

# JUDICATURA Y NUEVA CONSTITUCIÓN

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO  
FRANCISCA ZAPATA GARCÍA  
*Directoras*



UNIVERSIDAD  
DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO



MA,CHI  
ASOCIACIÓN DE  
MUJERES ABOGADAS  
CHILE



INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES  
MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Flavia Carbonell Bellolio  
Francisca Zapata García

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
DEPÓSITO LEGAL: V-  
ISBN: 978-84-1355-356-6  
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

AUTORES

JOSÉ MIGUEL ALDUNATE HUIDOBRO  
*Director de Investigación del Observatorio Judicial*

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ  
*Magistrado emérito del Tribunal Supremo, España*

FERNANDO ATRIA LEMAITRE  
*Profesor de la Universidad de Chile*

PABLO ANDRÉS BECERRA POBLETE  
*Instructor de la Universidad de Chile*

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA  
*Profesor de la Universidad Austral de Chile*

TANIA BUSCH VENTHUR  
*Profesora de la Universidad Andrés Bello*

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO  
*Profesora de la Universidad de Chile*

LAMBERTO CISTERNAS ROCHA  
*Ex-Ministro de la Corte Suprema  
y del Tribunal Calificador de Elecciones de Chile*

LUIS CORDERO VEGA  
*Profesor de la Universidad de Chile*

RODRIGO CORREA GONZÁLEZ  
*Profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez*

JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ  
*Profesor de la Universidad de Valparaíso*

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS  
*Profesora de la Universidad Alberto Hurtado*

CONSTANZA HUBE PORTUS  
*Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN  
*Profesor de la Universidad de Chile*

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ  
*Profesor de la Universidad de Chile,  
Rector de la Universidad Diego Portales*

PEDRO PIERRY ARRAU  
*Ex ministro de la Corte Suprema*

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT  
*Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ  
*Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

LUCAS SIERRA IRIBARREN  
*Profesor de la Universidad de Chile, Investigador  
del Centro de Estudios Públicos*

MACARENA VARGAS PAVEZ  
*Profesora de la Universidad Diego Portales*

FRANCISCA ZAPATAGARCÍA  
*Jueza de Garantía*

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO  
*Profesora de la Universidad Austral de Chile*

# Índice

## Introducción

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO  
FRANCISCA ZAPATA GARCÍA

Referencias.....	22
------------------	----

## I. JURISDICCIÓN, JUEZ Y FUNCIÓN JUDICIAL

De administración de justicia a poder judicial: el lastre napoleónico, su peso y su difícil remoción

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

1. Preliminar .....	25
2. La justicia francesa del ancien régime .....	27
3. Revolución en la justicia.....	30
4. La obra napoleónica.....	31
5. El modelo napoleónico de carrera y sus implicaciones.....	34
6. La alternativa constitucional-garantista.....	47
7. A modo de conclusión: no puede haber democracia constitucional sin una jurisdicción independiente .....	59
8. Referencias.....	65

## La constitución de la jurisdicción

FERNANDO ATRIA LEMAITRE  
FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

1. ¿Qué decir de la jurisdicción en la nueva constitución? .....	71
2. Algo más sobre el concepto de jurisdicción.....	77
3. Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción.....	79
4. Referencias.....	83

## Independencia judicial e interpretación de la ley

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Referencias.....	97
------------------	----

### **Función jurisdiccional y fines del proceso judicial**

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ

1. Introducción.....	99
2. La función jurisdiccional desde el Estado de derecho liberal al Estado constitucional de derecho .....	101
3. Injerencia de la concepción de derecho en el cambio de la función del juez ...	104
4. Garantías subjetivas de la jurisdicción y procedimiento adecuado .....	110
5. Conclusiones .....	113
6. Referencias .....	114

### **Acusación constitucional y judicatura. Dogmas y paradojas para una discusión**

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

1. Introducción.....	117
2. Sobre la relatividad de la separación de los Poderes del Estado .....	119
3. La interpenetración de los Poderes del Estado .....	123
4. La independencia judicial como inmunización funcional.....	125
5. Las funciones administrativas y las funciones políticas del Poder Judicial...	127
5.1. Vector y la primera paradoja: responsabilidad y autonomía.....	128
5.2. La Segunda Paradoja: Autonomía y control político.....	132
6. Propuesta de orientación de la discusión .....	135
7. Referencias .....	137

## **II. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUDICATURA**

### **Independencia economica y judicatura en la nueva constitucion política**

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

1. Falta de estudios de la judicatura .....	141
2. Surgimiento de la judicatura republicana.....	142
3. Evolución de la competencia de la Corte Suprema.....	143
4. Independencia de los Tribunales. Fundamento constitucional.....	144
5. La judicatura como atribución exclusiva de los tribunales.....	146
6. Ni siquiera la potestad dictaminante de la Contraloría puede inmiscuirse en lo que es propio de la judicatura .....	148
7. Tampoco puede el Congreso inmiscuirse en las atribuciones de los tribunales .....	151
8. La autonomía en palabras de la judicatura.....	153

Índice	11
9. La autonomía financiera. Intentos de consagración constitucional .....	155
10. Autonomía y derecho comparado. Otros órganos autónomos .....	156
11. Doctrina e Independencia Judicial .....	158
12. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	159
13. Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces.....	161
14. Reflexiones finales .....	165
15. Referencias.....	168

**Paridad en la judicatura. No solo los números importan**  
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

1. Introducción.....	173
2. Las paradojas de la desigualdad de género en la judicatura .....	174
3. El techo de cristal, entre lo formal y lo informal.....	176
3.1 Los sistemas de selección .....	177
3.2 Dime quien cuida y te diré quien está discriminado .....	180
3.3 El mérito especular y la fuerza de los estereotipos.....	182
4. Paridad: genealogía y contenido .....	188
5. La paridad en la judicatura y sus argumentos.....	191
6. ¿Qué medidas de paridad?.....	199
7. Referencias.....	203

**Inamovilidad judicial, criterios interamericanos y nueva constitución**  
MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS

1. Introducción.....	207
2. Criterios interamericanos sobre independencia judicial y derecho a un juez independiente .....	208
3. Criterios interamericanos sobre el derecho del juez a la inamovilidad en el cargo.....	212
4. Contexto constitucional actual y problemáticas .....	218
5. Reflexiones finales .....	221
6. Referencias.....	222

### **La responsabilidad de los jueces en un nuevo orden constitucional chileno**

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

1. La responsabilidad de los jueces en las democracias occidentales .....	223
2. ¿Deben seguir respondiendo políticamente los jueces de los tribunales superiores de justicia chilenos? .....	224
3. La responsabilidad disciplinaria de los jueces chilenos en el contexto de un poder difuso .....	227
4. Una nueva regulación constitucional y legal de la responsabilidad disciplinaria de los jueces.....	234
5. Referencias.....	238

### **III. CORTE SUPREMA Y GOBIERNO JUDICIAL**

#### **Corte Suprema: funciones y orgánica en la nueva constitución**

RODRIGO P. CORREA GONZÁLEZ

Referencias.....	252
------------------	-----

#### **Reformas al poder judicial en una nueva Constitución Política**

##### **Presentación al pleno de la Corte Suprema (9 de octubre 2015)**

PEDRO PIERRY ARRAU

1. Estructura orgánica .....	256
2. Ingreso a la función y carrera .....	258
3. Administración.....	264
4. Especialización de Tribunales y Salas.....	266
5. Tribunales especiales.....	267
6. Lo que hoy se denomina Policía Local.....	269
7. Régimen disciplinario.....	270
8. Otras materias en la Constitución Política.....	271

#### **Panorama para la construcción constitucional de un gobierno judicial**

LUIS CORDERO VEGA

1. Introducción.....	275
2. El contexto sobre el cual ha descansado nuestra estructura normativa .	276
3. La evolución de estas tres últimas décadas.....	280
3.1. Reformas orgánicas .....	281



3.2 Reformas procesales .....	283
3.3 El plan de gestión y su implementación por autos acordados.....	284
3.4 El aumento explosivo de ingresos .....	286
3.5. La percepción de un sistema disciplinario que afecta la independencia interna .....	286
3.7. Una nueva institucionalidad para el sistema de nombramientos ..	288
4. Hacia una separación inevitable .....	289
5. Referencias .....	292

#### **IV. NOMBRAMIENTOS Y PROMOCIONES**

##### **Nombramientos judiciales y brecha de género**

LUCAS SIERRA IRIBARREN

FRANCISCA ZAPATA GARCÍA

1. Introducción.....	295
2. Hacia un nuevo mecanismo de nombramientos judiciales. ....	298
3. El sistema de nombramientos judiciales y la brecha de género.....	304
3.1 Preeminencia de la antigüedad.....	304
3.2 Insignificancia del papel del mérito .....	307
3.3 Discrecionalidad: el besamanos y las redes informales .....	311
4. Algunas medidas correctivas.....	315
4.1. Paridad en el sistema de justicia .....	315
4.2. Un sistema de nombramientos con perspectiva de género .....	319
4.2.1. Sustitución del parámetro de antigüedad por experiencia en años de servicio .....	319
4.2.2. Resignificación del mérito: atender a las cualificaciones exigidas por el cargo vacante.....	319
4.3. Procedimentalización y control jurisdiccional de la discrecionalidad .....	323
4.3.1. Determinación de los méritos.....	323
5. Conclusión .....	326
6. Referencias .....	327

##### **El sistema de designación de los jueces de la Corte Suprema en el ordenamiento jurídico chileno. Mucha política, baja legitimación y poca independencia judicial**

JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ

Introducción.....	329
1. El sistema de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema establecido en la Constitución.....	330

2. El procedimiento y la práctica institucional en el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema.....	333
3. Algunos modelos comparados de nombramiento de los magistrados de los tribunales superiores de justicia.....	339
4. Una mirada particular a los casos norteamericano, argentino y mexicano de nombramientos como contrapunto al sistema chileno.....	343
5. Algunas reflexiones para el sistema chileno .....	351
6. Referencias.....	355

### **Audiencias públicas y nombramientos de altas magistraturas**

TANIA BUSCH VENTHUR

1. Introducción.....	357
2. Las audiencias públicas de nominación como una concreción institucional de un constitucionalismo deliberativo y republicano.....	358
3. Las audiencias públicas de nominación o hearings .....	360
4. La experiencia argentina en materia de audiencias de nominación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina .	364
5. Regulación de las audiencias públicas de nominación en Chile.....	366
6. Las audiencias públicas de nominación en el proceso de nombramiento de ministros de la Corte Suprema en Chile .....	368
7. Análisis de las “Reglas de procedimiento aplicables por la Comisión de Constitución, Legislación, justicia y Reglamento cada vez que debe informar acerca del nombramiento de autoridades, de conformidad al artículo 205 del Reglamento del Senado” de 18 de junio de 2019 y su aplicación a los nombramientos de integrantes de la Corte Suprema ..	370
8. Conclusiones .....	375
9. Referencias .....	376
ANEXO .....	378

## **V. GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y TRIBUNALES ESPECIALES**

**Acceso a una justicia pronta y eficiente: respuesta para los ciudadanos**

LAMBERTO CISTERNAS ROCHA

1. Propósito.....	385
2. La jurisdicción.....	386
3. Antes de la jurisdicción.....	388
4. El fenómeno “acceso a la justicia” .....	390

Índice	15
5. Enfoque de derechos humanos .....	391
6. La Cumbre Judicial Iberoamericana y el acceso a la justicia de las personas y grupos vulnerables .....	392
7. Acceso a la justicia según los convenios internacionales .....	394
7.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	394
7.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ...	395
7.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	396
7.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).....	397
7.5 Tratado de Roma.....	398
7.6 Otros instrumentos internacionales .....	399
8. Acceso a la justicia en Chile: aspecto normativo.....	400
8.1 La Constitución Política de la República .....	401
8.2 Los códigos procesales.....	402
8.3 Otras leyes.....	403
9. Elementos que favorecen y contenido del acceso a la justicia.....	405
10. Actual situación en Chile: mirada a los hechos .....	407
11. Sugerencia final .....	408
12. Bibliografía .....	409

**Judicatura y nueva Constitución: confiabilidad de la judicatura  
como criterio de diseño institucional**  
PABLO ANDRÉS BECERRA POBLETE

1. “¿Quiere usted una nueva Constitución”?.....	411
2. “En una escala de 1 a 7, ¿cuánta confianza diría usted que inspira el Poder Judicial?”.....	414
3. Juez independiente, ¿juez confiable? .....	416
<b>4. Hasta que la confianza se haga constumbre.....</b>	<b>420</b>
5. Tres ejes para el debate que viene .....	422
5.1 Los derechos de los ciudadanos en y ante el sistema de justicia....	422
5.2 Separación de poderes .....	425
5.3 Participación ciudadana .....	429
6. Referencias.....	431

## Los tribunales especiales y la nueva constitución

MACARENA VARGAS PAVEZ

1. Introducción.....	437
2. El argumento histórico.....	438
2.1 Hito uno. La Constitución de 1925.....	438
2.2 Hito dos. La Constitución de 1980.....	439
2.3 Hito tres. Reforma constitucional de 1989.....	439
2.4 Hito cuatro. Desde 1989 a la fecha.....	440
2.5 Mensaje presidencial del 1 de junio de 2018 del presidente Sebastián Piñera (2018-2022).....	442
3. El argumento de derechos fundamentales. Independencia judicial y acceso a la justicia.....	443
3.1 El derecho a ser juzgado por un juez/a independiente.....	444
3.2. El derecho de acceso a la justicia en sentido amplio o tutela judicial efectiva.....	450
4. El argumento de diseño institucional.....	454
5. Conclusiones.....	456
6. Referencias.....	457

## Tribunal Constitucional y Corte Suprema

**¿Puede haber una mejor relación?**

JOSÉ MIGUEL ALDUNATE HUIDOBRO

CONSTANZA HUBE

1. Introducción.....	461
2. Presupuestos conceptuales.....	463
3. Episodios recientes de conflicto: 2016 y 2018.....	469
3.1 Las sentencias de la Corte Suprema sobre matrimonios extranjeros.....	470
3.2 El choque de trenes entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.....	472
4. Posible escenarios.....	475
4.1 Revertir la reforma constitucional de 2005.....	476
4.2 Conservación de un Tribunal Constitucional con facultades de control represivo.....	481
5. Reflexiones finales.....	485
6. Referencias.....	488

# La constitución de la jurisdicción

FERNANDO ATRIA LEMAITRE  
FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

La pregunta que intentaremos responder en este texto es cómo debiese regularse la jurisdicción en la futura constitución. Para responder a esta cuestión, debemos dar un paso atrás y hacernos cargo de un problema anterior, más grueso y fundamental: la distinción entre lo jurídico y lo político, identificando los elementos que le dan la fisonomía a uno y otro ámbito. En segundo lugar, ya dentro de lo jurídico y partiendo de la idea clásica de “división de poderes”, identificaremos las características de las instituciones a través de las cuales se ejercen estas potestades públicas del Estado moderno e insistiremos en la necesidad de mantenerlas bien delimitadas, a la vez que mostrando los espacios de interacción recíprocos. En tercer lugar, llegaremos a la estructura y función de la jurisdicción, para determinar en qué medida las reglas constitucionales pueden dar forma y condicionar el ejercicio de la jurisdicción. Finalmente, incluiremos ciertas consideraciones referidas al contexto de la jurisdicción chilena que son relevantes para proyectar la constitución de la jurisdicción en la futura Constitución.

## 1. ¿QUÉ DECIR DE LA JURISDICCIÓN EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Las bases constitucionales de la jurisdicción son los elementos fundamentales, fundacionales, de la jurisdicción como institución. Esos elementos fundacionales no son los elementos generales (por oposición a especiales), es decir, comunes a todos los tribunales o a la estructura de los tribunales. No es eso lo que los hace de relevancia constitucional.

La relevancia constitucional de algunos aspectos de la organización judicial está dada porque es parte de la estructura constitutiva de un Estado de derecho, en la forma que esperamos que quede expresada en la Constitución, la de un Estado social y democrático de derecho.

Adicionalmente, una constitución no es un texto de teoría del derecho. Es decir, la cuestión de qué aspectos son fundamentales y constitutivos del Estado de derecho no se responde por referencia a una teoría del derecho, sino cuáles son las dimensiones del Estado de derecho que requieren, dadas las circunstancias, atención, promoción o protección especial.

Es decir, no se trata de que la constitución deba contener todo lo que desde el punto de vista de una determinada teoría asumida como correcta es “fundamental” en la especificación del poder jurisdiccional; pero esto no quiere decir que la pregunta teórica por la jurisdicción sea irrelevante. Para la discusión constitucional necesitamos una explicación teórica sofisticada sobre qué es la jurisdicción y por qué es importante, que nos oriente cuando, en segundo lugar, nos preguntaremos cuáles son sus aspectos esenciales que necesitan ser atendidos, promovidos o protegidos, y que por eso necesitan estar en la constitución.

Esto es especialmente relevante hoy porque nuestra época no entiende los conceptos con los que funciona. Y como no los entiende, no sabe identificar lo que los impugna o niega y los que los amenaza, etc. En estas condiciones, la discusión constitucional se ve difícil y arbitraria, caprichosa.

A nuestro juicio, la jurisdicción es la decisión de casos particulares por aplicación imparcial de reglas previamente existentes y que son, en el sentido relevante, de las partes, sin otra finalidad que la de dar a cada uno lo suyo, es decir, lo que a cada uno le corresponde conforme a esas reglas.

La razón por la que la jurisdicción en este sentido es constitucionalmente relevante, desde el punto de vista de la configuración del Estado de derecho (social o no), es doble.

Desde un punto de vista objetivo, que apunta al tipo de Estado que un Estado de derecho es, es en la jurisdicción donde se actualiza de un modo institucionalmente verificable la pretensión fundamental del derecho de crear espacios de imparcialidad en un contexto de parcialidad o, para decirlo de otra manera, de separación de lo político y lo jurídico.

Lo político es una forma de conflicto que tiene la característica fundamental de ser reflexivo (Christodoulidis 1998) o, como lo lla-

maremos en lo que sigue, *polémico*. Es reflexivo en el sentido de que se vuelve sobre sí mismo y reclama entonces poder fijar las características del conflicto político. La consecuencia de esto es que se trata de un conflicto polémico. Por “polémico” no significamos “discutible” o “controvertido” sino algo más preciso: es polémico un conflicto cuando no puede ser decidido imparcialmente, porque decidirlo es tomar partido. De los diputados que votan un proyecto de ley no se espera un voto imparcial, sino precisamente parcial: la idea de representación democrática supone, de hecho, que lo que guiará la acción de los representantes será el interés general entendido desde la perspectiva de la visión política con la cual fue elegido. Pero de un juez se espera precisamente imparcialidad. Esto es porque, a diferencia del conflicto político, el conflicto jurídico es uno que puede ser adjudicado imparcialmente: cuando el juez acoge la demanda lo hace manteniendo su imparcialidad entre demandante y demandado.

Un conflicto polémico, entonces, no puede ser decidido por apelación a la razón. Es decidido mediante un ejercicio de poder por quien tiene más. Esto no quiere decir que el conflicto polémico sea irracional. Con independencia de la posición metaética que uno tenga (cognoscitivismo, no-cognoscitivismo, etc.), cuando en un conflicto polémico se apela a la razón, lo que aparece no es la razón, sino la voluntad del que hace la apelación<sup>79</sup>. Cuando en la discusión sobre matrimonio igualitario quienes se oponen a él alegan que la “verdadera naturaleza” del matrimonio implica que solo puede ser entre un hombre y una mujer, lo que aparece políticamente hablando no es la verdadera naturaleza del matrimonio, sino el posicionamiento contrario al matrimonio igualitario de quien alega eso. Que el conflicto polémico, por no ser imparcialmente adjudicable, no pueda sino ser solucionado mediante el ejercicio de poder por quien tiene más no debe ser confundido con la decisión mediante el recurso a la fuerza: las instituciones de la democracia representativa, la representación política y la discusión pública, pretenden hacer probable que la única forma de poder que esté disponible para decidir el conflicto polémico

---

<sup>79</sup> “Cuando los hombres que se creen a sí mismos más sabios que los demás invocan la verdadera razón como juez, ellos no pretenden algo distinto a que las cosas sean decididas no por la razón de otros hombres sino por la suya propia” (Hobbes 1996, p. 33).

sea el poder comunicativo, que se crea en la discusión pública y se manifiesta políticamente en elecciones y otras formas de participación popular.

El conflicto jurídico, por otra parte, como es imparcialmente adjudicable, puede ser decidido, como lo caracterizara famosamente el jurista norteamericano Lon Fuller (1978), mediante apelación al argumento.

Es esta distinción, entre lo político que se decide mediante el ejercicio unilateral de poder por quien tiene más y lo jurídico, que se decide mediante la apelación al argumento, lo que es constitutivo del Estado de derecho. La cuestión de la dimensión constitucional de la jurisdicción se reduce a esto: la jurisdicción es una de las formas institucionales fundamentales para dar realidad a esta distinción, para hacerla probable.

Desde un punto de vista subjetivo, la condición principal de posibilidad de la jurisdicción es la idea de que el juez decide con sujeción a la ley. Por eso los jueces modernos, a diferencia de los jueces medievales, no requieren ser especialmente virtuosos; la probabilidad de la jurisdicción no depende de la virtud del juez, sino del contexto institucional en el cual decide. Por eso los jueces son independientes, por eso son irresponsables<sup>80</sup>, por eso son inamovibles, etc.

Todo esto descansa en una idea: que el juez decide sujeto a la ley, y subsume el caso concreto bajo la ley. La estructura institucional de la jurisdicción busca hacer probable esto: la decisión de casos particulares con sujeción a la ley y sin otra finalidad que la de aplicar correctamente la ley al caso, dando a cada uno lo que le corresponde.

Y es esta idea la que resulta incómoda para la teoría del derecho actual, y para lo que se ha llamado la “cultura jurídica interna”. Esto se ha manifestado en dos tendencias notorias, que configuran los problemas principales de los que la discusión constitucional de la jurisdicción debe hacerse cargo.

Como la idea de sujeción del juez a la ley, y en particular la idea de que es una forma de aplicación que no mira a ninguna otra finalidad

---

<sup>80</sup> Irresponsables aquí quiere decir que no se le pueden reprochar las consecuencias de sus decisiones judiciales que aplican la ley.



que dar a cada uno lo suyo, es entendida por la cultura jurídica actual como “formalista”. El juez sujeto a la ley fue (incoherentemente) acusado por el Informe Rettig como responsable del “agravamiento” de las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, y dejó de ser un modelo respetable (Atria 2003, 54). Ahora resultaba mucho más atractivo hablar de que la función principal de los jueces es proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución o de los derechos humanos (y por eso entonces el juez ya no ha de ser pensado primeramente como sujeto a la ley, sino a la Constitución o a la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Su función ya no es definida por la sujeción a reglas legales, sino por una finalidad externa, que es variadamente identificada: proteger derechos humanos, contribuir a la lucha contra el delito, disminuir los costos de transacción, etc. Esto ha tenido graves consecuencias en la incapacidad de la reflexión jurídica de nuestra época de identificar lo propio, lo característico de la jurisdicción.

En efecto, en estas condiciones, lo propio del juez sería perseguir esas finalidades mediante la aplicación de reglas más o menos abstractas. Pero aplicar reglas para lograr finalidades es algo que comparten los jueces, así entendidos, con otros órganos y funciones del Estado. Entonces los límites entre la jurisdicción y otras formas de aplicación de reglas han tendido a desaparecer. Este es el camino que ha llevado a impugnar, por ejemplo, la potestad sancionatoria de órganos administrativos (sería inconstitucional porque implicaría ejercicio de jurisdicción), así como a impugnar la posibilidad de que órganos administrativos puedan recurrir directamente a la fuerza pública para ejecutar sus decisiones, etc.

Por otro lado, el hecho de que lo que define la función judicial sea el ejercicio de una potestad pública (la de aplicar normas) para lograr finalidades ajenas a ella ha llevado a que las ideas de independencia e irresponsabilidad parezcan cada vez más anómalas, y ha habido un movimiento progresivo a aplicar a la judicatura una lógica jerárquica propia de la administración del Estado. La propia ley le ha asignado a la Corte Suprema funciones cada vez más similares a las de un jefe de servicio administrativo.

En efecto, el artículo 28 de la ley 18575, de bases generales de la administración del Estado, caracteriza al jefe superior del servicio del modo siguiente:

A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne.

Por su parte, el inciso final del artículo 2° de la ley 19968, que especifica la conformación de los tribunales de familia, dispone que

La Corte Suprema, por intermedio de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, velará por el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones a que se refiere este artículo en los tribunales de letras con competencia en familia<sup>81</sup>.

Y esta misma idea se manifiesta en la demanda porque la Corte Suprema asuma una función de “gobierno judicial”, etc. Por cierto, entender a la Corte Suprema como un jefe de servicio es incompatible con la independencia judicial.

Por otro lado, el mismo escepticismo respecto de la sujeción del juez a la ley ha llevado a que la admonición del Juez Oliver Wendell Holmes en su famoso voto de minoría en *Locher v New York* (198 U.S. 45, 1905) se haga cada día más verdadera: “every opinion tends to become the law”. Creo que estamos viendo un progresivo deterioro de la distinción entre lo jurídico y lo político, de modo que el derecho declarado por un juez de derecha es distinto del derecho declarado por un juez de izquierda.

La nueva constitución debe asegurar las bases constitucionales de la jurisdicción, que consisten en la sujeción del juez a la ley y, para hacer eso probable, su independencia. Esto supone asegurar una estructura para el poder judicial que asegure la independencia del juez y (lo que es lo mismo) su sujeción a la ley. Pero, adicionalmente, es fundamental abandonar la idea, que a nuestro juicio es pensamiento mágico, de que lo político dejará de ser político si se somete a un proceso judicial. Abandonar la pretensión de la constitución actual de juridificar el conflicto político, que ha llevado, como acusaba Holmes,

---

<sup>81</sup> El inciso primero del art. 2° enumera las “funciones” administrativas de los tribunales: “organización y asistencia a la realización de las audiencias”, “atención de público”, etc.

a ver el derecho como una manera de realización de las opiniones (políticas), lo que implica que el juez es un activista disfrazado de juez.

## 2. ALGO MÁS SOBRE EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Una comprensión simple, pero que debele el corazón de la función jurisdiccional pasa, en primer lugar, por situarla del lado del derecho y no de la política y, en segundo lugar, por comprenderla en relación con, y diferenciada de, las otras potestades públicas. Si partimos del concepto que entiende la jurisdicción como dar a cada uno lo suyo, aplicando la ley abstracta y general al caso concreto y particular, entonces se aprecia que la reconducción de la decisión a la ley, a la voluntad del pueblo, es la manera de legitimar aquella decisión frente a juristas y frente a legos<sup>82</sup>. En otras palabras, al decidir casos concretos, los jueces deben, por una parte, hacerlo siguiendo las reglas procesales respectivas y, por otra parte, siendo deferentes con la ley “sustantiva”: deben “actualizar” la disposición legislativa de tal manera que, si la jueza determina, mediante la prueba rendida en el proceso, que el caso en cuestión es subsumible en, o es una instancia de, el supuesto de hecho abstracto y general de una norma, entonces la consecuencia jurídica es debida y corresponde a la jueza así decretarlo.

Por cierto, cuál sea la norma aplicable, la norma que regula el caso, está lejos de ser una identificación sencilla, como tampoco lo es la interpretación de las leyes ni la formulación de la premisa fáctica o hechos que se dan por probados. Con todo, el derecho conoce herramientas para realizar esta tarea en términos intersubjetivamente válidos, es decir, con una pretensión de que el resultado sea aceptado por el resto de una comunidad en términos tales que exhiba cierta estabilidad en el tiempo (véanse al respecto Carbonell 2017, Brandom 2014 y la contribución de Peña en esta publicación).

Los jueces y las juezas deben (se encuentran sujetos a la ley) y pueden (existen herramientas jurídicas para ello), entenderse al servicio de un derecho que pretende regular conductas de manera abstracta,

---

<sup>82</sup> Legitimación no equivale a que la decisión se encuentre justificada: para un juicio sobre la justificación de la decisión se requiere un análisis más profundo por parte de los juristas.

general e imparcial y que aspira a ser aplicado, en el caso concreto, también imparcialmente.

Descrito así, el “poder judicial” reside y es ejercido por cada juez, por cada jueza, bien sea de manera unipersonal, bien de manera colegiada. La Constitución debería, por tanto, “constituir” en cada uno de las y los jueces este poder de aplicar el derecho.

Y la razón de que este poder radique en cada juez es simple: los jueces no dictan normas generales para regular casos abstractamente concebidos como lo hace el legislador en tanto agente colectivo, ni tampoco gestiona políticas públicas para conseguir ciertos fines u objetivos como lo hace la administración en tanto agente también colectivo. Ellos se enfrentan a un problema jurídico concreto que se somete a su conocimiento para ser resuelto autoritativamente de acuerdo con el derecho preexistente y teniendo a la vista sólo los hechos alegados y la prueba rendida (o, en caso de que no exista derecho preexistente, aplicando la norma que, por ejemplo, le autoriza a resolver conforme a la equidad o analógicamente en caso de ausencia de norma que regule el caso y que aquel sea “jurídicamente relevante”)<sup>83</sup>. Esto es la concepción moderna de *iuris dictio*, decir el derecho puesto por el pueblo. La jurisdicción no se somete tampoco, en el contexto chileno, a la lógica de la representación política. Solo por eso tiene sentido el estatuto especial de los jueces: su independencia, su inamovilidad, su irresponsabilidad.

Es importante, además, destacar el carácter público de la jurisdicción. Como ya decía Couture (1950), la “adjudicación”, la aplicación judicial del derecho tiene una dimensión privada en el entendido que las partes tienen como expectativa que el conflicto cese y se dé eficacia a los derechos invocados, previa afirmación de que el caso concreto es uno regulado por el supuesto de hecho de la norma; pero especialmente una dimensión pública, en tanto potestad pública que permite realizar la eficacia del derecho.

En este sentido, una futura constitución deberá asegurar este espacio para que los derechos de las personas puedan ser adjudicados de

---

<sup>83</sup> Poder judicial como un poder invisible y nulo en el sentido de que no existe más allá de la sentencia que resuelve el caso particular (Atria 2004). El judicial no representa a ningún sector social, y no es, en este sentido, un poder (Bordalí 2008).

manera independiente, imparcial, no instrumental. Una jurisdicción entendida como una “garantía” del ciudadano de que sus derechos no pueden ser afectados y que, en caso de que lo sean, tendrán la posibilidad de recurrir al juez o tribunal para que los proteja<sup>84</sup>.

La jurisdicción, para repetirlo una vez más, sólo tiene sentido si el juez se sujeta a la ley, si el juez obedece a la ley y, como señala Perfecto Andrés Ibáñez en su contribución a esta publicación, también si el juez desobedece a aquello que no es la ley, desobedece al poder (externo o interno), o más bien, desobedece cualquier forma de presión. Y esta tesis, que por simple puede borrarse del mapa o vaciarse de contenido, requiere ser tomada en serio y destacarse una y otra vez. Advierte Perfecto Andrés que hoy lo revolucionario, lo exótico, parece ser que los jueces y las juezas apliquen la ley, se sujeten a la ley. Y para que ello sea posible, debe mantenerse la creación de derecho y la aplicación de derecho como funciones diferenciadas. Debemos diferenciar entre la declaración de voluntad y la decisión en conformidad a la voluntad declarada (Atria 2016, p. 124).

### 3. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

La pregunta es, entonces, cuáles son las condiciones que hacen posible el ejercicio de la jurisdicción. La condición por excelencia, estructural o definitoria de la jurisdicción, es la independencia judicial, que toma la forma de una garantía procesal de las personas frente al ejercicio de la jurisdicción. Ella consiste, simplemente, en que el ejercicio de la jurisdicción esté libre de presiones por parte de otros órganos o funcionarios del Estado, por parte de otros jueces y juezas y por parte de privados (libre de presiones o sin responder a órdenes ni instrucciones, como lo indica Bordalí 2008, p. 208). Sólo así se vuelve posible la sujeción del juez a la ley y a nada más que la ley. Esta es

---

<sup>84</sup> En la Constitución de 1823 se comenzaba la regulación sobre el “poder judicial” con el siguiente texto: ART. 116. El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes. Y a continuación se listaban una serie de “garantías procesales”, la gran mayoría procesal penales. En este sentido, jueces y juezas protegen los derechos individuales en tanto aplican el derecho igualitariamente, dándole fuerza a los derechos, y no de maneras diferentes a las medidas que el propio derecho dispone para ello.

la aproximación abstracta, si se quiere, referida a las condiciones de independencia adecuadas para el ejercicio de la jurisdicción.

Pero la pregunta sobre cuál es el sentido de las instituciones que tenemos depende de las creencias de los participantes de la práctica en que aquellas instituciones cumplen o podrán cumplir su función (Atria 2016). Si esto es así (i.e. si el “punto de vista interno” es relevante), debemos adoptar la óptica institucional desde abajo, desde las instituciones que existen.

Por ello, además de aquella caracterización abstracta de la independencia judicial, con la que es difícil estar en desacuerdo, se requiere una discusión situada. Es decir, se hace muy relevante identificar cómo se encuentra regulada la jurisdicción y cómo se desarrolla en la práctica (o, si se quiere, qué características tiene la regulación orgánica y funcional y la cultura judicial chilena), si el objetivo es conocer y remover eventuales obstáculos a la independencia en tanto condición del ejercicio de la jurisdicción.

Y lo que encontramos es una serie de desafíos y/u obstáculos.

Ya hemos señalado que nuestra jurisdicción muestra tensiones irreparables entre estructura y función, en primer lugar, al comprenderse y funcionar la Corte Suprema como jefe de servicio, comprensión que deriva de disposiciones constitucionales que así lo avalan, siguiendo una lógica comisarial propia de la administración y ajena a la jurisdicción. Un contexto, como el chileno, donde la función jurisdiccional se encuentra imbricada con cuestiones administrativas y disciplinarias, configuración tantas veces denunciada, no cumple con condiciones de independencia para hacer posible el ejercicio de la jurisdicción y, en este sentido, defrauda tal garantía ciudadana<sup>85</sup>.

Otro peligro consiste en entender la independencia como un privilegio de los jueces que les autoriza para corregir nuestra organización social. Que les permite desprenderse o escaparse de la forma de ley, recurriendo a la sustancia, o a interpretaciones de disposiciones constitucionales y convencionales teñidas de una moral propia, o el peligro de entender la función jurisdiccional como decisiones de política pública que habilitan al juez para realizar justicia material o para

---

<sup>85</sup> Sobre sistemas de responsabilidad política de los jueces, véanse las contribuciones de Bordalí, Henríquez y Piña en esta publicación.

redistribuir recursos públicos sin importar si ello va contra ley expresa o, en fin, para suplantar al legislador creando derecho frente a un caso particular (creación, si se quiere, en sentido fuerte, que nos pone ante el riesgo de sucumbir a una forma de particularismo jurídico).

Finalmente, pelagra esta garantía en el escenario actual de funcionamiento del sistema de justicia constitucional chileno cuando a un tribunal que en los hechos ha funcionado como una tercera cámara, es decir, una en la que lo decisivo no es el derecho vigente sino la “opinión” de cada “juez”, como lo es el Tribunal Constitucional, se le atribuye la función de declarar inaplicable en un caso concreto una ley inconstitucional. No es un misterio que en nuestra práctica jurídica se abusa de estos requerimientos de inaplicabilidad. En parte por ello, y en parte por una autocomprensión errada que parecen tener respecto a su función una parte de los ministros de este tribunal, se ha producido una interferencia, perjudicial a mi juicio, en el pronunciamiento de casi cualquier proceso seguido ante los tribunales de justicia (incluso con pretensiones de resolver el caso concreto). Pese a ello, y en la senda correcta, los jueces han resistido estas interferencias.

Por cierto, la garantía de independencia no impide que la decisión de un juez independiente pueda ser revisada por otro juez o tribunal a través de un mecanismo de impugnación en caso de así contemplarlo el legislador. Y un mecanismo de impugnación, que confiere a otro juez o jueces la posibilidad de revisar lo resuelto por otro tribunal, sea en los hechos y el derecho, o sólo en los hechos, no requiere de una jerarquía entre jueces. Tampoco hay una conexión necesaria entre el establecimiento de un mecanismo de impugnación y la atribución de responsabilidad disciplinaria o común para el caso de que la impugnación sea acogida (otra forma de decirlo: no todo “error” en el ejercicio de la jurisdicción genera o debiese generar responsabilidad, de la misma manera que no todos los errores son subsanables; algunos simplemente se toleran). Distinto es el caso de las sentencias dictadas mediando la comisión de un delito como el de cohecho o prevaricación. Si se leen los mecanismos de impugnación y la configuración de estos delitos bajo la comprensión moderna de la jurisdicción, salta a la vista que su función es hacer probable que la práctica judicial se desenvuelva imparcialmente.

Adicionalmente, también podría tener impacto en el ejercicio de una jurisdicción imparcial el actual diseño inorgánico y complejo de jueces y tribunales, especialmente tratándose de tribunales especiales que no forman parte del poder judicial, con disparidad de reglas de todo tipo (orgánicas y procedimentales; por ejemplo, diferentes tipos de mecanismos de impugnación, falta de contencioso administrativo general, etc.). No es una sorpresa que esto produzca una litigación cada vez más especializada y cara (la práctica la ha designado con la expresión “justicia boutique”) que opera como un obstáculo para ejercer el derecho al acceso a la justicia de manera efectiva para la ciudadanía.

Una última cuestión que, a nuestro juicio, obstaculiza el funcionamiento de una jurisdicción independiente en Chile (cuestión de la que el debate sobre la futura constitución debiese hacerse cargo) se refiere al uso extendido y desperfilado del término “jurisdicción”. Si se acepta el concepto de jurisdicción que hemos enunciado, debiese aceptarse también que no a toda aplicación del derecho puede llamársele “jurisdicción”. Esta expresión debiese estar reservada sólo, o exclusivamente a, la aplicación de la ley por parte de jueces y juezas profesionales que gozan de condiciones de independencia (y cuyas decisiones están revestidas de la posibilidad de exigir su cumplimiento incluso forzosamente). Así, la aplicación de la ley por parte de la administración como forma de actuación para alcanzar sus objetivos, es una aplicación del derecho que difiere en un aspecto clave de la que realizan los jueces. Esta no es una cuestión meramente terminológica, sino que, como se explica en Atria (2016, p. 200), una cuestión de diversidad de estructuras y funciones: mientras la Administración tiene facultades para elegir los medios que utilizará para lograr objetivos políticamente informados, los tribunales no gozan de esa posibilidad

mientras la ley fija a la Administración su finalidad y le confiere medios de acción, sin imponerle deberes concretos de acción, para los tribunales la ley aparece como determinando qué deben hacer y cómo deben hacerlo. Por eso los tribunales son independientes (art. 12 COT): la manera en que el contenido de sus decisiones se legitima no es al modo de la Administración, es decir, mostrando que su contenido es desarrollo de un programa políticamente legitimado, sino mostrando que el contenido de sus decisiones está determinado por la ley, que es dictada mediante un procedimiento que asegura (=hace probable) su legitimación material.



La forma de cumplir las funciones de la administración, entonces, no puede ser asimilada a la forma de cumplir la función jurisdiccional. Y de ahí que no nos debe extrañar que la primera y más básica garantía de un debido proceso, esto es, la de ser juzgado por un tercero imparcial, sea completamente impracticable en el ámbito administrativo (véase al respecto Carbonell y Letelier 2020). La Administración, entre otras diferencias, no ve con imparcialidad el mundo del derecho, toda vez que lleva adelante un programa político con el fin de alcanzar diversos objetivos. Lo que guía la acción de la administración es el interés general entendido desde la perspectiva de la visión política que explicita y desarrolla dicho programa político. Y ello no es trasladable, como esperamos haber argumentado, a la jurisdicción.

#### 4. REFERENCIAS

- Atria, F. (2003). “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, *Estudios Públicos* 91: 45-90.
- Atria, F. (2004). “Jurisdicción e independencia judicial. El poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia* 5: 119-141.
- Atria, F. (2016) *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Bordalí, A. (2008). “La doctrina de la separación de los poderes del Estado y el Poder Judicial Chileno”, *Revista de Derecho (PUCV)* 30: 185-219.
- Brandom, R. (2014). “A hegelian model of legal concept determination: the normative fine structure of de judge’s chain novel”, en Hubbs, G. y Lind, D. (eds.) *Pragmatism, law, and language*. New York, Oxford: Routledge.
- Carbonell, F. (2017) “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, *Revista de Estudios de la Justicia* 27: 1–35.
- Carbonell, F. y Letelier, R. (2020). “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Contreras, P. y Salgado, C., *Curso de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Christodoulidis, E. (1998). *Law and reflexive politics*. Dordrecht: Kluwer.
- Couture, E. (1950). “The nature of the judicial process”, *Tulane Law Review* 25(1): 1-28.
- Fuller, L. (1978) “The forms and limits of adjudication”, *Harvard Law Review* 92(2): 353–409.
- Hobbes, T. (1996). *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press (ed. orig. 1651).