




Alvarado Lincopi, Marcelo  
“Politización de la justicia: ¿un problema?  
A propósito del Tribunal Constitucional”  
*En las Fronteras del Derecho* 1.2817 (2022)  
ISSN: 2735-7236  
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0  
Sección: Notas y ensayos  
Fecha de recepción: 15-10-2021  
Fecha de aceptación: 21-12-2021

# Politización de la justicia: ¿un problema? A propósito del Tribunal Constitucional

Is the politicization of justice a problem? The Constitutional Court

Marcelo Alvarado Lincopi

## Resumen

En la labor jurisdiccional se han complejizado los paradigmas clásicos con los cuales se construye el Estado. Debido a nuestras originarias ideas se repite incansablemente que el juez es la “boca de la ley”, lo que deposita la soberanía de su decisión en las reglas previas y expresamente erigidas por los órganos legisladores, y oculta, mediante una narración interna del Derecho, una cierta libertad otorgada a los juzgadores. ¿Es esto un problema? Responderemos negativamente. El problema radica en la concepción clásica de la estructura estatal que comprende que es posible aplicar normas jurídicas sin ningún atisbo de incidencia política o ideológica. En virtud de esta realidad, que permea hasta las más recientes resoluciones de la justicia constitucional, es necesario un análisis.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; Decisión judicial; Política; Constitución

## Abstract

Regarding tribunals, the classic State paradigms have become more complex. We tirelessly repeat that the judges are the “mouth of the law”, and argue that the sovereignty of their rulings are derived from rules previously and expressly enacted by the legislator. This hides, through an internal narration of the Law, a certain freedom granted to the judges. Is this a problem? We contend it is not. The problem lies in the classical conception of the State structure that understands that applying legal norms does not involve politics

or ideology. We have to analyze this belief, as it permeates even the most recent rulings of constitutional justice.

Keywords: Constitutional Court; Court ruling; Politics; Constitution

## 1. Cuestiones previas

El presente texto tiene como objetivo delimitar dos cuestiones fundamentales. Por un lado, la existencia de una administración de la justicia politizada, o más bien reconocer la politicidad de los operadores de la administración de la justicia; el significado de esto; las distinciones que se pueden realizar para entender mejor esta afirmación y las consecuencias prácticas que, en al menos uno de los supuestos, debería conllevar el reconocimiento de una justicia politizada. Por otro lado, este texto tiene la función, examinado el panorama general a través del análisis de las reglas constitucionales y la realidad concreta, de presentar una propuesta que pretende solucionar sólo uno de los problemas que se causan a propósito de la administración de la justicia politizada, esto es, el nudo causado entre la independencia interna del Poder Judicial, su estructuración jerárquica y la politicidad de la justicia. Es decir, por un lado, trataremos de afirmar la tesis de que existe, por inherencia humana, una justicia politizada, o una politicidad de la justicia (que son expresiones análogas, pero dirigidas con distinta perspectiva, puesto que con “politización” entenderemos el traspaso de la percepción de algo apolítico a algo político). Por otro lado, abordaremos una solución institucional a propósito de un pro-

blema que tiende a tener consecuencias prácticas relevantes debido al carácter jerárquico de nuestra administración de la justicia.

Por cierto, es necesario advertir que es en virtud del proceso constituyente que podemos analizar y proponer cuestiones tales como las que se plantearán a lo largo del texto, lo cual no quiere que decir que lo argumentado acá carezca de todo fundamento y base intelectual. Al contrario, estas ideas tienen su raigambre en el Derecho comparado y en las discusiones actuales que sostiene nuestra doctrina y judicatura. En este sentido, el presente texto sólo busca atribuirle un objeto más, entre tantos múltiples, a la redacción de una nueva Constitución. Por tanto, el proceso de redacción de una nueva Constitución deviene en ser la condición de la posibilidad de la discusión de nuevas instituciones e ideas para nuestra República, cuestión muy poco suscitada desde el siglo XIX en adelante.

Ahora bien, la lectora atenta (en tanto pronombre de toda persona), se preguntará: ¿qué tiene que ver el Tribunal Constitucional, en su causa rol N°10774-21<sup>1</sup>, con la existencia de la politización de la justicia y la propuesta institucional ante un problema específico de aquel acápite? La verdad es que la resolución del Tribunal Constitucional a propósito del retiro del 10% de los fondos individuales administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, tiene un margen muy acotado en lo que sigue. Sin embargo, con este párrafo pretendo aclarar que esto se constituye así puesto que, en el objeto primitivo, o sea aquel que se tenía para las Jornadas de Investigación Estudiantiles de la Universidad de la Frontera, sólo tenía la intención de develar el carácter politizado de la decisión judicial en general, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, no en demostrar los juicios políticamente valorados del Tribunal Constitucional, ni menos en realizar una crítica al Tribunal Constitucional.

De manera que el presente ensayo, tal y como estaba escrito para las Jornadas, daba para una serie de relaciones intelectivas debido a la generalidad de su planteamiento principal, por ejemplo: diferenciar entre lo político y lo jurídico; distinguir la tarea de los órganos políticos y de los órganos jurisdiccionales; ameritar un quiebre entre la creación del derecho y la aplicación del derecho; abordar el problema de una justicia politizada como una cuestión creadora de incertidumbre jurídica dado el supuesto “derrumbe” del principio

<sup>1</sup>Tribunal Constitucional, Rol 10774-21 (2021): Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente respecto del proyecto de ley que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales en las condiciones que indica.

de imparcialidad de los jueces que implica el reconocimiento teórico de la politicidad jurisdiccional, lo cual es equivocado teniendo en cuenta que con tal reconocimiento lo que se derrumba es solamente la ‘opinión de manda’ de que en la función jurisdiccional existe la *praxis* imparcial y no el principio de imparcialidad como mandato al juez; una reflexión en torno a la justicia politizada y el nihilismo crítico. En fin, dada la amplitud del capítulo de la politicidad jurisdiccional y la poca concreción de sus nudos teóricos convertidos en presupuestos de un problema fundamental no sólo de judicatura chilena, sino de las judicaturas, al menos, del mundo occidental, era necesario ofrecer un breve análisis, y una oferta de futuro contenido constitucional, que busque responder lo que pareciese ser una dificultad esencial, esto es, la presentación de la politicidad jurisdiccional como un problema. De esta manera, se plantea en lo que sigue que la politización de la justicia no es un problema puro, ensimismado, sino que se convierte en problema en tanto exista una mala estructuración institucional.

Finalmente, como última advertencia, a pesar del título, no tocaremos en estos párrafos la discusión sobre la futura existencia del Tribunal Constitucional, puesto que se aleja de nuestro análisis, y nos concentraremos en nuestro sistema jurisdiccional difuso, esto es, en el Poder Judicial.

## 2. Judicatura y Constitución vigente

En nuestra Constitución y en el Código Orgánico de Tribunales se establecen dos clases diversas de funciones estatales, en particular judiciales.

En el sistema jurídico chileno, por un lado, encontramos la función jurisdiccional de la administración de la justicia toda. Así podemos descubrir en el artículo 76, de la aún vigente Constitución Política, lo que dispuso, en su artículo 1, el Código Orgánico de Tribunales, esto es, que los tribunales que establece la ley tienen la facultad exclusiva de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas civiles y criminales. Por tanto, al ser una función que corresponde a “los tribunales” que prescribe la ley, se ha entendido que la función jurisdiccional, esto es, la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar, es esencialmente difusa, puesto que no se concentra en ningún tribunal en particular, sino que se distribuye en todos aquellos que pertenecen a la estructura del Poder Judicial. Por otro lado, el sistema jurídico chileno ofrece otra función, o, si se prefieren los términos del legislador, otra facultad, completamente distinta, esta es, la función de gobierno de los jueces. En este

sentido, el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 3, prescribe, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que, a cada uno de los tribunales, les asigna el mismo Código.

A propósito de la distinción hecha, resulta interesante detenerse a descomponer tres cuestiones elementales para nuestro análisis. En primer lugar, es relevante destacar que el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales dispone el adverbio “además”, dándole una sistematicidad a los primeros artículos del Código que prescriben las funciones de los tribunales. Así las cosas, el primer y el segundo artículo de la ley establecen la facultad jurisdiccional en los asuntos contenciosos y no contenciosos, y el tercer artículo establece la facultad de gobierno del Poder Judicial. Se configuran estas dos funciones como los dos grandes poderes que se les atribuyen a los tribunales a propósito de su regulación jurídica, poderes que, como veremos en uno de ellos, en algunos casos resultan problemáticos. En segundo lugar, el artículo dispone que las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas son propias de “los tribunales”. Esto es, en su parte general, el Código Orgánico de Tribunales dispuso que la función de gobierno, como la función jurisdiccional, es también de carácter difuso.

Esta fórmula es problemática por las consecuencias prácticas de su significado. Sin embargo, el Código salva esta situación porque su artículo 90 N°4 dispone que las facultades de gobierno antes mencionadas recaen en la Corte Suprema. Finalmente, en tercer lugar, es necesario volver a la Constitución de 1980 y darse cuenta de que ésta precave el error legislativo, y dispone, sin más, que la función de gobierno judicial, traducida en el texto político como la “superintendencia”, recae en la Corte Suprema y que ahora, a diferencia de lo prescrito por el legislador en el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales, son todos “los tribunales” los que están sujetos a esta superintendencia de gobierno judicial de la Corte Suprema.

Por tanto, es posible afirmar que los dos grandes poderes que otorga nuestra Constitución a la administración de la justicia son diferenciados en su facultad, entendido este sustantivo como una potestad. Esto significa que, mientras la función jurisdiccional es difusa, la función de gobierno judicial es concentrada en los tribunales superiores de justicia, y quedan los tribunales inferiores sin facultad para ejercer aquella función.

Este orden de cosas plantea variopintos problemas. Sólo expondremos uno. Ahora bien, por ahora sólo lo plantearemos, puesto que en el cuarto capítulo de este texto habrá oportunidad de profundizar un tanto más.

La Constitución Política, en su artículo 76, establece el principio de independencia judicial, puesto que dispone que:

“Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

En este apartado constitucional es interesante observar dos asuntos. Por un lado, es interesante destacar que la Constitución nos intenta hablar de “funciones judiciales”. Esto significa que, a pesar de que, en su articulado, el texto político-jurídico fundamental intentó ir superando la confusa forma en la que el legislador del siglo XX reguló estos asuntos en el Código Orgánico de Tribunales, no se olvidó del todo de la situación que constábamos en párrafos anteriores, esto es, de la existencia de dos funciones, o “poderes”, al interior del Poder Judicial, una difusa y otra concentrada. Por otro lado, podemos dar cuenta de que la Constitución Política de 1980 proclama la independencia judicial de forma restrictiva, puesto que establece específicamente cuáles serán las funciones estatales, o poderes del Estado, de las cuales el Poder Judicial mantendrá su independencia. Eso trae como consecuencia que, en un análisis básico que no intenta ir más allá en los significados de esta fórmula restrictiva, la Constitución Política nos intenta decir, en la portada del Capítulo VI sobre el Poder Judicial, que sólo existe una independencia externa de las funciones judiciales, esto es, una independencia de los demás poderes del Estado, mas no una independencia interna de las funciones judiciales.

Así, en el artículo 76, el constituyente autoritario confunde, puesto que habría una dependencia interna de una de las funciones judiciales. Es decir, el principio de independencia judicial hace un guiño a la necesidad de los jueces de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con absoluta prescindencia de otros poderes o antes que pudieran estorbarlo en sus facultades de jurisdicción y de gobierno judicial. Sin embargo, los jueces pertenecientes a los tribunales inferiores no tienen independencia en el ejercicio de sus funciones judiciales, sino que en tal ejercicio se encuentran subordinados y dependientes. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿dependientes de qué o de quién? La Constitución no especifica de quién dependen los tribunales inferiores en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero sí lo hace a través de la regulación que realiza de la función de gobierno judicial en su artículo 82. Esto es, existe un asunto de hecho, la necesidad de independencia judicial de todos los jueces de la

estructura de la administración de la justicia, que la Constitución de 1980 arroja, sin disponerlo expresamente, a la jerarquía que es generada, entre otras cosas, por la función de gobierno judicial concentrada.

### 3. Ideas fundamentales a propósito de la jurisdicción

Dada la complejidad que ha adquirido el Estado en el desarrollo y desenvolvimiento normativo y/o práctico de las instituciones y órganos públicos, se han visto diezmadas las clásicas estructuras ideadas por el aporte filosófico de Locke, y principalmente, debido al modelo específico de Montesquieu. En este sentido, el modelo el de separación de poderes ha sido tomado como fuente principal para la construcción del Estado, y la relación de todos sus órganos e instituciones, pero también aquel modelo demuestra constantes incongruencias habida la complejidad que ha adquirido la estructura del Estado. De esta manera, podemos ver que el desmedro de estas ideas se ha visto expresado en diversas instituciones doctrinarias que ampliamente la dogmática ha empezado a utilizar, por ejemplo, el paso desde un modelo de división de poderes a un modelo sistemático de coordinación de funciones, como lo expresa, ya en la primera parte del siglo XX (Carre de Malberg).

Es lo anterior sintomático para comprender que las viejas y clásicas estructuras no dan abasto con la complejidad contemporánea. Con la exposición de lo anterior, es necesario ahora comprender que la labor jurisdiccional también se ha “complejizado” en relación con los paradigmas y principios de las teorías clásicas. Hoy en día no es posible, debido a las realidades factuales, encasillar la actividad material de la administración de la justicia en los márgenes doctrinarios de antaño que generan un efecto contrario al esperado y producen una multiplicidad de problemas que deben ser resueltos en la actualidad.

A propósito de nuestras originarias ideas tomadas de Montesquieu, repetimos constante e incansablemente, debido a la herencia de la cultura jurídica del derecho continental a la cual pertenecemos, que el juez es la boca de la ley (Montesquieu). Así las cosas, relajamos, en este ejercicio argumentativo y dogmático, la decisión judicial, como un acápite de la función de jurisdicción que los tribunales, en su carácter difuso, ejercen, en reglas que, previa y expresamente, son erigidas por los órganos legisladores y colegisladores. Esto, vistas las cosas en abstracto, parece no generar mayores problemas, habida

cuenta de la división racional de competencias que corresponde a cada órgano del Estado y su virtual funcionamiento para que, de esa manera, se dé movimiento al Estado de Derecho. Sin embargo, el ejercicio dogmático al cual hacíamos mención, lo hacemos sin percatarnos que, como cultura jurídica continental, estábamos ocultando, mediante una narración interna del Derecho de la que habla Garapon, una cierta libertad otorgada a los juzgadores (Garapon y Papadopoulos).

Ahora bien, para entender de qué trata esta “cierta libertad”, debemos preguntarnos: ¿cuál es la fuente de esta libertad? Esta proviene de la teoría positivista del derecho que, al obligar aducir la decisión judicial con base a reglas jurídicas, le da al juez el poder, atribuido como posibilidad, de escoger la forma de aplicación concreta de una norma devenida de una interpretación sistemática que éste mismo le da. La teoría positivista convierte a la función jurisdiccional en un poder aplicatorio que se ejerce con una libertad que, por sus características que irradian de la forma permisiva de elaboración judicial, permite que algunos criterios personales, como lo son los políticos inherentes al ser humano, se expresen en la decisión judicial.

Es este “poder aplicatorio”, entendido como posibilidad cierta de los jueces en la aplicación del Derecho, en sí mismo, una facultad política no declarada de la administración de la justicia (Garapon y Papadopoulos). Esta facultad es una potestad o capacidad de atribución de valoraciones pertinentes a las ideas y/o pensamientos relativos a una determinada comunidad humana.

De este modo, lo anterior provoca una verdadera dicotomía dentro del modelo clásico de separación de poderes, y de administración de la justicia en particular. Ella trae consigo que, dentro del acto supuesta y exclusivamente técnico expresado por el juez, subyace la posibilidad, como facultad, de la expresión de una voluntad genuinamente política, entendida como valoración, emanada, de manera difusa y sin reconocimiento positivo, de un órgano del Estado.

Ahora bien, y aquí lo fundamental, cabe preguntarse: ¿es esto un problema? Dicho de otra manera: ¿el carácter político, entre otros tantos, de la decisión judicial representa un problema? Diremos que no, en lo absoluto. Ahora bien, es preciso establecer que, si bien esto no es un problema en sí mismo, las respuestas dogmáticas e institucionales que se deriven de esta situación pueden transformarse en un sustantivo problema, si esta realidad inherente al ser humano trata de ser encubierta. Así las cosas, lo problemático de todo esto radica en la concepción clásica de la estructura estatal, toda vez que esta

comprende que es posible aplicar normas jurídicas sin ningún atisbo de incidencia política, o ideológica inclusive, y supone una neutralidad decisional (Kennedy), fundamentalmente imparcial, en la creación de normas, procedimientos e instituciones y no solamente, como parece ser correcto a raíz del análisis realizado, en el mandato realizado a los jueces. Es decir, el problema radica en la perspectiva de la *ratio legis*.

Pese a lo anterior, cabe advertir que esto no quiere decir que nuestros teóricos y legisladores primitivos, u originarios si se quiere, no hayan dado cuenta de esta situación. De lo contrario no se explicaría la existencia de los principios de imparcialidad, de objetividad o de inexcusabilidad. Todo lo dicho hasta ahora sólo demuestra un error teórico, cometido de buena fe a fin de eliminar la sensación de incerteza jurídica que puede significar una decisión judicial politizada. Por cierto, se debe considerar que esto no debe crear angustias debido al desbaratamiento de nuestras posiciones dogmáticas originarias. Por el contrario, esta superposición de ideas debe llevarnos a aceptar el sustrato ideológico subjetivo del juzgador que interactúa con el mandato de aplicación de las normas jurídicas en la resolución de un caso concreto, e intenta controlar o limitar las consecuencias prácticas que pudiese tener dicha realidad, a través de una sistematicidad orgánica que sea eficaz en la dotación de neutralidad general e institucional difusa y consciente de la subjetividad de los jueces en particular, tanto los que pertenecen a tribunales inferiores como a los superiores de justicia.

Convoca ahora analizar brevemente la causa rol N°10774-21 del Tribunal Constitucional<sup>2</sup> en relación con la crítica de la teoría clásica que hemos hecho, teniendo en cuenta las prevenciones realizadas en el primer capítulo de este texto. Ahora bien, cabe detenerse un momento para preguntarse: ¿por qué analizar específicamente esto? La causa citada fue fuente de discusión pública por varias cuestiones. Se trataba de la causa que resolvía el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de la República en orden de acusar los vicios de constitucionalidad cometidos por el Congreso Nacional en la tramitación del proyecto de reforma constitucional relativo al tercer retiro del 10 % de los fondos las cuentas individuales de pensiones que yacen en las Administradoras de Fondos de Pensiones. Sólo distinguiremos dos discusiones específicas que tienen relación con lo que hemos analizado. En primer lugar, se discutía sobre el carácter político del Tribunal Constitucional, denunciando la existencia de una tercera cámara establecida como otra instancia del trámite

legislativo.

Esta denuncia se acrecentaba aún más porque el Ejecutivo utilizó al Tribunal Constitucional como un mecanismo de desbloqueo institucional entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, y descartó el veto presidencial como mecanismo facultativo que podía haber utilizado el Jefe de Estado. En segundo lugar, se discutía sobre el carácter político de la decisión de los ministros del Tribunal Constitucional. Aquí se distinguían dos aspectos, puesto que, por un lado, se razonaba que, si el Tribunal tenía un carácter político, los jueces que pertenecían a él también lo tendrían. Por otro lado, se denunciaba la falta de imparcialidad de los ministros del Tribunal Constitucional al momento de fallar.

Aquello último es lo que interesa particularmente a nuestro análisis anterior. Es decir: ¿debe existir un desvalor de la politicidad de la decisión judicial? Insistiremos en que no. ¿Se debe proteger la imparcialidad como criterio de decisión judicial? Diremos que sí. Entonces, ¿cuál es el problema en este punto? El problema es de arquitectura jurídica. En determinados momentos de crisis, como los que transcurren en los presentes años, la *ratio legis* clásica, utilizada para la estructura institucional, es desbordada por la realidad. Por ende, conviene realizar prevenciones, a través de creaciones institucionales, a fin de evitar situaciones extremas.

Por último, resulta revelador observar que el tribunal se refiere de forma expresa al rol de los jueces en una democracia constitucional, a la conceptualización del imperativo de imparcialidad de los jueces y a la discusión en torno a una “tercera cámara”. Esta idea ha sido levantada por parte de la doctrina jurídica chilena, en particular los autores (Atria y Salgado). El Tribunal Constitucional afirma la concepción clásica, y acá criticada. Por un lado, el voto disidente en la solicitud de inhabilitación, o implicancia, de una Ministra del Tribunal, señala que la razón para rechazar la tesis aducida según la cual el Tribunal Constitucional es una tercera cámara, es en virtud de que el sistema constitucional no prevé la existencia de tal tercera cámara en sus normas, y cita los artículos 92 y 93 de nuestra Constitución Política<sup>3</sup>. Por otro lado, cuestión análoga ocurre en el voto principal, donde se establece que la labor (asignada por normas jurídicas) de la jurisdicción constitucional es estrictamente técnico-jurídica y no política<sup>4</sup>.

<sup>2</sup>Tribunal Constitucional, Rol 10774-21 (2021).

<sup>3</sup>Tribunal Constitucional, Rol 10774-21 (2021), voto disidente, considerandos noveno y decimo-primeros.

<sup>4</sup>Tribunal Constitucional, Rol 10774-21 (2021), voto principal, considerandos tercero, cuarto,

Como se puede ver sin mayores dificultades, las afirmaciones son esencialmente tautológicas. Se trata de afirmar un análisis de la realidad en base a las propias normas jurídicas que, como pudimos analizar en párrafos anteriores, tratan de regular dicha realidad, y la ocultan a través de diversos principios jurídicos, como el de imparcialidad y sus relatos. Por supuesto, el análisis derivado en las resoluciones citadas no permite una comprensión de los fenómenos complejos de la estructura de la decisión judicial. Se trata de una negación de la politicidad interna subjetiva (Kennedy) que intenta imponer (como aducíamos anteriormente, mediante reglas jurídicas) una neutralidad decisional.

Así las cosas, vemos contingente y coyuntural la dicotomía en la que habitan los operadores jurídicos en la confrontación con la realidad material. Como dijimos, conviene aceptar y regular esta dicotomía, no esconderla bajo supuestos teóricos clásicos.

#### 4. Problema específico: la independencia interna del Poder Judicial

Lo político y lo judicial, como pudimos ver en el primer capítulo de este ensayo, trae un sinfín de posibilidades analíticas. Acá solo veremos una de ellas referida a la relación que tiene la politización de la decisión judicial y la independencia interna del Poder Judicial, como problema que ello conlleva.

Como pudimos entrever a través de la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, de nuestro continente constitucional, el principio de independencia judicial de la jurisdicción difusa está asegurado en su faz externa, mas no en su faz interna. Esto, en la traducción que realiza la Constitución Política, significa que existe una dependencia interna en el ejercicio de las funciones judiciales. Dicho de otra manera, no existe una independencia interna del Poder Judicial. Se subyugan los tribunales inferiores a algo o a alguien que, como vislumbramos, es la Corte Suprema en orden de la estructuración jerárquica de la administración de la justicia. Bajo este acápite vimos que existen dos grandes funciones, o superintendencias. Por una parte, la función de jurisdicción, de carácter difuso, que atribuye a los tribunales la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por otra parte, la función de gobierno judicial que, tras una interpretación sistemática,

quinto, sexto, séptimo y octavo.

observamos que es de carácter concentrado y que recae en los tribunales superiores de justicia, en particular en la Corte Suprema.

Pese a todo, es confuso que nuestro constituyente autoritario atribuyera la función de jurisdicción de manera difusa a todos los tribunales de la República, pero que, al mismo tiempo, restringiera el ejercicio de tal facultad judicial y la hiciera depender de los criterios jurisdiccionales de la Corte Suprema. En tal caso no existiría una total función judicial de jurisdicción en los tribunales inferiores de la República, puesto que los criterios utilizados en el ejercicio esta función, conforme al artículo 76 de la Constitución Política, son dependientes de los tribunales superiores de justicia. Por supuesto, así entendidas las cosas nuestro sistema judicial sería inadmisibles, puesto que se haría omisión sustantiva a los fundamentos que erigen la institución de la independencia judicial. Es por esto que, en los hechos, se ha preferido una interpretación que implique que a los tribunales inferiores de justicia se les aplica el principio de independencia en una de sus funciones judiciales, la función de jurisdicción. En cambio, para el ejercicio de la otra función, ahora sí conforme a la Constitución, se dispone que es exclusivo de la Corte Suprema. Se establece, al contrario de lo constitucionalmente establecido, un sistema donde el ejercicio de la función de jurisdicción es desconcentrado y el ejercicio de la función de gobierno judicial es concentrado y jerárquico que, sólo en este punto, mitiga la independencia interna. Sin embargo, el resultado de la solución dogmática no es satisfactorio, puesto que no escapa del supuesto inicial.

En este resultado nos interesa sólo una parte, esto es, el carácter concentrado del ejercicio del gobierno judicial y la mitigación de la independencia interna como ejercicio institucional que coarta, mas no extingue, la independencia de los tribunales inferiores en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que conlleva, como aducíamos, una politicidad inherente.

Como vimos, el ejercicio de la función de gobierno judicial recae en la Corte Suprema. Esto significa que, como prescribe el artículo 82 de la Constitución Política, ésta tiene superintendencias conservadoras, disciplinarias y económicas de todos los tribunales de nuestra República. Esto tiene importantes consecuencias prácticas, por ejemplo, en el sistema de nombramiento de jueces o, incluso, en la permanencia laboral en el Poder Judicial, que depende del concepto en blanco de "buen comportamiento" dispuesto en el artículo 80 de la Constitución.

Lo anterior trae consigo que, dada la politicidad inherente a la decisión humana que, en sí, no trae mayores problemas, se desconfigura el juicio valo-

rativo de carácter político que tiene un juez de un tribunal inferior de justicia por el que subyace en la racionalidad del juez de un tribunal de superior jerarquía. Esto significa que la Constitución Política abre completamente la posibilidad, sin limitación institucional, de que el juez perteneciente al tribunal superior de justicia utilice, en el ejercicio de sus facultades de gobierno judicial, una variedad de potestades contra aquel juez de tribunal inferior “descolgado” de la valoración política del tribunal superior. Eso podrá significar, por ejemplo, y siguiendo el artículo 80 inciso 2°, que la Corte Suprema podrá declarar el “mal comportamiento” de aquel juez de inferior jerarquía e incluso, tras un procedimiento que sigue tramitándose al interior del Poder Judicial, acordar su remoción. También podrá significar la dificultad de ascender en los escalafones del Poder Judicial, debido a la forma en que está regulada la carrera judicial y el sistema de calificaciones reglado en los artículos 270 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

Sin embargo, lo problemático de la situación no sólo queda allí donde se derivan los efectos de la dependencia de la función de gobierno judicial en una estructura jerárquica y concentrada, lo cual ya es preocupante, sino que se transporta al aparente ejercicio independiente de la función de jurisdicción de los tribunales inferiores de justicia. Por un lado, esta forma institucional, entregada de hecho a la jerarquía judicial, disciplina la decisión judicial en su faz política y la hegemoniza en todo el Poder Judicial y, por otro lado, realiza el mismo ejercicio, pero con la faz jurídica de la decisión judicial. Esto es, hegemoniza la valoración del juez superior jerárquico en tesis jurídicas trascendentales, lo cual, en caso de disconformidad, podrá tener consecuencias prácticas preocupantes, abiertas las posibilidades por el texto constitucional aún vigente.

En fin, lo que se ha querido demostrar es que la politicidad de la decisión judicial sólo puede tener efectos nocivos para el Estado de Derecho si la obra de ingeniería jurídica no tiene en cuenta diversas realidades que deben ser apaciguadas de manera adecuada y eficaz.

## 5. Nueva Constitución: hacia el Consejo de la Magistratura

A propósito de lo que hemos planteado a lo largo del presente ensayo, cabe mencionar sumariamente que el equipo ganador del Concurso Nacional

“Semilleros de Derecho Procesal”, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, ha expuesto en el Foro Anual de la Red de Investigadores de Derecho Procesal que la fórmula para resolver el nudo entre independencia interna del Poder Judicial, en su faz jurídica y política, y el carácter concentrado de la función de gobierno judicial incrustado en una estructuración jerárquica, es a través de la creación del Consejo de la Magistratura con participación ciudadana en la elección de una parte de sus miembros. Con esta formulación se intenta dejar al Poder Judicial con tan sólo una de las grandes funciones judiciales, esta es, la función de jurisdicción, mientras que la función de gobierno quedaría asignada al Consejo de la Magistratura.

Esta solución parece adecuada si se tienen en cuenta los defectos denunciados con anterioridad, donde los criterios utilizados en el ejercicio de la función jurisdiccional se hegemonizan de hecho al haber una estructuración jerárquica del Poder Judicial cuyo sustrato se da por el ejercicio de la función de gobierno radicada en la Corte Suprema. Además, esta solución apunta como un remedio estructural a la realidad institucional que desborda los parámetros de las teorías clásicas, tesis principal que ha querido explicar el presente texto.

## Acerca del autor

Marcelo Alvarado Lincopi. Estudiante de Derecho y Ayudante de las cátedras de Derecho Constitucional e Historia del Derecho. Universidad Alberto Hurtado.

✉ malvaradolincopi@gmail.com

## Bibliografía

Atria, Fernando y Constanza Salgado. «El TC como tercera Cámara: la continuación de la política por otros medios.» 9 de marzo de 2015. *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/>.

Carre de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. Segunda. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

Garapon, Antonie y Ioannis Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Primera. Bogotá: Legis Editores, 2008.

Kennedy, Duncan. *Izquierda y Derecho, ensayos de teoría jurídica crítica*. Primera. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Trad. Siro García del Mazo. Segunda. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.