septiembre de 2019.

SHELL CON SEREMI DE SALUD II: Corte Suprema, 27 de julio de 2010 (Recurso de Casación de Fondo y Forma) en Microjuris. Código de búsqueda MJJ24377, Fecha de consulta 22 de septiembre de 2019.

SOCIEDAD AGRÍCOLA DE INVERSIONES AGROGÉNESIS LTDA. CONTRA COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA TERCERA REGIÓN: Corte Suprema, 13 de diciembre de 2011 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en vlex, Código de Búsqueda CL/JUR/8926/2011.

VALENTE V. THE QUEEN [1985] 2 S.C.rIL 673.

VICTOR MANUEL AZOCAR GUZMÁN CONTRA CODELCO CHILE DIVISION VENTANAS: Corte Suprema, 20 de octubre de 2011 (Recurso de Protección de Garantías Constitucionales) en vlex, Código de búsqueda CL/JUR/8330/2011.

OTRAS FUENTES

DIARIO OFICIAL (15/03/1992) p. 1.

EL MERCURIO LEGAL (11/09/2012) p.