

¿ES TODAVÍA POSIBLE LA JURISDICCIÓN?

IS THE JURISDICTION STILL POSSIBLE?

FERNANDO ATRIA LEMAITRE*

RESUMEN: Este artículo discute la jurisdicción, su configuración institucional y la dirección en la que esta configuración institucional ha evolucionado, con la finalidad de entender la lógica de esa evolución. Para eso describe, primero, los caracteres fundamentales de una teoría de las instituciones (§ 1). Luego, en aplicación de esa teoría, ofrece una breve explicación de las potestades características del Estado moderno (breve, por cierto, no porque el tema sea breve, sino porque resume lo explicado latamente en otra parte, como se indicará), porque sólo una explicación conjunta de ellas nos permitirá entender la jurisdicción (§ 2). A continuación pretende mostrar cómo los tribunales en general y la Corte Suprema en especial están recibiendo atribuciones que no corresponden a la estructura de la potestad jurisdiccional (§ 3). En la cuarta sección se ofrece una explicación del hecho de que la estructura jurisdiccional esté crecientemente asimilándose a la administrativa (§ 4). La sección final contiene algunas conclusiones sobre el proceso de evolución institucional al que está sometida la jurisdicción y las fuerzas que lo empujan.

ABSTRACT: This paper discusses the jurisdiction, its institutional shape and the direction in which this configuration has evolved, in order to understand the logic of that evolution. For these purposes the work describes, first, the fundamental characteristics of a theory of institutions (§ 1). Then, under this theory, the paper provides a brief explanation of the characteristic powers of the modern State, because only a joined-together explanation of them will help us to understand the jurisdiction (§ 2). Then, this article points out how the courts and in specific the Supreme Court, are receiving special powers that do not correspond to the structure of judicial authority (§ 3); in the fourth section, the work delivers an explanation of the fact that the jurisdictional structure is increasingly close to an administrative one (§ 4). The final section contains some conclusions about the evolutionary process of institutional change in jurisdiction and the forces that cause it.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción, forma institucional, administración, Corte Suprema.

KEYWORDS: Jurisdiction, institutional form, administration, Supreme Court.

§ 1. EL SENTIDO DE LAS INSTITUCIONES

Las instituciones son conjuntos de reglas más o menos explícitamente formuladas que dan forma a algo importante que sin esa forma es improbable¹. Una vez que eso que es importante ha sido formalizado la referencia directa a lo importante es innecesaria y basta la referencia a la forma institucional. Esto, por cierto, es la razón por la que la institución puede hacer probable lo que es improbable, pero implica que, en su operación, la institución se hará crecientemente ciega a la sustancia que la justifica.

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Chile.

¹ El argumento de este artículo supone una teoría de las instituciones que, por cierto, sólo puede ser descrita pero no explicada aquí. La he desarrollado latamente en la segunda parte de ATRIA: *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

Estoy consciente de que la formulación anterior debe haber parecido algo críptica, por lo que es útil usar un ejemplo para explicarla. El testamento es la formalización de la última voluntad del causante². Sin testamento, identificar y cumplir la última voluntad del causante es improbable, porque cuando es necesario determinarla (es decir, después de abierta la sucesión) la manera en que se relacionan los intereses de quienes estarán probablemente involucrados conspira contra una fácil y expedita identificación. El testamento da a la voluntad del causante una determinada forma. Si una voluntad tiene forma testamentaria, el derecho la reconocerá como voluntad del causante; si no hay una voluntad formalizada de fecha posterior, ésa será la última. Las condiciones de validez del testamento (capacidad, formalidades) son las condiciones por las cuales se justifica afirmar que jurídicamente hablando el testamento contiene la voluntad del causante. Es importante destacar que la institución del testamento logra hacer trivial algo que sin ella sería difícil (la identificación de la última voluntad), y lo logra por la vía de hacer operativamente irrelevante la apelación a la última voluntad del causante. Porque obsérvese que para que el testamento pueda cumplir su función es necesario que la real voluntad del causante sea irrelevante al momento de distribuir los bienes. El testamento no solucionaría, sino sólo reproduciría el problema que pretende solucionar (hacer probable la identificación de la última voluntad del causante en condiciones en que dicha identificación es altamente improbable) si una vez abierta la sucesión, un testamento válido pudiera ser atacado mostrando, con cualquier medio de prueba, que la voluntad contenida en él no era la última voluntad del causante.

La cuestión es de extraordinaria importancia, y aparece en todo el derecho, por lo que es importante caracterizarla de modo simple y claro: (a) las formas institucionales a las que el derecho recurre encuentran su sentido en que hacen probable algo que sin ellas es improbable; (b) la manera en que lo hacen probable es por la vía de darle forma; (c) una vez creada la forma jurídica, la idea no formalizada que el derecho pretende hacer probable es jurídicamente indiferente, y la forma jurídica puede operar sin referencia a ella³.

Como en su operación las instituciones jurídicas son ciegas a la idea que ellas pretenden hacer probable, en la medida en que la institución se estabiliza esas ideas comienzan a ser vistas como "mitos" o, más genéricamente, como ideas puramente "filosóficas" que son cultivadas por académicos sin experiencia profesional, en la "torre de marfil" de la universidad, que no tienen relación con el derecho que realmente existe. "Lo que importa no es que el testamento contenga la última voluntad del causante, sino que sea formalmente válido" puede decir (y con razón) el abogado practicante. Como para lo que él hace la idea de última voluntad del causante es irrelevante, el abogado concluye que la referencia a la última voluntad del causante es "pura teoría". Es decir, concluye que para entender la institución ya no necesita preguntarse cómo se relaciona

² ATRIA (2016), pp. 156-157.

³ ATRIA (2016), p. 149.

con esa idea que la institución intenta hacer probable, y basta mirar al modo formal de operación. Pero dichas condiciones formales de operación, aunque suficientes para actuar bajo la institución, no permiten entenderla.

Esto es algo común en la evolución de las instituciones. Y, en lo que nos interesa ahora, es algo que puede observarse también tratándose de la jurisdicción. La consecuencia es que las formas institucionales de la jurisdicción existen, operan, pero son crecientemente malentendidas. Al analizarlas y reformarlas, entonces, se sigue alguna forma de razonamiento instrumental que es superficialmente plausible, pero que no corresponde al sentido de la institución jurisdiccional. Y como no corresponde a ese sentido (que se ha perdido, porque se considera “puramente teórico”) la finalidad buscada no se logra y la institución se hace no más sino menos funcional.

Una buena ilustración de este punto es la regla originalmente contenida en el artículo 18 de la Ley N° 19.968, de Tribunales de Familia (hoy reemplazada por la regla contraria por la Ley N° 20.286), que autorizaba generalmente a las partes para actuar y comparecer personalmente en juicio, sin necesidad de mandatario judicial y abogado patrocinante. El caso es interesante de analizar porque hoy es evidente que esta regla, que pretendía facilitar el acceso a la justicia, descansaba en un entendimiento superficialmente plausible pero en realidad precisamente incorrecto de la exigencia legal de patrocinio letrado.

El antiguo artículo 18 trataba la exigencia de patrocinio letrado como un obstáculo al acceso a los tribunales, y por consiguiente hizo lo que en general es razonable hacer con las cosas que obstaculizan cosas importantes: la removió, con la idea de que eso facilitaría el acceso de todos a los tribunales. Como lo manifestó el Ejecutivo durante la tramitación de la Ley N° 19.968, se pretendía “asegurar un mayor grado de igualdad en el acceso a la justicia, teniendo presente que la inmensa mayoría de los usuarios de los actuales juzgados de menores son personas de escasos recursos”⁴. Ahora bien, es importante notar que hay un sentido obvio en que superficialmente es más fácil acceder a los tribunales si es posible hacerlo sin antes obtener el patrocinio de un abogado. Pero la experiencia de la aplicación de la regla del artículo 18, que rápidamente llevó a su modificación y a su reemplazo por la regla precisamente contraria, muestra que este sentido superficial y obvio puede ser seriamente equivocado; permitir el acceso sin patrocinio no sirvió para facilitar el acceso a los tribunales, sino que lo dificultó. En efecto, como informó la Corte Suprema durante la tramitación de la Ley N° 20.286 (que reformó la regla del art. 18, restableciendo la exigencia de patrocinio letrado), la eliminación generalizada de la exigencia del patrocinio de abogado en las causas, determinó dificultades mayores en el ingreso de asuntos al tribunal y trajo consigo que magistrados y funcionarios tuvieran que asumir labores de asesoría de los interesados⁵.

El sentido común sugería que al disminuir los requisitos para acceder sería más fácil ingresar. Lo que este sentido común ignoraba es que los requisitos de que se trataba

⁴ Historia de la Ley N° 19968 (disponible en bcn.cl), p. 119.

⁵ Historia de la Ley N° 20286 (disponible en bcn.cl), p. 53.

no eran sólo exigencias formales, sino que tenían un sentido cuya comprensión se había perdido. Para saber si el requisito en cuestión era uno que podía ser eliminado en beneficio de los ciudadanos o si su eliminación los perjudicaría en el acceso, era necesario entender el rol que dicha exigencia cumplía en la configuración de la institución respectiva. Lo que terminó ocurriendo con la regla del artículo 18 muestra que la exigencia de patrocinio cumple una función necesaria para el adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia, porque permite dar a la pretensión del compareciente una forma jurídica preliminar que facilita que ella sea oída correctamente por el tribunal. Cuando la cuestión es vista desde esta perspectiva algo más amplia que la de un superficial sentido común, resulta claro que eliminar generalmente el requisito de patrocinio letrado para la comparecencia es dificultar el acceso a la justicia.

Una perspectiva más amplia que la de un superficial sentido común es lo que aquí estoy llamando una óptica institucional. La óptica institucional supone entender la institución como la formalización de una idea preinstitucional orientada a hacer esa idea probable, al menos más probable de lo que lo sería sin mediación institucional: esta óptica no es necesaria para operar bajo la institución, pero sí para entenderla, para hacerla inteligible. Y entender la institución es importante porque la manera en que ella es o no entendida muestra la dirección en la que ella es probable que evolucione, tanto por el desarrollo de prácticas informales como por la vía de la reforma legislativa. Si la asistencia letrada que la ley exige para comparecer ante un tribunal es crecientemente entendida como un caso de “captura” exitosa de la ley por los abogados, que de ese modo se aseguran la demanda por sus servicios profesionales, no tiene nada de extraño que ocurra algo como lo que ocurrió con la Ley de los Tribunales de Familia.

Del mismo modo, cuando la pregunta es por la posición y función de la Corte Suprema no podemos descansar en la comprensión de sentido común de esa institución. Durante ya demasiado tiempo la reflexión sobre el Poder Judicial ha quedado en manos de una teorización superficial que ve en los tribunales de justicia nada más que “proveedores” de un determinado bien, la adjudicación, y que entonces deben ser reformados, siguiendo fundamentalmente las mismas lógicas que se han seguido, con mayor o menos éxito, en otras esferas: identificar cuellos de botella, crear incentivos, ofrecer bonos vinculados a mejoras en el desempeño, etc. En el caso de la Corte Suprema, como veremos, esta manera de entender la institución judicial ha llevado de modo prácticamente irresistible a enfatizar para esa Corte una posición de “jefe de servicio” administrativo que es enteramente incompatible con la idea de independencia judicial. Y, a mi juicio, éste es un proceso de evolución que a estas alturas es difícil de detener. Pero para entenderlo necesitamos ubicar la jurisdicción en el contexto de las potestades del Estado.

§ 2. LEGISLACIÓN, JURISDICCIÓN, ADMINISTRACIÓN

Cuando se trata de las instituciones políticas fundamentales, vale lo mismo que más arriba se ha dicho ejemplificado con el testamento. Entender esas instituciones es

identificar la idea improbable a la que ellas dan forma y que de ese modo pretenden hacer probable.

Podemos comenzar desde el principio: se trata de hacer probable el principio democrático⁶. Conforme al principio democrático, todo ejercicio de potestades públicas ha de ser reconducible al pueblo⁷. Dicha reconducción tiene al menos dos dimensiones: una orgánico-personal y otra material o de contenido⁸. Conforme a la dimensión orgánico-personal, la decisión sobre las personas que ocupan los cargos a los que están anejos las potestades públicas deben estar ahí por decisión del pueblo; conforme a la dimensión material, el contenido de las decisiones tomadas en ejercicio de las potestades públicas debe ser reconducible al pueblo.

La cuestión es por cierto muchísimo más amplia de lo que puede ser desarrollado aquí, por lo que será en lo que sigue necesario sobresimplificar el análisis. Las potestades características del Estado moderno responden a diversas formas de legitimación material⁹. Así, cuando se trata de legitimar materialmente las leyes, ello se logra mediante su dictación por una potestad cuyo asiento institucional se encuentra principalmente en cámaras con un considerable número de integrantes, todos ellos elegidos por sufragio popular, que deliberan y deciden públicamente¹⁰; cuando se trata de legitimar materialmente decisiones de la Administración, la potestad respectiva se estructura de modo piramidal, de modo que los funcionarios son responsables del despliegue de “políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal” (art. 3º, Ley N° 18.575)¹¹.

¿Cuál es la lógica de todo esto? Podemos comenzar por la Administración. Las políticas, planes, programas y acciones son necesarios para especificar qué es lo que exige, en las condiciones en que debe actuar, la finalidad genérica de la Administración, que el mismo artículo 3º describe como “promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”¹². Desde el punto de vista de la legitimación material de las decisiones de despliegue de la potestad administrativa, la sola apelación a esta finalidad no es suficiente, porque muchas posibilidades alternativas son compatibles con diversas comprensiones de qué es lo que exige el “bien común” y el “desarrollo del país”. Por eso la Administración descansa en la capacidad de los órganos respectivos de formular las políticas, planes y

⁶ ATRIA (2016), pp. 190-193.

⁷ BOCKENFÖRDE: “La democracia como principio constitucional”, en BOCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 47-131.

⁸ BOCKENFÖRDE (2000), pp. 58-63.

⁹ ATRIA (2016), pp. 174-175.

¹⁰ ATRIA (2016), pp. 177-187.

¹¹ ATRIA (2016), pp. 193-199.

¹² Por cierto, ahora estamos haciendo referencia a la regla que caracteriza la finalidad de toda la Administración. Cada órgano administrativo tiene una finalidad más específica. Pero es específica no porque sea aplicable en concreto (en el sentido explicado *infra*, n. 15), sino porque identifica un aspecto del “bien común” que corresponde a cada órgano.

programas a los que alude el artículo 3º. Dichos planes cumplen la función de mediar entre la finalidad genérica y las acciones concretas, permitiendo legitimar las segundas como realización de los fines legislativos, entendidos éstos conforme a los primeros. Para eso, la Administración está estructurada de modo que las decisiones que ella toma son reconducibles hacia arriba a través de la estructura jerárquica. De este modo, el órgano respectivo tiene la responsabilidad de desarrollar adecuadamente esos planes. Pero es evidente que no tiene sentido que exista responsabilidad sin que existan los medios para dirigir; la responsabilidad, después de todo, es responsabilidad en el adecuado despliegue de los planes y programas. La estructura administrativa, entonces, está informada por lo que puede llamarse el *principio comisarial*¹³: el funcionario inferior, salvo en casos especiales, está al alcance de las instrucciones dadas por el funcionario superior, y por lo mismo éste es responsable de lo que hace o no aquél. Por eso la avocación es parte de la naturaleza de la relación administrativa. De este modo la acción del funcionario inferior puede legitimarse reconduciéndola, a través de una cadena de subordinación/ responsabilidad, al funcionario con la legitimación política y técnica necesaria, etc.

Esta descripción de la potestad administrativa, usualmente ajena a la reflexión sobre las potestades estatales, es importante para identificar por contraposición las características de la potestad jurisdiccional. Porque lo que en el contexto de la potestad administrativa es necesario para hacer probable la legitimación material de las decisiones administrativas es precisamente lo contrario que lo que caracteriza a la forma institucional de la potestad jurisdiccional. Contra el principio comisarial (definido, como hemos visto, por relaciones de subordinación del inferior y responsabilidad del superior), la potestad jurisdiccional está informada por el *principio de independencia*, que implica precisamente que entre los miembros de la organización usualmente denominada “poder judicial” no hay relaciones de subordinación y responsabilidad, y por eso la avocación está expresamente prohibida (salvo en casos especiales)¹⁴.

Lo que explica esta notoria diferencia es la diversa forma institucional que asumen las condiciones de la legitimación material: en el caso de la potestad administrativa de lo que se trata es de legitimar decisiones ante fines legalmente fijados, pero fijados de un modo tan genérico que ellos necesitan ser mediados por una organización dotada de capacidades técnicas adecuadas y conforme a un plan o programa; en el caso de la potestad jurisdiccional, la legitimación se obtiene mediante sujeción concreta a la ley. A diferencia de las finalidades genéricamente caracterizadas, la jurisdicción debe decidir conforme a normas susceptibles de ser aplicada, en concreto¹⁵. La legitimación

¹³ ATRIA (2016), p. 195.

¹⁴ ATRIA (2016), pp. 199-218.

¹⁵ Aquí “susceptibles de ser aplicadas en concreto” no debe ser entendido como una proposición “conceptual” o “teórica”, sino política o institucional. Para que una norma sea susceptible de ser concretamente aplicada es necesario que la decisión que la aplica pueda reclamar estar legitimada materialmente mediante un proceso técnico-jurídico, y no político, de aplicación.

de la decisión judicial se obtiene, al menos normalmente, mostrando que ella es la que corresponde a una regla general aplicable al caso y que está ella misma legitimada. Por consiguiente, la organización institucional de la potestad jurisdiccional pretende asegurar a cada juez la independencia necesaria para que su decisión no esté sujeta a nada sino a la ley. Por eso la idea de independencia judicial, la irresponsabilidad, la prohibición de la avocación y de instrucciones, etc.

§ 3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN JEFE DE SERVICIO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución, la Corte Suprema tiene la “superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación”. Fruto de esta superintendencia, la Corte Suprema tiene potestades para organizar la labor de los tribunales de justicia, que ejerce típicamente a través de autos acordados, y facultades disciplinarias, que se manifiestan, entre otras cosas, en la facultad de aplicar sanciones y en la calificación anual del personal del escalafón primario del poder judicial.

Es tradicional enfatizar que estas facultades deben ser entendidas teniendo en el trasfondo una estructura informada por el principio de independencia: es decir, sin que ellas impliquen que la Corte Suprema puede avocarse el conocimiento de asuntos que están siendo conocidos por tribunales inferiores (prohibición de avocación, art. 8º COT), sin que ella pueda usarlas para dar instrucciones, sin que ella asuma responsabilidad por las decisiones de los jueces inferiores (principio de irresponsabilidad, art. 13 COT), etc. Dicho de otro modo, la “superintendencia” que la ley da a la Corte Suprema es notoriamente diversa de la posición de un jefe de servicio administrativo.

La razón es la explicada más arriba: sólo una estructura informada por el principio de independencia puede hacer probable la legitimación material de decisiones por aplicación concreta de la ley. Pero no tiene sentido intentar hacer probable lo que se cree que es un “mito”. Por consiguiente, la institución jurisdiccional tiene como supuesto que la sujeción del juez a la ley es suficientemente realista como para proveer a las decisiones judiciales de legitimación material. Si, por el contrario, la legitimación material por sujeción concreta a la ley es hoy imposible o considerada “un mito”, entonces la estructura del poder judicial es enteramente irracional. Si la función de los tribunales es desplegar los medios materiales y legales a su disposición para realizar alguna finalidad caracterizada de modo abstracto, entonces la forma correcta de organización es el principio comisarial.

Esto es importante porque a mi juicio hoy la función judicial entendida a la manera en que lo supone el principio de independencia es cada vez menos relevante. Esto explicaría un fenómeno que es evidente para cualquier observador: que el lenguaje de la estructura administrativa es cada vez más común para hablar de la estructura jurisdiccional. Ése es el lenguaje de la gestión, los bonos de desempeño, el “gobierno” del poder judicial, etc. Todo un lenguaje incompatible con la idea de independencia judicial, pero que hoy es asumido generalmente. Esto es una demostración más de lo ilustrado

más arriba con el artículo 18 de la Ley N° 19.968: hoy las estructuras del Estado democrático son estudiadas, analizadas, mantenidas o reformadas, pero no entendidas.

Podemos continuar utilizando la situación de los tribunales de familia para explicar la idea de la que estamos tratando. Porque hay pocas otras esferas en que la lenta pero persistente transformación del poder judicial en una estructura administrativa (ilustrada por la transformación de la Corte Suprema en jefe de servicio) es más evidente.

En efecto, se trata de tribunales que han sido creados en nuestra situación actual de incompreensión de la potestad jurisdiccional, lo que ha permitido que las ideas hoy en boga se manifiesten con más libertad que en el caso de la reforma de instituciones ya existentes. Esas ideas vienen reforzadas y legitimadas adicionalmente por el hecho de ser promovidas por organismos de cooperación internacional que desarrollan y financian programas de “modernización” de la justicia, etc. Lo que queda olvidado, sin embargo, es la independencia judicial.

El artículo 28 de la Ley N° 18.575, 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 N° 19.968, 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 familia¹⁶.

Ahora bien, si la Corte Suprema tiene el deber de velar por el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones de los tribunales de familia, la estructura informada por el principio de independencia que caracteriza al poder judicial es evidentemente irracional. Es decir, es irracional que la Corte Suprema tenga el deber que corresponde a un jefe de servicio, pero no tenga las facultades de un jefe de servicio, que no pueda dar instrucciones a los funcionarios inferiores y que no pueda abocarse al asunto que inadecuadamente, a su juicio, está conociendo el inferior. Es también absurdo que no tenga responsabilidad en el caso de que los tribunales de familia funcionen de modo ineficiente e ineficaz.

Esta irracionalidad opera como presión evolutiva, porque es entendida como un defecto que es necesario eliminar mediante la evolución informal de prácticas al interior de la institución o mediante la reforma legal. La cuestión se mantiene en un equilibrio precario hasta el próximo escándalo en que se planteará la cuestión de cómo es que no tiene la Corte Suprema las facultades para efectivamente velar por la eficiencia y la eficacia de esos tribunales, o por qué no tiene responsabilidad, etc.

¹⁶ 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.

Todo esto viene acompañado de la introducción de lógicas gerenciales al interior del poder judicial, ilustradas espléndidamente por la creación legal de incentivos a los jueces para que desempeñen eficientemente su labor, como el “bono de modernización” creado por la Ley N° 20.224. Dicho “bono” supone la fijación, mediante auto acordado de la Corte Suprema, de “metas de gestión”, tanto de “desempeño institucional” como de “desempeño colectivo”. El “desempeño institucional” es medido en términos de “metas anuales de eficiencia institucional”, medidas de acuerdo a “indicadores de gestión u otros instrumentos de similar naturaleza”.

Actuando como jefe de servicio, la Corte Suprema ha fijado las respectivas metas de gestión¹⁷.

§ 4. SOBRE LA INCAPACIDAD DE ENTENDER LA POTESTAD JURISDICCIONAL

En esta sección me interesaría sugerir algunas causas de nuestra perspicua incapacidad de entender la potestad jurisdiccional. Se trata, por cierto, de un intento exploratorio, por así decirlo: en defensa de las consideraciones que siguen no puedo ofrecer nada más que su plausibilidad. Son plausibles, a mi juicio, dada la explicación anterior de nuestro predicamento. Por esto puede ser útil recordarlo en una fórmula breve: la potestad jurisdiccional tiene una estructura adecuada para una potestad cuya legitimación material se logra mediante la sujeción concreta a la ley; la ley, por su parte, se legitima materialmente a través de procesos de discusión y decisión públicos en procedimientos en los cuales los intereses de todos los involucrados han sido considerados. A la potestad jurisdiccional le corresponde, entonces, ya no la decisión política de qué es lo que va en el interés de todos, sino la decisión técnico-jurídica de qué es lo que se sigue en concreto de una decisión genérica contenida en la ley.

A mi juicio, nuestra incomprensión actual de la potestad jurisdiccional se sigue de nuestra incapacidad para aceptar la anterior como una correcta descripción, no idealizada, de las instituciones que actualmente tenemos. Como suele ser el caso cuando se trata de fenómenos profundos, esta incapacidad no tiene una sola causa, sino que es el resultado de la convergencia de varias circunstancias. No pretendo establecer entre estas circunstancias relaciones de causalidad. Quizás una de éstas es la causa y las demás, consecuencias; quizás todas son consecuencia de una adicional; quizás cada una de ellas es independiente de las demás. Pero a mi juicio cualquier explicación de nuestro predicamento actual debería tomar en consideración las siguientes circunstancias.

La transformación de la Constitución. En primer lugar, una creciente tendencia, apreciable en general pero con especial intensidad en los sistemas latinoamericanos, de constitucionalización del derecho, causada por (o causa de) una transformación en la comprensión de la Constitución. La Constitución ha pasado a ser entendida como un conjunto de normas jurídicas inmediatamente aplicables. Pero las normas

¹⁷ Actas 104-2015 y 134-2015, disponibles en poderjudicial.cl.

constitucionales (al menos las de su parte dogmática) no son normas susceptibles de aplicación concreta¹⁸. Por supuesto, no es una novedad en la práctica jurisdiccional de sistemas como el nuestro que haya normas de difícil o imposible aplicación concreta, pero tradicionalmente esos eran casos problemáticos: lagunas, antinomias, oscuridades. Con la transformación de la Constitución, los casos en los cuales se espera del juez un razonamiento sustantivo que entonces no puede reclamar legitimación material apelando a la aplicación concreta de la ley se han hecho normales. Llegado a este punto, la jurisdicción deja de ser entendida como decisión de casos particulares con sujeción a la ley, y las características fundamentales de la estructura jurisdiccional dejan, entonces, de ser explicables por referencia a hacer probable la decisión del caso particular conforme a la ley¹⁹.

La reacción antiformalista. En diversos momentos durante la primera mitad del siglo XX, los sistemas jurídicos centrales que experimentaron una radicalización del formalismo en la forma de elaboración exegetica o conceptualista del derecho experimentaron una reacción antiformalista²⁰. En Latinoamérica en general, y en particular en Chile, esta reacción antiformalista ocurrió en diversos momentos, pero en general durante la segunda mitad del siglo XX. Esta reacción antiformalista, al menos en el caso chileno, fue reforzada por el juicio crítico que mereció el desempeño de la judicatura durante la dictadura, cuyo total fracaso en la defensa de los Derechos Humanos fue imputado (injustamente) a su formalismo²¹. Esto llevó a una transformación en la comprensión y autocomprensión de la función judicial: la comprensión del juez formalista, estrictamente sujeto a la ley, pasó a ser vista como un modelo deficitario de juez, y el juez que entendía que su función principal era proteger y realizar los Derechos Humanos era el que entendía lo que la función judicial exigía en la hora presente. Pero, por cierto, tal como las disposiciones constitucionales, los Derechos Humanos no son normas capaces de legitimar materialmente decisiones de aplicación concreta, por lo que esta tendencia contribuía a crear un déficit de legitimación material.

La neutralización legislativa. En tercer lugar, es necesario tener presentes algunas peculiaridades de la Constitución chilena, que contiene trampas o cerrojos²². El sentido de estas trampas o cerrojos es proteger el modelo político y económico de la dictadura militar, pero la manera en que eso es logrado es asegurando para cualquier minoría suficientemente significativa en el proceso legislativo poder de veto (el sistema electoral

¹⁸ Véase *supra*, n. 15.

¹⁹ Sobre la transformación de la Constitución, véase adicionalmente ATRIA (2016), pp. 301-328.

²⁰ Sobre ésta véase ATRIA (2016), p. 118.

²¹ Sobre la contradictoria crítica dirigida a los tribunales por el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que les reprochaba, por ejemplo, que toleraron detenciones o comunicaciones ilegales y que actuaron con “exagerado formalismo”, véase ATRIA (2016), pp. 237-238.

²² Véase ATRIA: *La Constitución tramposa* (Santiago: Lom, 2013).

binominal se encargaría de que las fuerzas de quienes quisieran defender el modelo neoliberal fueran siempre suficientemente significativas). Hasta 2005, el Senado estuvo intervenido por senadores designados y el Tribunal Constitucional tuvo una integración que aseguraba la lealtad al programa de la dictadura.

¿Qué tiene que ver todo esto con lo que ahora nos ocupa? Ésta es una cuestión interesante de notar, porque normalmente se entiende que estas trampas y cerrojos tienen sólo efectos, por así decirlos, explícitamente políticos: es decir, que, más allá de la indebida protección al modelo neoliberal, estas trampas y cerrojos no afectan el normal funcionamiento del sistema jurídico. Esto es un craso error. Con independencia del juicio que a uno le merezca el modelo y su protección es posible observar que la Constitución tramposa implicó un poder legislativo neutralizado, que fue incapacitado para identificar y solucionar problemas sociales en la medida en que esas soluciones afectaran los intereses de cualquiera que tuviera veto. El denominado problema de los Derechos Humanos, la regulación de las relaciones laborales, la modificación de las formas de reajuste de los planes de las instituciones de salud previsional, entre otras, fueron todas cuestiones que no pudieron ser debidamente enfrentadas mediante decisiones legislativas y debieron ser solucionadas en los tribunales.

Esta neutralización legislativa hizo del razonamiento formal algo crecientemente insostenible. Para entender por qué es necesario indagar con más detención acerca de los presupuestos y límites del razonamiento formal. Lo ha hecho de modo ejemplar Patrick Atiyah, y nosotros sólo necesitamos ahora explicar lo que él dice²³.

El razonamiento formal, explica Atiyah, es una forma de razonamiento que no mira a la sustancia, sino a la forma. El que decide formalmente sobre la validez de un contrato o de un testamento, por ejemplo, lo hace preguntándose no si el contrato o el testamento contiene efectivamente un intercambio equitativo o la genuina última voluntad del causante, sino si fue pactado u otorgado conforme a las exigencias formales de la ley. Las razones formales sobre la validez del contrato o testamento excluyen las razones sustantivas sobre la justicia del intercambio o la última voluntad del causante y, como hemos visto, ésa es una de las condiciones para que el derecho pueda cumplir su función de hacer probable lo improbable. Así se justifica la exclusión de las razones sustantivas en el momento formal: ella es racional en la medida en que pueda ser entendida como *desplazamiento*, y no *negación* de la relevancia de las cuestiones sustantivas; es decir, el razonamiento formal es sustentable en la medida en que sea sociológicamente plausible que las razones de sustancia que el juez excluye al decidir formalmente han sido consideradas, o al menos pudieron haber sido consideradas, por otra persona, en otros momento, mediante otro procedimiento, etc. Es decir, se justifica que el juez no se pregunte por la justicia del intercambio y mire sólo a razones formales al momento

²³ ATIYAH: "Form and Substance in Contract Law", en ATIYAH, *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1984), pp. 93-120; véase también ATRIA (2016), pp. 219-229.

de determinar si el contrato es o no válido, porque el juez puede descansar en que, al menos en general, las cuestiones de fondo sobre la justicia en el intercambio que él ignora fueron consideradas por las partes al contratar.

Éste es el presupuesto fundamental del razonamiento formal, lo que le da estabilidad como práctica social: que las cuestiones ignoradas en el momento formal lo son porque con eso se está respetando a quienes en otro momento o procedimiento tenían autoridad para decidir la cuestión sustantiva, puede tratarse del testador (en el testamento), las partes contratantes (en el caso del contrato), el legislador (en el caso de la ley), pero la forma genérica del argumento es siempre la misma: el que decide formalmente no *niega* la relevancia de las razones sustantivas excluidas, pero reconoce la autoridad de otro para decidir sobre ellas, y por eso *desplaza* su consideración a ese otro.

Ahora bien, son diversas las circunstancias que pueden hacer que este presupuesto del razonamiento formal no se obtenga en algunos casos. El surgimiento del derecho del trabajo primero y luego del derecho del consumo fue la consecuencia de que las condiciones sociales de la contratación en la empresa y en el consumo masivo fueron haciendo que la forma contractual fuera cada vez menos aplicable, precisamente porque la justicia en el intercambio que la caracteriza fue crecientemente apareciendo como enteramente ficticia. Pero nótese que la capacidad de identificar y enfrentar estas situaciones es importante para mantener las condiciones del razonamiento formal. Así, cuando se hizo evidentemente “mitológica” la idea de que el contrato entre trabajador y empleador (o entre consumidor y gran empresa) es cuidadosamente negociado por ambas partes para asegurar que desde el punto de vista de cada una de ellas es un intercambio justo, fue necesario adecuar la forma del Derecho, con el surgimiento del Derecho del trabajo y del consumo. La neutralización legislativa que caracteriza a la Constitución de 1980 impedía identificar y solucionar estos problemas con suficiente agilidad (y lo impide incluso hoy en día, como lo muestra el asunto de las alzas de planes de las isapres). Desde el inicio de la transición hasta el momento actual es posible buscar ejemplos significativos: Así, por ejemplo, el hecho de que el decreto ley de Amnistía no fuera derogado no podía tener la significación de que había habido una decisión consciente de que desde el punto de vista político era mejor que el decreto ley fuera aplicado a los casos de Derechos Humanos²⁴. Como no tenía esa significación, aplicarlo formalmente se hizo crecientemente imposible. Hoy vemos cómo la reforma laboral no ha podido terminar en una legislación que, en un sentido u otro, decida las cuestiones importantes, por lo que el problema aparecerá y deberá ser solucionado en los tribunales de justicia. A estos casos podrían sumarse tantos más (como el argumento, que se hace presente una y otra vez, de que no es “necesario” dictar una ley que autorice en ciertos casos la realización de un aborto, porque a pesar de que no hay autorización

²⁴ Sobre el D.L. de Amnistía y las consecuencias para el sistema jurídico de la incapacidad del sistema político de tomar una decisión al respecto, véase ATRIA: “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en *Estudios Públicos* N° 91 (2003), pp. 45-90.

alguna eso “podría solucionarse” apelando a la *lex artis* de los médicos, o la incapacidad del legislador de regular los contratos de las isapres de un modo suficientemente razonable, etc.). Pero si la neutralización que afecta al legislador le impide introducir las correcciones necesarias para salvaguardar los presupuestos del razonamiento formal, será cada vez más frecuente que esos presupuestos no se satisfagan, y que el razonamiento formal aparezca entonces como derechamente irracional, puro ritualismo.

Una teoría del Derecho escéptica. A todo lo anterior hay que sumar una teoría del derecho que resulta ser, en lo que importa, escéptica respecto de la sujeción del juez a la ley²⁵. Malentendiendo el problema como si se tratara de un problema conceptual y no de uno político-institucional, la teoría del Derecho cree que puede ser escéptica respecto de la decisión judicial y que todo lo demás (independencia judicial, estado de derecho, etc.) se mantendrá en su lugar. Pero esto es precisamente al contrario, porque las instituciones descansan en ideas. Cuando las ideas pierden vigencia, las instituciones continúan existiendo (no se vienen al suelo de un día para otro), pero son cada vez más ideas muertas, ritualismos que no se entienden, y que están entonces expuestas a la presión adaptativa del déficit de legitimación material en busca de una solución²⁶.

Es interesante destacar aquí la peculiaridad del modo en que en Latinoamérica en general fue recibida una de las obras más influyentes de teoría del Derecho del siglo XX, *El concepto de Derecho*. Como se sabe, en el capítulo VII de ese libro, H.L.A. Hart distingue entre “formalismo” y “escepticismo ante las reglas” como dos posiciones extremas en lo que a la sujeción del juez a la ley se refiere²⁷. Ambas posiciones son exageradas, sostiene Hart, dada la “textura abierta” de los lenguajes naturales en los que están expresadas las reglas jurídicas²⁸. En efecto, las reglas siempre tienen un núcleo de significado, al cual corresponden casos claros, junto con una periferia de incerteza, donde hay discreción judicial. Hart escribía esto para la cultura jurídica angloparlante, que ya había experimentado su revuelta contra el formalismo y que entonces estaba viviendo un momento de predominio de posturas realistas, escépticas. La tesis de la textura abierta era, entonces, una tesis desarrollada fundamentalmente en contra del realista, con el ánimo de probar que a pesar de que en muchos casos podía haber penumbra en los significados de una regla, eso no quería decir que el juez no estuviera sometido a la ley en los casos principales. Pero cuando *El concepto de Derecho* dejó sentir su impacto en la discusión latinoamericana, desde los años 70 y en Chile no antes de los años 80 y 90, encontró prácticas jurídicas que estaban llegando el punto de su propia reacción

²⁵ Véase ATRIA (2016), pp. 29-48; ATRIA: “Del derecho y del razonamiento jurídico”, en *Doxa* N° 22 (1999), pp. 79-119.

²⁶ Nadie vio esto con la agudeza que Carl Schmitt: véase SCHMITT: *Sobre el parlamentarismo* (Madrid: Tecnos, 1990; ed. orig. 1923).

²⁷ “En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia, porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas” (HART: *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), p. 163).

²⁸ HART (1963), pp. 155-169.

antiformalista, pero que no habían atravesado todavía por ella. En esos contextos la tesis de la textura abierta dejó de ser una tesis contra el realista y se experimentó como una idea que cumplía la función del liberar al juez del yugo de la adhesión formalista a la ley. Lo que en sus lugares de origen pretendió ser un antídoto contra el realismo jurídico, en Latinoamérica fue parte de la reacción antiformalista.

Y, al menos en la teoría jurídica dominante en las últimas décadas, la importancia de *El concepto de Derecho* no puede ser sobrestimada. El resultado es que la teoría del Derecho actualmente vigente mira la idea de la sujeción del juez a la ley como una idea que es más fantásica que real.

§ 5. ¿ES LA JURISDICCIÓN TODAVÍA POSIBLE?

La tesis explicada en este texto ha sido (a) que las instituciones no pueden ser entendidas como puras formas, aunque su funcionamiento normal lleva a que sean entendidas como puras formas; (b) que la distinción entre jurisdicción, administración y legislación, las potestades características del Estado moderno, tiene sentido como formas de hacer probable la legitimación material de las decisiones de ejercicio de potestades públicas en tres circunstancias determinadas: cuando se trata de fijar normas generales que den cuenta de los intereses de todos (legislación); cuando se trate de disponer medios normativos y materiales para la consecución adecuada y eficiente de fines genéricamente fijados por la ley (administración), y cuando se trata de dar a cada uno lo que conforme a ley le corresponde (jurisdicción). La primera potestad se legitima mostrando que una determinada norma (ley) es aceptable mediante la discusión pública por un órgano compuesto por quienes representan a todos los ciudadanos; la segunda, por la acción de organismos técnicamente calificados en realización de un programa que concretiza la finalidad genérica y la transforma en fines concretos, desarrollados por una estructura a través de la cual pueden circular relaciones de obediencia (hacia abajo) para que puedan circular (hacia arriba) relaciones de responsabilidad; la tercera, por la decisión de casos particulares a través de procedimientos preestablecidos en los cuales un funcionario jurídicamente calificado debe decidir, sin tener ninguna finalidad distinta a dar a cada uno lo suyo, lo que quienes comparecen ante él o ella merecen de acuerdo a lo que han hecho y lo que la ley dispone.

Cada una de estas potestades tiene una estructura que hace probable que la función de cada una de ellas sea desempeñada adecuadamente, *dados ciertos supuestos*: la estructura de la potestad legislativa supone que la discusión pública es posible y que los intereses pueden ser adecuadamente representados mediante un procedimiento de elección popular; la potestad administrativa supone que la disposición de medios para lograr fines puede ser legitimada por la calificación técnica de la Administración y su sujeción a planes y programas, y la potestad jurisdiccional descansa en el supuesto de que es probable que un juez independiente decida conforme a la ley. Cuando estos supuestos son vistos como mitos, como falsedades evidentes, la estructura respectiva deja de producir legitimación material y se produce un vacío de legitimación. Y la

naturaleza institucional tiene tanto horror al vacío como la natural. Cuando haya un vacío de legitimación material, entonces, habrá presión adaptativa ejercida sobre las instituciones, para que respondan al modo que sí puede producir legitimación material en las circunstancias dadas.

Ahora bien, al mirar las formas de legitimación material y sus presupuestos, podemos observar que algunos de ellos están más en cuestión hoy en día que otros. En mi opinión, es evidente que se trata de las instituciones de creación y aplicación del Derecho las que descansan en presupuestos que hoy son cada vez menos aceptados: la legislación, que descansa en la idea de discusión pública y representación, y la jurisdicción, que descansa en la idea de sujeción del juez a la ley. En nuestra época, la racionalidad instrumental sobre la que descansa la gramática institucional de la Administración es perfectamente comprensible y aceptada. Pero los supuestos de las potestades legislativa y jurisdiccional son crecientemente vistos como mitológicos. En estas circunstancias, si el argumento anterior es correcto, lo que debiera ocurrir es que las decisiones tomadas por esas potestades gocen de menos legitimación y que haya presión adaptativa para que asuman formas que sí descansen en supuestos reconocidos. No es parte de la tesis de este artículo describir o comentar el proceso en lo que se refiere a la potestad legislativa. En lo que se refiere a la potestad jurisdiccional, el argumento anterior permite entender la transformación que ha estado ocurriendo en su forma de funcionamiento y en su regulación legal; la de la Corte Suprema, por ejemplo, que asume crecientemente atribuciones propias de un jefe de servicio. Todo esto mientras desde la academia se oyen voces cada vez más insistentes para que la Corte Suprema se haga cargo del “gobierno” judicial.

Por cierto, este proceso termina con la desaparición de la jurisdicción como una potestad diferenciada del Estado y con la transformación de los tribunales en una especie de Administración paralela del Estado. ¿Es este proceso inevitable? Responder esta pregunta no es parte del argumento de este artículo. La consideración de las causas que han empujado este proceso puede servir como el prólogo a la discusión de la respuesta a esta pregunta.

Porque sólo ése ha sido el sentido de este artículo. Ofrecer una teoría de las instituciones que permite explicar el sentido de éstas y la lógica de las fuerzas que las empujan a evolucionar en un sentido o en otro, y luego desplegar esa teoría para entender la situación actual en lo que se refiere a la jurisdicción en general y a la Corte Suprema en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- ATTYAH, P. S.: “Form and Substance in Contract Law”, en ATTYAH, *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1984), pp. 93-120.
- ATRIA, F.: “Del derecho y del razonamiento jurídico”, en *Doxa* N° 22 (1999), pp. 79-119.
- “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en *Estudios Públicos* N° 91 (2003), pp. 45-90.

- *La Constitución tramposa* (Santiago: Lom, 2013).
- *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

BÖCKENFÖRDE, E. W.: “La democracia como principio constitucional”, en BÖCKENFÖRDE, W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 47-131.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963).

SCHMITT, Carl: *Sobre el parlamentarismo* (Madrid: Tecnos, 1990; ed. orig. 1923).