

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2020 - N° 6

DELIBERACIÓN CONSTITUYENTE Y JUDICATURA: ¿“HOJA EN BLANCO”?

CONSTITUENT DELIBERATION AND THE JUDICIARY: “BLANK SHEET”?

LUCAS SIERRA IRIBARREN*

RESUMEN: El eventual proceso constituyente en Chile ofrece una oportunidad de mejorar la regulación constitucional de la judicatura. Esta regulación tiene antecedentes antiguos, al menos desde la Constitución de 1828, sino desde antes. Este artículo repasa esta historia a la luz de cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. En ellas se observan algunos cambios y varias continuidades. Con este cuadro a la vista, se avanzan algunas propuestas de mejora. Estas se hacen en relación con una forma de entender la idea de “hoja en blanco” que ha sido asociada a la eventual deliberación constituyente. Aquí yace la oportunidad de mejora.

ABSTRACT: The possibility of a constitutional changing process in Chile offers an opportunity to improve the constitutional regulation of the judiciary. This regulation has a long history, at least from the Constitution of 1828 but even before. The paper reviews this history under four subject matters: judicial function, organization, statute of judges and legal actions. This review shows change regarding some aspects and persistence regarding several others. With this analysis in view, some proposals for improvement are advanced. These are made in relation to a way of understanding the idea of a “blank sheet” that has been with the possible constitutional deliberation. The opportunity for improving the constitutional regulation of the judiciary in the way that idea is understood.

PALABRAS CLAVE: Proceso constituyente, regulación constitucional de la jurisdicción, historia constitucional, reforma de la jurisdicción, “hoja en blanco”.

KEYWORDS: Constituent process, constitutional regulation of the jurisdiction, constitutional history, reform of the jurisdiction, “blank sheet”.

* Abogado. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile e investigador del Centro de Estudios Públicos (CEP). Agradezco a Andrés Bordalí (Universidad Austral de Chile - UACH) y Lucas Mac-Clure (Boston College) por unas útiles conversaciones y comentarios. Sin embargo, y casi sobra decirlo, los errores u omisiones que mantenga este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad. Correo electrónico: lucassierrairibarren@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

El Comité Editorial de la *Revista de Estudios Judiciales* me ha pedido una reflexión sobre la judicatura y el eventual proceso constituyente. La intentaré en las páginas que siguen.

El proceso constituyente debe iniciarse si en el plebiscito programado para el 25 de octubre de este año 2020 gana la opción apruebo. Escribo esto, sin embargo, en condiciones de gran incertidumbre por la situación sanitaria que afecta a Chile y al mundo. La incertidumbre en estos momentos no solo alcanza al resultado del plebiscito, como es obvio, sino que, también, al hecho mismo de su celebración en esa fecha. Con todo, y para poder cumplir con el encargo que se me ha hecho, asumiré que el plebiscito se realizará en la fecha programada y que ganará la opción apruebo.

La judicatura no parece haber formado una parte muy intensa del debate constitucional desarrollado en los últimos años. Como se recordará, buena parte de ese debate ha estado marcado por el modo de reemplazar la actual Constitución, es decir, por cuestiones de procedimiento, de forma, y menos por contenidos de fondo. Y entre estos últimos, la judicatura ha tenido menos figuración que otros contenidos, como los derechos (en especial los “sociales”), la forma de gobierno o los pueblos originarios.

El año pasado, sin embargo, la dimensión constitucional de la judicatura adquirió renovada relevancia por la discusión en torno a los nombramientos judiciales, en especial para los tribunales superiores. Las excepcionales circunstancias vividas a partir de los sucesos del 18 de octubre de 2019 y, luego, con la emergencia sanitaria de este año 2020, han dejado este debate un tanto suspendido. Con todo, si hay deliberación constituyente, la judicatura va a ser una materia que necesariamente se tocará¹.

Se ha dicho que esa deliberación ha de hacerse bajo la idea de “hoja en blanco”. En este trabajo sostengo que, entendida correctamente, dicha idea abre una oportunidad de mejorar la regulación constitucional de la judicatura. Puede ser una oportunidad de aprender de una larga historia y, al mismo tiempo, de sentirse liberados de ella en ciertos aspectos que se enunciarán.

Para desarrollar este argumento, el trabajo se divide en las siguientes cuatro partes. Primero (1), se caracteriza la regulación constitucional de la

¹ Para dos registros muy completos sobre las distintas propuestas de cambio para la judicatura hechas desde el retorno a la democracia en 1990, véanse MOYANO y FUENZALIDA (2006), y MAC-CLURE (2018).

judicatura hoy, de acuerdo con cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Luego (2), y a la luz de estas cuatro materias, se revisa la regulación de la judicatura en las Constituciones de 1828, 1833 y 1925, es decir, en las antecesoras de la vigente. Después (3), se caracteriza esta evolución constitucional y se proponen cambios pensando en la próxima deliberación constituyente. Por último (4), se concluye.

1. La regulación constitucional vigente

Hoy, el cuerpo central de esta regulación es el Capítulo VI de la Constitución, dedicado al “Poder Judicial”. También está integrada por las disposiciones sobre las acciones cautelares que contempla la Constitución: protección y amparo. Y, también, por disposiciones que regulan la participación de la judicatura en el funcionamiento de otros poderes del Estado y autoridades públicas.

Toda esta regulación puede ordenarse en cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Las cuatro se revisan a continuación:

1) Función: en esta primera parte se encuentran la definición de jurisdicción, la exclusión de otros órganos respecto de ella, la inexcusabilidad de los jueces y la eficacia de sus resoluciones. Todo esto es el contenido del artículo 76:

“Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. 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.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Al mismo tiempo, sin embargo, el artículo 19 N° 3 inciso 6 señala:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Con esto se introdujo la idea según la cual la función determina el órgano, abriendo la posibilidad de que ejerzan jurisdicción órganos que no sean, propiamente, tribunales y que, por lo mismo, carezcan de la arquitectura institucional que se necesita para poseer independencia e imparcialidad.

Corresponde ahora revisar la organización.

2) Organización: esta materia trata del Poder Judicial como organización, lo que comprende el mecanismo de nombramiento de los jueces y, a propósito de esto, de la estructura en cuya cima está la Corte Suprema.

El mecanismo de nombramientos viene, en lo básico, de la Constitución de 1925. Participa en él la judicatura, que propone candidatos en ternas y quinas, y el presidente de la República, que designa. Desde una reforma constitucional a fines de 1997, interviene, además, el Senado, que debe aprobar el nombre elegido por el presidente de la República para la Corte Suprema. Además, esa reforma abrió la Corte Suprema a cinco ministros “externos” o ajenos a la carrera judicial, aunque, claro, preseleccionados en quina por la propia Corte Suprema (art. 78 de la Constitución)².

Asimismo, la Corte Suprema, además, está dotada de la “superintendencia” directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, a excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. Esto refuerza la estructura nacional, vertical y jerárquica que, como organización, tiene el Poder Judicial (art. 82).

Para el detalle de la organización del Poder Judicial, la Constitución se remite a la potestad legislativa, a la que encomienda “la organización y atribuciones de los tribunales que sean necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, además de algunas condiciones para los jueces. Esta ley es orgánica-constitucional, y para modificarse debe oírse previamente a la Corte Suprema (art. 77 de la Constitución).

² Para una caracterización de la práctica institucional que se ha desarrollado desde 1990 para la designación de ministros a la Corte Suprema, puede verse HERNANDO y SIERRA (2019), *passim*.

Cabe mencionar aquí que, en su carácter de cima de este poder del Estado, la Corte Suprema también participa en el funcionamiento de otros poderes y altas autoridades públicas. Por ejemplo, su presidente está en el orden de subrogación del presidente de la República electo y en ejercicio (arts. 28 y 29), hace la quina desde la cual dicho presidente elige al fiscal nacional del Ministerio Público con acuerdo del Senado (art. 85) y puede remover a este fiscal nacional como a los fiscales regionales (art. 89), puede remover a los consejeros del Servicio Electoral (art. 94 bis), nombra a los ministros del Tribunal Calificador de Elecciones (art. 95), el presidente de la Corte Suprema integra el Consejo de Seguridad Nacional (art. 106), y cinco ministros de dicha Corte podrán resolver las controversias sobre reglas de procedimiento que se susciten en el eventual órgano constituyente que resulte del triunfo del Apruebo en el plebiscito constitucional programado para el 25 de octubre de 2020 (art. 136)³.

También, y esto especialmente relevante, la Corte Suprema elige tres ministros para el Tribunal Constitucional (art. 92 literal c).

Veamos ahora la tercera materia: estatuto de los jueces.

3) Estatuto de los jueces: en esta tercera parte hay tres cuestiones: la responsabilidad de los jueces, su inmunidad y –aunque no está en el Capítulo dedicado al Poder Judicial– la facultad del Presidente de la República de velar por su conducta ministerial.

En relación con la primera, el artículo 79 establece:

“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”.

Por su parte, el artículo 80 dispone:

“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes”.

Y agrega que, no obstante, cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

³ La verdad es que esta última norma, como todas las que se incorporaron desde el artículo 130 en adelante, a raíz del acuerdo político de noviembre de 2019, deberían haber ido como disposiciones transitorias y no en el articulado permanente donde –no obstante su carácter tan contingente– finalmente quedaron.

Estas disposiciones deben vincularse con lo dispuesto en el literal c) del número 2 del artículo 52 de la Constitución sobre la acusación constitucional de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de deberes”.

En relación con la inmunidad de los jueces, el artículo 81 de la Constitución dispone:

“Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”.

Y, en relación con la facultad del presidente de velar por la conducta de los jueces, el artículo 32 N° 13 señala:

“Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, o al ministerio público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación”.

Por último, la cuarta materia: acciones.

4) Acciones: la Constitución establece algunas acciones que se pueden entablar ante la judicatura. Por ejemplo, por privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena, ante la Corte Suprema (art. 12); la acción para el desafuero de diputados y senadores, ante las Cortes de Apelaciones y para ante la Corte Suprema en apelación (art. 61), y lo mismo en el caso de los futuros gobernadores regionales, delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales (art. 124).

Además, la Constitución establece lo que propiamente puede llamarse como dimensión cautelar de la judicatura, con las acciones de protección y amparo. Estas acciones se interponen antes las Cortes de Apelaciones, y los fallos de estas son apelables para ante la Corte Suprema (arts. 20 y 21)⁴.

Hasta aquí las cuatro materias que componen el Capítulo VI de la Constitución, dedicado al “Poder Judicial”, y en otras normas relacionadas. Esas materias son: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. ¿Cuál

⁴ Para un interesante catálogo de las acciones que están consagradas en la Constitución vigente, ver RUIZ-TAGLE (2016), pp. 209-211.

fue el camino que se recorrió para llegar a esta regulación de la judicatura en la Constitución?

En lo que ahora sigue se tratará de contestar esa pregunta por la vía de examinar las Constituciones de 1828, 1833 y 1925. Serán examinadas a la luz de las cuatro materias recién señaladas.

2. *Evolución constitucional*

2.1. *Constitución de 1828*

Tal como ahora, esa primera Constitución “en forma” tenía un capítulo, el IX, dedicado al “Poder Judicial”⁵. Veamos cómo aparecen las cuatro materias.

2.1.1. *Función*

No había, como hoy, una definición de jurisdicción, ni se excluían otros órganos respecto del trabajo de los tribunales. Tampoco había referencias al principio de inexcusabilidad. Como se verá más abajo, la eficacia de las resoluciones judiciales no estaba referida a la judicatura, sino que al gobierno y así se mantuvo por mucho tiempo.

Además de algunos aspectos específicos de la competencia de la Corte Suprema, que se verán más abajo a propósito de las acciones, la Constitución de 1828 establecía juzgados de paz “*para conciliar los pleitos* en la forma que designe una ley especial” (art. 100, énfasis agregado) y añadía:

“En cada provincia habrá uno o más jueces de primera instancia, *para conocer de las causas civiles y criminales* que en ella se susciten, cuyo ministerio será ejercido por letrados según el modo que designe una ley particular” (art. 101, énfasis agregado).

Hasta aquí las referencias a la función de la judicatura. Pasemos a la organización.

⁵ Es interesante el hecho de que también tenía una disposición que hoy no existe, relativa a “la división de poderes”: “El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso” (art. 22). Esto parece ser revelador del carácter tan fundacional de esa Constitución.

2.1.2. Organización

En esta materia, la Constitución de 1828 se parecía algo más a la vigente. Luego de establecer que “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelación y juzgados de primera instancia” (art. 93), agrega en el artículo 94:

“La Corte Suprema se compondrá de cinco Ministros y un Fiscal. El Congreso aumentará este número según lo exijan las circunstancias”.

Y al enumerar las atribuciones del Congreso Nacional dispone, en el numeral 17º del artículo 46:

“Nombrar, reunidas las Cámaras, los miembros de la Corte Suprema:”.

Sobre las Cortes de Apelación, ordenaba que ellas se componían del número de jueces que designara una ley especial (art. 98). Los ministros de estas Cortes se nombraban como se nombran hoy: la Corte Suprema proponía una terna para que el presidente de la República (el “Poder Ejecutivo”, como decía ese texto) nombrara.

Así como el mecanismo de nombramientos a la Corte Suprema, el de los jueces de letras era también distinto del actual. Era un mecanismo acorde con el mayor grado de descentralización que tenía el Estado para la Constitución de 1828. En ese contexto, las Asambleas Provinciales eran unidades muy relevantes. Entre sus funciones estaba la de proponer una terna al presidente de la República para el nombramiento por este de los jueces letrados (art. 114 N° 3)⁶.

Igual que hoy, sin embargo, esa Constitución se refería a los requisitos básicos para ser juez: ser abogado y los años que debían contar en posesión del título. Asimismo, y esto es especialmente interesante, también le daba a la Corte Suprema “superintendencia”. Señalaba textualmente en el artículo 96 N° 10:

“Ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación”.

⁶ La mismo se aplicaba para los intendentes: los nombraba el presidente de la República desde una terna propuesta por las mencionadas Asambleas Provinciales (art. 96 N° 11). Este es un ejemplo interesante que, quizá, se debería haber tomado más en cuenta para la reforma que hace un par de años creó en Chile los gobernadores regionales electos.

El fraseo es idéntico al de hoy. Es posible, sin embargo, que esa superintendencia diera menos poder a la Corte Suprema que el que hoy tiene. Por lo pronto, porque la judicatura solo intervenía directamente en el nombramiento de los ministros de Corte de Apelaciones, los jueces de letras y los ministros de la Corte Suprema eran nombrados por otros poderes. Hoy la organización jerárquica que encabeza la Corte Suprema tiene participación directa en el nombramiento de esos tres niveles de jueces.

2.1.3. Estatuto de los jueces

Sobre esta materia, la Constitución de 1828 tenía algunas disposiciones parecidas a la regulación actual. Por ejemplo, el principio de que los jueces se mantienen en sus cargos mientras tengan buen comportamiento (art. 103):

“Los empleos de miembros de la Corte Suprema, Cortes de Apelación y jueces letrados de primera instancia, serán por el tiempo que dure su buena comportación y servicios. Los que los desempeñen, no podrán ser privados de ellos sino por sentencia de tribunal competente”.

También hacía acusables constitucionalmente a los ministros de la Corte Suprema “por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales” (arts. 47 N° 2 y 48).

Por su parte, y también de un modo parecido al actual, el artículo 84 N° 5 disponía como deber del “Poder Ejecutivo”:

“Velar sobre la conducta funcionaria de los empleados en el ramo judicial, y sobre la ejecución de las sentencias”.

Pero había algunas diferencias. Por ejemplo, la Constitución no imponía un límite de edad para los jueces.

Hasta aquí el estatuto de los jueces. Ahora, acciones.

2.1.4. Acciones

En lugar de definir jurisdicción, como lo harán las constituciones siguientes, la de 1828 estableció este conjunto de acciones específicas dentro del ámbito de competencia de la Corte Suprema:

“Art. 96. Son atribuciones de la Corte Suprema:

1.a Conocer y juzgar de las competencias entre los tribunales.

- 2.a De los juicios contenciosos entre las provincias.
- 3.a De los que resulten de contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de éste en su nombre.
- 4.a De las causas civiles del Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros del Despacho y miembros de ambas Cámaras.
- 5.a De las civiles y criminales de los empleados diplomáticos, cónsules e Intendentes de provincia.
- 6.a De las de almirantazgo, presas de mar y tierra, y actos en alta mar.
- 7.a De las de infracción de Constitución.
- 8.a De las causas sobre suspensión o pérdida del derecho de ciudadanía, según lo dispuesto en esta Constitución.
- 9.a De los demás recursos de que actualmente conoce, en el entretanto se reforma el sistema de administración de justicia [...]”.

Acto seguido, estableció el siguiente “recurso de súplica” en relación con algunas de esas acciones:

“Art. 97. Se concede el recurso de súplica en todas las causas de que hablan las partes 2.a, 3.a, 4.a, 5.a, 6.a, 7.a y 8.a del artículo anterior. La Corte Suprema, para conocer, se compondrá entonces de los miembros natos y suplentes respectivos”.

Finalmente, una cuestión que también cambiaría en las constituciones siguientes. En el mismo capítulo sobre el Poder Judicial, establecía algunas reglas concebidas como “Restricciones del Poder Judicial”, reglas que hoy están contenidas en la regulación del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, y de la inviolabilidad del hogar y comunicaciones privadas (art. 19 N^{os}. 7 y 5, respectivamente, de la Constitución vigente). Estas eran las Restricciones del Poder Judicial de la Constitución de 1828:

“Art. 104. Todo juez, autoridad o tribunal que, a cualquiera habitante preso o detenido conforme al artículo 13 del capítulo III, no le hace saber la causa de su prisión o detención en el preciso término de veinticuatro horas, o le niega o estorba los medios de defensa legal de que quiera hacer uso, es culpable de atentado a la seguridad personal.

Produce, por tanto, acción popular; el hecho se justificará en sumario por la autoridad competente, y el reo, oído del mismo modo, será castigado con la pena de la ley.

Art. 105. Se prohíbe a todos los jueces, autoridades y Tribunales imponer la pena de confiscación de bienes, y la aplicación de toda clase de tormentos. La pena de infamia no pasara jamás de la persona del sentenciado.

Art. 106. Prohíbese igualmente ordenar y ejecutar el registro de casas, papeles, libros o efectos de cualquier habitante de la República, sino en los casos expresamente declarados por la ley, y en la forma que ésta determina.

Art. 107. A ningún reo se podrá exigir juramento sobre hecho propio en causas criminales”.

Hasta aquí el texto de 1828. Ahora, el de 1833.

2.2. Constitución de 1833

Nuevamente esta Constitución dedicaba un capítulo, el VIII, a la materia que nos interesa. Sin embargo, y esto es interesante, no lo titulaba “Poder Judicial”, sino que “De la administración de justicia”. Tiene, además, algo especialmente interesante: al conferir la superintendencia, no lo hace a la “Corte Suprema”, como lo hizo la de 1828 y volvieron a hacer las constituciones siguientes, sino que dice que habrá “una majistratura a cuyo cargo esté la superintendencia [...]”. En ninguna parte del texto de 1833 se nombra a la Corte Suprema o a las Cortes de Apelaciones. Se habla, en cambio, de “tribunales superiores de justicia.

A continuación, las cuatro materias que se han venido tratando.

2.2.1. Función

A diferencia de la de 1828, esta Constitución sí la define y también hace exclusión de otros órganos. Lo hace en su artículo 108, de un modo que hoy nos suena muy familiar:

“La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos”⁷.

Todavía, sin embargo, no aparece el principio de inexcusabilidad ni alguna referencia a la eficacia de las resoluciones judiciales.

2.2.2. Organización

Esta Constitución estrenó un nuevo mecanismo de designación de jueces. Todos ellos eran designados por el presidente de la República a partir

⁷ Las referencias corresponden a los artículos en el texto original de la Constitución de 1833.

de listas que preparaba el Consejo de Estado a partir, a su vez, de las listas que a estos efectos le proponía la judicatura (arts. 82 N° 7 y 104 N° 2)⁸.

Asimismo, esta Constitución tenía una remisión categórica a la ley, como señala en su artículo 114:

“Una lei especial determinará la organización i atribuciones de todos los Tribunales i juzgados que fueren necesarios para la pronta i cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

Como se señaló más arriba, el presidente de la República debía velar por esta pronta y cumplida administración de justicia (art. 82 N° 3).

Además, señalaba en su artículo 112:

“La lei determinará las calidades que respectivamente deban tener los jueces, i los años que deban haber ejercido la profesión de abogado los que fueron nombrados majistrados de los Tribunales superiores o jueces letrados”.

Y agregaba en el artículo 109:

“Sólo en virtud de una lei podrá hacerse innovación en las atribuciones de los Tribunales, o en el número de sus individuos”.

Con los años, esta ley fue la “Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia” de 1875, un hito en la regulación legislativa de la judicatura en Chile⁹.

Y la “superintendencia” que, como ya se adelantó, fue consagrada así (art. 113):

“Habrá en la República una majistratura a cuyo cargo esté la superintendencia directiva, correccional i económica sobre todos los Tribunales i juzgados de la Nación, con arreglo a la lei que determine su organización i atribuciones”.

⁸ Ahora, el presidente de la República nombra jueces en todos los niveles judiciales. Como se recordará, en la de 1828 no nombraba a la Corte Suprema, esto era facultad del Congreso. La centralización del poder en el cargo presidencial es un rasgo conocido de la Constitución de 1833. Aquí también se puede observar. Al respecto, es interesante un artículo de Andrés Bello publicado en *El Araucano* de fecha 21 de enero de 1837. Reflexionando sobre la independencia del Poder Judicial, escribe: “[...] considerando bien la facultad de juzgar, no es otra cosa que una emanación del poder ejecutivo. Aplicar una ley es el primer paso que se da en su ejecución, y por consiguiente un ramo de la ejecución, dependiente, en mucha parte, de la potestad que tiene a su cargo este último ramo de la administración pública. Así, uno de los políticos más celosos por la independencia del poder judicial no vacila en llamar a los jueces delegados del poder ejecutivo”. BELLO (1982), p. 627.

⁹ Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1046698>>.

Esa magistratura, claro, era la Corte Suprema.

2.2.3. *Estatuto de los jueces*

Todavía no hay reglas sobre inmunidad de los jueces. Sí hay, en cambio, sobre su responsabilidad. Aquí, la Constitución de 1833 expresa una cierta continuación de lo que disponía la de 1828, en el sentido de que el principio general es que los jueces se mantienen en sus cargos mientras tengan un buen comportamiento. Así lo establecía el artículo 110:

“Los majistrados de los Tribunales superiores i los jueces letrados de primera instancia permanecerán durante su buena comportación. Los jueces de comercio, los alcaldes ordinarios i otros jueces inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. Los jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente sentenciada”.

Introdujo, asimismo, una regla de responsabilidad que hoy nos suena familiar (art. 111):

“Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, i en jeneral por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La lei determinará los casos i el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

Y continuó una regla cuya base ya estaba en la de 1828: entre las facultades del presidente de la República estaba el “[v]elar sobre la pronta i cumplida administración de justicia, i sobre la conducta ministerial de los jueces” (art. 82 N° 3).

Además, hacía acusables constitucionalmente de una manera que también nos es familiar hoy (arts. 38 N° 2 y 39 N° 3):

“A los majistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes”.

En lo que inmediatamente sigue, las acciones.

2.2.4. *Acciones*

Esta Constitución redujo la mención de acciones en su texto, limitándolas, básicamente, a la acción de amparo en los siguientes términos:

“Art. 143. Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre, a la majistratura que señale la lei, reclamando que se guarden las formas legales. Esta majistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrijiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos”.

Veamos ahora la Constitución de 1925, el antecedente inmediato de la regulación vigente.

2.3. Constitución de 1925

Otra vez la Constitución dedica un capítulo, el VII, al “Poder Judicial”. Sabido es el hecho de que esta Constitución de 1925 reinstaló, con intensidad, el carácter presidencial de nuestro régimen político. Esto se nota en la regulación de la judicatura. En ella se continúan tendencias que venían desde 1828 que, como hemos visto, daban un papel preponderante al presidente de la República frente a la judicatura. Pero con la de 1925, una de ellas se intensifica: el mecanismo de nombramientos judiciales. También introdujo otras novedades, como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, una promesa incumplida: los tribunales contencioso-administrativos y, en 1970, un órgano que está fuera de la judicatura, pero relacionado con ella: el Tribunal Constitucional. Esto se verá más abajo, al tratar sobre la organización. Antes, la función.

2.3.1. Función

Esta Constitución repetía la oración de 1833 (art. 80):

“La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”.

Esta regla, como sabemos, se va a repetir en la Constitución vigente. Sin embargo, a diferencia de esta, la de 1925 tampoco se refiere a la inexcusabilidad de los jueces ni a la eficacia de sus resoluciones. Este último punto va

a ser especialmente conflictivo entre 1970 y 1973. Esa experiencia ayuda a explicar su regulación actual.

2.3.2. Organización

Como se anunció más arriba, aquí la Constitución de 1925 introdujo un nuevo cambio en el mecanismo de designación de los jueces. Ahora son solo dos los órganos que intervienen: la propia judicatura y el presidente de la República¹⁰. Además, en 1925 se aumentó el detalle regulatorio sobre dicho mecanismo en el texto constitucional. La Constitución vigente siguió y acentuó esta tendencia. El artículo 83 de la Constitución de 1925 (en relación con el art. 72 N° 6) dispuso:

“En cuanto al nombramiento de los jueces, la lei se ajustará a los siguientes preceptos jenerales:

Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elejidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuesta por la misma Corte. Los dos Ministros mas antiguos de Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán en atencion a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas estrañas a la administracion de justicia; Los Ministros y Fiscales de Cortes de Apelaciones serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema, y Los Jueces Letrados serán designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdiccion respectiva. Para la formacion de estas ternas se abrirá concurso al cual deberán presentar los interesados sus títulos y antecedentes.

El Juez Letrado mas antiguo de asiento de Corte o el Juez Letrado mas antiguo del cargo inmediatamente inferior al que se trate de proveer, ocuparán, respectivamente, un lugar de la terna correspondiente. Los otros dos lugares se llenarán en atención al mérito de los candidatos”.

La remisión a la ley para otros detalles de la organización es parecida a las antecesoras (arts. 81 y 82):

“Una lei especial determinará la organización y atribuciones de los Tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

¹⁰ Este mecanismo se va a proyectar en el tiempo llegando hasta la actualidad, con una modificación para los jueces de la Corte Suprema introducida a fines de 1997. Como se vio al principio de este texto, esta incorporó dos modificaciones: la participación del Senado en su designación y la designación de cinco ministros “externos” o ajenos a la carrera judicial.

Sólo en virtud de una lei podrá hacerse innovación en las atribuciones de los Tribunales o en el número de sus individuos.

La lei determinará las calidades que respectivamente deban tener los jueces, y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Cortes o Jueces Letrados”.

Esta Constitución reprodujo la noción de “Superintendencia” que en lo fundamental venía de los textos anteriores (art. 86, inciso primero):

“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la lei que determine su organización y atribuciones”.

E innovó en los siguientes tres casos. Uno es la consagración del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los siguientes términos (art. 86, inciso segundo):

“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

La otra innovación fue el conocimiento de las contiendas de competencia por la propia Corte Suprema (art. 86, inciso final):

“Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado”.

Y la tercera innovación fue la referencia a los tribunales contencioso-administrativos, una promesa, sabemos, que casi un siglo después todavía no se cumple (art. 87):

“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de lei”.

Dos puntos más para terminar con la organización. Esta Constitución incorporó al presidente de la Corte Suprema en el orden de subrogación del presidente de la República. También estableció el Tribunal Calificador

de Elecciones, con cinco integrantes. Tres de ellos eran integrantes de la judicatura (se definían por sorteo): dos ministros de la Corte Suprema y un ministro de la Corte de Apelaciones “de la ciudad donde celebre sus sesiones el Congreso” (art. 79).

Y algo especialmente interesante: la reforma constitucional de enero de 1970 estableció el Tribunal Constitucional (Ley N° 17.284), antecesor del vigente. Al hacerlo, estableció vínculos con la judicatura. Desde un punto de vista orgánico, porque dos de sus cinco miembros eran designados por la Corte Suprema de entre sus miembros (art. 78 a). Y, también, desde un punto de vista jurisdiccional, conforme lo disponía en el artículo 78 c, en especial su último inciso:

“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Hasta aquí la organización. Ahora, el estatuto de los jueces.

2.3.3. Estatuto de los jueces

En esta materia hubo bastante continuidad. Se mantuvo el principio del buen comportamiento como condición de la permanencia de los jueces en sus cargos, aunque se agregaron algunas disposiciones que intensificaban el ya mencionado peso relativo del presidente de la República respecto de la judicatura (art. 85):

“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

Los jueces, sean temporales o perpetuos, solo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría.

En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces

no han tenido buen comportamiento; y, previo informe del inculcado y de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remoción, por las dos terceras partes de sus miembros. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento”.

Estas disposiciones resultaban coherentes con otro principio que, también, venía desde antes, aunque hacen nuevas precisiones, entregándole al presidente de la República (art. 72 N° 4) la tarea de:

“Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que si procede, declare su mal comportamiento, o al Ministerio Público, para que reclame medidas disciplinarias del Tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación”.

Y, en relación con esto, otra regla que hoy nos es familiar (art. 84):

“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, y, en jeneral, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La lei determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

Asimismo, establecía la posibilidad de acusación constitucional contra los magistrados de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de sus deberes” (arts. 39 N° 1 c y 42 N° 1).

En lo que inmediatamente sigue la última materia: acciones.

2.3.4. *Acciones*

Como en las demás materias que se han estado examinando, en esta la Constitución de 1925 también es parecida a la Constitución vigente. Así, por ejemplo, establecía la posibilidad de reclamar ante la Corte Suprema por la cancelación de la “carta de nacionalización” (art. 6° N° 2).

También consagraba la necesidad de desafuero de diputados y senadores, en manos de las Cortes de Apelaciones y, en apelación, de la Corte Suprema (arts. 33 y 34).

Y, por supuesto, la acción de amparo:

“Art. 16.- Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la lei, en demanda de

que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija”.

Hasta aquí este algo impresionista repaso de las materias constitucionales sobre la judicatura que antecedieron a la regulación vigente. ¿Cómo podría caracterizarse esta evolución? ¿Qué podría cambiarse en ella?

3. Caracterización y propuestas

En primer lugar, llama la atención el hecho de que hay ciertos cambios, pero estos han ocurrido sobre la base de una importante continuidad. Por lo pronto, las cuatro materias básicas en las que puede dividirse hoy la regulación constitucional de la judicatura ya son apreciables en el texto de 1828 y, con creciente claridad, en los que siguieron.

En general, es posible observar un proceso de expansión constitucional, de “constitucionalización”, que, claro, no es exclusivo de la judicatura. En este proceso hay dos materias que exhiben los cambios más notorios al interior de esa continuidad básica. Una es función, la otra es organización.

Al establecimiento de la función como “[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley [...]”, que viene, como vimos, desde 1833, se agregó en 1980 el principio de inexcusabilidad y la posibilidad de que los tribunales impartan órdenes directas para el cumplimiento de sus resoluciones. Como se mencionó más arriba, en esto último subyace la experiencia vivida en Chile especialmente entre 1970 y 1973, cuando las fuerzas policiales no cumplían resoluciones judiciales contrarias a políticas del gobierno porque los intendentes a su cargo no les impartían las correspondientes órdenes¹¹.

Asimismo, la Constitución vigente expandió el concepto de jurisdicción en el catálogo de derechos constitucionales, al hablar de “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

¹¹ Ver, por ejemplo, AMUNÁTEGUI (2011).

legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (art. 19 N° 3). Esto ha permitido introducir una distinción que parece confusa: entre función judicial y función jurisdiccional. La primera sería ejercida por los tribunales que establece la ley. La segunda, por órganos que, como algunos pertenecientes a la Administración del Estado, no son tribunales, porque carecen de las necesarias propiedades orgánicas de independencia e imparcialidad¹².

Otro cambio importante ha ocurrido con la organización. En dos cuestiones, principalmente. Una es el mecanismo de nombramientos judiciales. La otra es el refuerzo de la judicatura como estructura jerárquica y la expansión de la Corte Suprema, como su cabeza, en el escenario institucional.

El mecanismo de nombramientos ha experimentado dos tendencias simultáneas y complementarias: se ha corporativizado y centralizado, especialmente desde el texto de 1925. Es así como los órganos públicos involucrados en los nombramientos judiciales se han venido reduciendo. Bajo la Constitución de 1828 participaban el Congreso, la Corte Suprema, el presidente de la República y las Asambleas Provinciales. Bajo la de 1833, la judicatura (no solo la Corte Suprema), el Consejo de Estado y el presidente de la República. A partir de 1925, solo la judicatura y el presidente de la República. Es cierto que desde 1997 se ha agregado el Senado, pero solo para los nombramientos a la Corte Suprema. Esta es la excepción que confirma la tendencia general hacia el mencionado reforzamiento del carácter corporativo y centralizado de los nombramientos judiciales.

La idea de que la judicatura es una estructura jerárquica está presente desde 1828, en especial en la idea de “superintendencia” y solo se ha venido reforzando¹³. Por ejemplo, en el mecanismo de nombramientos, en el que se premia –al menos normativamente– el criterio de antigüedad de los jueces. Además, la Corte Suprema tiene hoy un papel en la conformación y funcionamiento de varios órganos y autoridades públicas, lo que da la idea de ser la cabeza de una estructura que se despliega bajo ella. Esta idea es contraria al ideal ilustrado esgrimido por MONTESQUIEU en el sentido de que el jurisdiccional es un poder “nulo”, difuminado, que se materializa

¹² Al respecto, ver BORDALÍ (2007a).

¹³ Al respecto, ver HILBINK (2014).

za completo en cada tribunal de la República y no en una sola estructura jerárquica¹⁴.

Como se ve, la regulación constitucional de la judicatura trae consigo una enorme carga histórica. Una carga que puede ser un lastre o puede generar un conocimiento liberador si la experiencia se procesa reflexivamente.

En esto puede ayudar la idea de “hoja en blanco”. Harto se ha hablado de ella, aunque es difícil saber qué exactamente significa. No parece sensato entenderla como pensar desde el vacío, desde una mente que se encuentra en blanco. Así no se puede pensar y, menos, deliberar. Tampoco parece sensato entenderla como la orden de ignorar la historia constitucional chilena, algo parecido a la pretensión de pensar desde el vacío. Quizá lo más sensato y factible es entenderla como un mecanismo de reemplazo constitucional, en el sentido de que el nuevo texto que se apruebe reemplazará enteramente al texto vigente. En otras palabras, si no hay reforma de una cuestión específica del texto vigente, dicha cuestión no sobrevive: el texto vigente deja de ser regla de defecto¹⁵.

Así entendida, la “hoja en blanco” puede ayudar a desembarazarse de algunas partes de la regulación vigente de la judicatura, aprendiendo de la larga historia que ella contiene. Es decir, puede ser una verdadera oportunidad de introducir cambios. ¿Cuáles?

Usaré las materias que se han venido refiriendo para hacer algunas propuestas. No se trata de propuestas detalladas, pero sí de algunas líneas que apuntan sentidos para la reforma. Antes, sin embargo, un par de ideas generales.

En primer lugar, parece conveniente reducir la intensidad constitucional de la regulación de la judicatura. Como se aprecia en lo descrito más arriba,

¹⁴ Al respecto, ver ATRIA (2016).

¹⁵ No hay en el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, de fecha 15 de noviembre de 2019, ni en la reforma constitucional que lo siguió, una referencia expresa a la “hoja en blanco”. Lo que más se le acerca, en relación con lo que este trabajo acaba de sostener, es el siguiente punto del Acuerdo: “7. La Nueva Constitución regirá en el momento de su promulgación y publicación derogándose orgánicamente la Constitución actual”. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf>. Y en la reforma constitucional, lo dispuesto en el nuevo artículo 142 de la Constitución: “[...] Dicho texto será publicado en el Diario Oficial dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha. A partir de esta fecha, *quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005 [...]*” [énfasis agregado].

la expansión que ha venido experimentando esta regulación ha significado un creciente detalle regulatorio. La Constitución debería consagrar las cuestiones más básicas del pacto político, dejando a la ley su regulación detallada¹⁶. Así, en esta como en otras materias, y al decir de Jorge CORREA, al texto constitucional hay que entrarle con “goma de borrar” antes que con lápiz¹⁷. El *quórum* de 2/3 con que se deberá aprobar la nueva Constitución puede ayudar en este sentido. Y un caso concreto aquí, sobre el que se volverá más abajo, es el mecanismo de nombramientos judiciales.

En segundo lugar, y este sería un cambio importante, la Constitución debería consagrar el carácter de poder “nulo” que la jurisdicción tiene en un Estado de derecho democrático. Para esto debería empezar por los nombres: no más “Poder Judicial”. Podría ser, como en el texto de 1833, “De la administración de justicia”. O, mejor aún, “De la jurisdicción” o “De los tribunales de Justicia”. Para llevar este cambio de nombre a la realidad de la regulación, habría que desagregar la arquitectura institucional jerárquica y centralizada que se ha venido configurando con los años. Las propuestas por materias que siguen apuntan en esa dirección.

3.1. *Función*

Hoy la jurisdicción está más definida por la función que por la estructura, lo que ha permitido entender que órganos carentes de los atributos de independencia e imparcialidad (como, en su tiempo, los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos) fueran considerados tribunales.

No solo la función de resolver conflictos jurídicamente relevantes transforma al órgano que la ejerce en tribunal, sino que dicho órgano debe satisfacer, además, ciertos requisitos orgánicos. Para esto, la extensión que hoy posee lo dispuesto en el inciso 6 del N° 3 del artículo 19 de la Constitución debiera ser precisada.

¹⁶ Hoy esta ley es orgánica-constitucional, con un *quórum* supramayoritario de 4/7 de las y los parlamentarios en ejercicio y, además, sometida al control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional. A mi juicio, con la única excepción de la ley que regula el sistema electoral, no deberían existir *quórum* supramayoritarios para el ejercicio de la potestad legislativa (aunque sí para el ejercicio de la potestad constituyente). Tampoco debería haber control preventivo de fondo por parte del Tribunal Constitucional. Estas reformas también deberían ser objeto de la futura deliberación constituyente. Para una crítica del carácter y práctica de las leyes supramayoritarias en Chile, puede verse SIERRA (2011).

¹⁷ Así lo expresa en SIERRA (2015), p. 117.

Por otra parte, el principio de inexcusabilidad también debería ser limitado. Como se verá un poco más abajo, parte de esta propuesta es que la Corte Suprema se convierta en un verdadero y exclusivo tribunal de casación. Para cumplir adecuadamente con esta tarea, dicha Corte debería poder ejercer la facultad de *certiorari*. Por lo mismo, la Corte Suprema no debería estar sujeta al principio de inexcusabilidad.

En lo que inmediatamente sigue, algunas propuestas sobre organización.

3.2. Organización

El mecanismo de nombramientos judiciales debe ser mejorado. Como se señaló al inicio de este texto, hasta justo antes de los sucesos del 18 de octubre de 2019 y la emergencia sanitaria que siguió, esta era, quizá, la única materia constitucionalmente relevante de la judicatura sobre la que se estaba discutiendo.

Es así como a fines del año 2018, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó una “Mesa Interinstitucional sobre Nombramiento de Jueces”. Su informe, publicado en enero de 2019, señala en página 15:

“Se recomienda que el diseño institucional concentre, en un organismo colegiado, la facultad de nombrar a quienes deben integrar el escalafón primario del Poder Judicial. La creación de un consejo o comisión de nombramientos debería, a lo menos, hacerse cargo de la definición inicial y actualización de los perfiles de cargo para cada tipo de tribunal y judicatura, del proceso de selección y elaboración de nóminas de candidatos conforme a un *ranking*, y de la designación final. Para ello, debe contar con una secretaría técnica que tenga la capacidad de operativizar estos procesos”¹⁸.

Cualquiera sea el detalle de este nuevo mecanismo de designación, debería responder, simultáneamente, a tres criterios:

- Legitimidad: debe contemplar la participación decisiva de, al menos, un órgano que esté dotado de representación democrática, además de someterse a exigencias de transparencia, publicidad y ecuanimidad en el procedimiento.

¹⁸ Disponible en <<http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>>. Yo fui parte de esta “Mesa” y suscribí su informe.

- Profesionalismo: que la competencia jurídica –conocimiento y criterio– de los y las candidatas debe poder ser reconocida y evaluada comparativamente, para que se imponga el mérito.
- Independencia: en sus dimensiones externa e interna.

Semejante mecanismo debería constituir un espacio institucional que fomente la deliberación y el discernimiento para designar juezas y jueces. Una forma adecuada para este espacio institucional podría ser un Comité de Selección en el que participen, en mayoría, representantes del Congreso (los propios parlamentarios, probablemente) y del gobierno, y, en minoría, para reducir el riesgo de corporativismo, jueces. También puede haber profesionales, del derecho y de otras profesiones¹⁹.

Asimismo, a la luz del objetivo general de profundizar el carácter de la jurisdicción como poder “nulo”, la “superintendencia” de la Corte Suprema resulta clave. Su existencia centraliza y hace institucionalmente vertical a la jurisdicción. Por esto, la deliberación constituyente es una oportunidad para desagregar las distintas facultades que engloba dicho concepto, las facultades directiva, correccional y económica. Al mismo tiempo, esta reforma debería eliminar la noción de “carrera judicial” según hoy está concebida.

Estas deberían distribuirse entre el Comité de Selección para los nombramientos judiciales recién señalado, una Corte de Justicia de la Magistratura para el control disciplinario²⁰ y un nuevo órgano que, sobre la base de la actual Corporación Administrativa del Poder Judicial y con cierta participación de los jueces, realice las tareas administrativas de la judicatura, elabore sus políticas generales y supervise los servicios auxiliares de la administración de justicia²¹.

Como se ve, aquí no se propone un órgano equivalente a un Consejo Nacional de la Magistratura, sino una dispersión de las tareas que hoy con-

¹⁹ Es extensa la literatura que existe sobre estas materias. Entre ella, por ejemplo, VALENZUELA (coord.) (1991); BARROS (2007); BARROS, MAC-CLURE y SIERRA (2019).

²⁰ Ver, al respecto, BORDALÍ (2007a), p. 79.

²¹ Ver, al respecto, VALENZUELA (coord.) (1991), p. 139. Es interesante apuntar que el propio Pleno de la Corte Suprema acordó en el año 2014 lo siguiente: “Primero. Instar por la separación de las funciones jurisdiccionales de las no jurisdiccionales que ejerce la Corte Suprema. Segundo. La forma de concretar esta separación será mediante la creación de un órgano interno, propio del Poder Judicial, integrado exclusivamente por representantes de todos los estamentos que lo componen”. Disponible en <<http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/declaracion-de-jornadas-2014.pdf>>.

centra la Corte Suprema en distintos órganos. De esta manera, se busca hacer posible que esta alta Corte se concentre en una tarea ineludible: uniformar la interpretación de la ley. Esto es, que sea realmente una corte de casación.

Como consecuencia de este énfasis en el carácter “nulo” del poder jurisdiccional –por la vía de desagregar las distintas facultades de la Corte Suprema y de eliminar la noción de “carrera judicial”–, se debería reevaluar críticamente la participación de dicha Corte en el funcionamiento de otros órganos del Estado. Por ejemplo, en el Consejo de Seguridad Nacional (si este órgano fuese mantenido en una nueva Constitución) o en el Tribunal Constitucional.

A propósito del Tribunal Constitucional, como suele ocurrir en los sistemas jurídicos en que existe, la dualidad de jurisdicciones con competencia constitucional arriesga el peligro de enfrentamiento entre ellas. Es lo que coloquialmente se llama “choque de trenes”. Desde la reforma constitucional que en 2005 traspasó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, este también ha sido el caso en Chile²².

Esto ocurre en procedimientos ordinarios y, también, cuando la jurisdicción común ejerce su función cautelar, especialmente por medio de la acción de protección. Una deliberación constituyente es una buena oportunidad para reducir la posibilidad de enfrentamiento entre estas dos jurisdicciones.

Una posibilidad es devolver el recurso de inaplicabilidad a la Corte Suprema. Esta posibilidad, sin embargo, es contraria a un objetivo central de este trabajo que es concentrar a dicha Corte en las tareas de casación. Otra posibilidad es radicar las acciones de amparo y protección en el Tribunal Constitucional. El proyecto de nueva Constitución que dejó la presidenta Bachelet al terminar su mandato en 2018 apunta en este sentido, al establecer una acción para:

“[...] recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional”²³.

²² Ver, por ejemplo, BORDALÍ (2007b) y GÓMEZ (2013).

²³ Disponible en <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmI-D=12132&prmBoletin=11617-07>>.

Así, la acción de protección termina en el Tribunal Constitucional y no, como hoy, en la Corte Suprema. Es una alternativa interesante: va en la dirección de concentrar la función cautelar en el Tribunal Constitucional, en un solo tren y no en dos que, como hoy, pueden chocar. Pero tiene un problema.

Ese problema es la primera instancia. El proyecto aquí dice “cualquier tribunal ordinario de primera instancia”. Esto augura en el futuro un control difuso que arriesgará el peligro de vulgarizar el sistema jurídico chileno, de hacerlo perder forma. A menos, claro, que se cree simultáneamente una jurisdicción contencioso-administrativa de verdad, bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema.

Sin tener semejante jurisdicción contencioso-administrativa, el control de la Administración del Estado por la vía cautelar y en manos de “cualquier tribunal ordinario de primera instancia”, se hará difuso y tendrá un razonamiento basado en principios, un razonamiento de equidad. La combinación de ambas características envuelve un riesgo cierto de vulgarización. El riesgo de que muchas cosas se resuelvan con el razonamiento menos formalizado de la equidad. Y esta, como sabemos, no es propia de la regulación administrativa, que debe esmerarse justo en lo contrario: en la forma de los razonamientos sujetos a reglas, no a principios.

Si en la deliberación constituyente prospera una idea para la función cautelar como la del proyecto que dejó la presidenta Bachelet en su proyecto, la jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria. Y aun cuando dicha idea no prosperara, igualmente se necesita una jurisdicción así, pues si no existe es reemplazada por la acción de protección como equivalente funcional. Esto es negativo, como se viene diciendo, por el carácter del razonamiento que adjudica. Hace ya rato es tiempo de cumplir la promesa que hizo la Constitución de 1925²⁴.

Y aun cuando las acciones de protección y amparo fueran traspasadas a la competencia del Tribunal Constitucional (con alguna primera instancia

²⁴ Varios profesores que participaron en las discusiones contenidas en SIERRA (ed.), (2016), expresaron la conveniencia de establecer un contencioso-administrativo en forma. Así, por ejemplo, PABLO RUIZ-TAGLE (2016), p. 206, propone que se establezcan sobre la base de los actuales Tribunales de Cuentas (p. 206). Y, por su parte, ZÚÑIGA (2016) p. 123, propone que la Contraloría General de la República asuma frente a ellos el papel de Ministerio Público de Cuentas. Ambas propuestas, por supuesto, implican redefinir el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República.

por definir), el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad seguirá siendo un espacio para el “choque de trenes”. Por esto, la deliberación constituyente deberá tener especialmente presente esto²⁵.

3.3. Estatutos de los jueces

Sobre el estatuto de los jueces no tengo mucha reforma que ofrecer. Salvo coordinar su responsabilidad con la Corte de Justicia de la Magistratura, que más arriba se propuso como el órgano al cual traspasarle las facultades disciplinarias que hoy están centralizadas bajo la Corte Suprema.

3.4. Acciones

Sobre las acciones judiciales, en fin, habrá que revisarlas teniendo a la vista el objetivo clave ya declarado: convertir a la Corte Suprema en una corte de casación, exclusivamente, que pueda concentrarse en la sofisticada e imprescindible tarea de uniformar la forma en que se entiende la ley. De este modo, la acción por privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena, o la que se entabla para el desafuero de autoridades, podrían irse al Tribunal Constitucional.

4. Conclusión

Es posible que Chile se embarque en una deliberación constituyente a partir del próximo 25 de octubre, deliberación que incluirá necesariamente a la judicatura como uno de los contenidos tradicionales de la historia constitucional chilena.

Se ha dicho que esta deliberación se hará desde una “hoja en blanco”. Esto significa que, aprobada una nueva Constitución, el texto de la Constitución vigente desaparecerá. Como se ha visto en estas páginas, subyace en dicho texto una larga historia constitucional en torno a la judicatura. Esta historia se ordenó de acuerdo con cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Ellas exhiben continuidades y cambios.

²⁵ En 2019, un grupo de profesoras y profesores de Derecho conformó el Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, y produjo el informe “25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI”, disponible en <<https://www.cepchile.cl/documentos/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC.pdf>>. Este informe se debería tener presente al deliberar sobre estas materias.

La idea de la “hoja en blanco” no dice que debamos desatender esta experiencia. Al contrario, parece necesario tenerla en cuenta para, luego de la deliberación, acordar expresamente qué de ella se proyecta al futuro y qué se cambia. Este trabajo ha intentado entregar antecedentes para esto.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, Andrés (2011): “El protagonismo político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1^{er} Semestre.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BARROS, Enrique (2007): “Reformas judiciales pendientes. Algunas ideas para facilitar la discusión”, en *Puntos de Referencia* N° 282, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304094216/pder282_barros.pdf>.
- BARROS, Enrique *et al.* (2019): “Nombramientos judiciales como política de Estado”, en Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <<https://www.cepchile.cl/cep/opinan-en-la-prensa/enrique-barros/nombramientos-judiciales-como-politica-de-estado>>.
- BELLO, Andrés (1982): “Independencia del Poder Judicial”, en *Obras completas de Andrés Bello*, XVIII, 2^a edición (Caracas, Fundación La Casa de Bello).
- BORDALÍ, Andrés (2007a): “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno”, en COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (eds.), *La judicatura como organización* (Santiago, Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales).
- (2007b): “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000300008>.
- GÓMEZ, Gastón (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- HERNANDO, Andrés y SIERRA, Lucas (2019): “El nombramiento de ministros a la Corte Suprema: Caracterización de una práctica (1990-2019)”, en

- Puntos de Referencia* N° 501, Centro de Estudios (CEP) (digital). Disponible en <www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190118/20190118132757/pder501_lsierra_ahernando.pdf>.
- HILBINK, Lisa (2014): *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile* (D.F., FLACSO México).
- MAC-CLURE, Lucas (2018): “Reformas a la justicia 2006-2017”, en *Serie Debates de Política Pública* N° 27, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180129/20180129102359/dpp_027_enero2018_lmclure.pdf>.
- (2019): “Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación”, en *Debates de Política Pública* N° 32, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190523/20190523170012/dpp_032_lmclure_mayo2019.pdf>.
- MOYANO, Gonzalo y FUENZALIDA, Pablo (2006): “Reforma a la justicia: período 1990-2006”, en *Documento de Trabajo* N° 364, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20170803/20170803114910/gmoyano_pfuenzalida_reforma_a_la_justicia.pdf>.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2016): “Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional”, en SIERRA, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP).
- SIERRA, Lucas (2011): “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, en SIERRA, Lucas y MAC-CLURE, Lucas, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, CEP, CIEPLAN, Libertad y Desarrollo y Proyectamérica). Disponible en línea: <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095718/libro_Frente-a-las-mayorias_web_LSierra-LMacClure.pdf>.
- (ed.) (2015): *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP).
- VALENZUELA, Eugenio (coord.) (1991): *Proposiciones para la reforma judicial* (Santiago, CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304092816/proposiciones_para_la_reforma_judicial.pdf>.

ZÚÑIGA, Francisco (2016): “Otras propuestas sobre forma de estado”, en SIERRA, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160707/20160707132258/libro_propuestas_web.pdf>.