

Debates de Política Pública

Lucas MacClure Brintrup

Nombramientos de ministros
de las cortes de apelaciones y
de la Corte Suprema:
Síntesis y sistematización de
su regulación

Debates de Política Pública

N° 32 / mayo 2019

La serie *Debates de Política Pública* es editada en formato digital por el Centro de Estudios Públicos (CEP). El director y representante legal del CEP es Leonidas Montes.

Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia, Santiago de Chile. Fono: 2 2328 2400.
Sitio web: www.cepchile.cl Email: escribanos@cepchile.cl.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP. Esta institución es una fundación de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es el análisis y difusión de los valores, principios e instituciones que sirven de base a una sociedad libre.

Edición gráfica: David Parra y Pedro Sepúlveda.

Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación

Lucas MacClure Brintrup
Abogado y Doctor en Derecho.

Este texto es un documento de trabajo. Su contexto es un debate público emergente sobre la reforma al nombramiento de jueces. Por eso, el texto ha sido elaborado con cierta premura. Por favor enviar comentarios que sirvan para mejorar su próxima versión a lucasmacclure@gmail.com. Agradezco a Lucas Sierra y a Harald Beyer por su invitación a participar en el proyecto del CEP en el cual este documento fue elaborado. Y a Lucas Sierra por su permanente ayuda, guía, y entusiasmo. Gracias también a Becky Krier y Raffael Fasel, por su apoyo moral e interesantes conversaciones sobre el tema de este documento. Los errores son míos.

Tabla de Contenidos

Introducción	5
1. Nombramiento de ministros de cortes de apelaciones	10
1.1. La Corte Suprema propone al Gobierno tres candidatos (“terna”) para un cargo de ministro de corte de apelaciones	10
1.1.1. Procedimiento que la Corte Suprema debe utilizar para seleccionar tres candidatos a una corte de apelaciones	10
1.1.1.1. Antes de la sesión del Pleno de la Corte Suprema	10
La Corte Suprema abre un concurso	10
El Presidente de la Corte Suprema preselecciona y asigna puntajes a los candidatos	12
Una comisión de la Corte Suprema entrevista a los candidatos en una audiencia	12
Prohibición de audiencias privadas y obligación de llevar agendas públicas	13
1.1.1.2. El Pleno de la Corte Suprema elabora la terna	15
El Pleno de la Corte Suprema se reúne y vota para elaborar una terna de candidatos	15
Transparencia y opacidad de la sesión del Pleno de la Corte Suprema	15
Impugnación de la decisión del Pleno de la Corte Suprema	16
La Corte Suprema envía la terna al Gobierno	16
1.1.2. Criterios de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para elaborar ternas de candidatos a las cortes de apelaciones	17
1.1.2.1. Requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos a las cortes de apelaciones	17
Ciudadanía y título de abogado	17
Ausencia de inhabilidades e incompatibilidades	17
Cargos en el Poder Judicial y experiencia de juez	18
Curso preparatorio para el cargo de ministro de corte de apelaciones	19
1.1.2.2. La Corte Suprema tiene una potestad discrecional para seleccionar los candidatos incluidos en la terna (con una excepción)	20
Puntaje según pauta como mero antecedente	20
Antigüedad y otros requisitos que dan derecho a un cupo de la terna	23
La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto al resto de los cupos de la terna	23
Reglas especiales sobre relatores de la Corte Suprema: ¿un mecanismo especial para acceder a las cortes de apelaciones?	28
1.2. El Gobierno nombra un ministro de corte de apelaciones	29
1.2.1. Procedimiento que el Gobierno debe utilizar para nombrar ministros de cortes de apelaciones	30
El Ministro de Justicia asesora al Presidente	30
Las actuaciones del Ministro y sus asesores se somete a la transparencia de la Ley del Lobby	30
Canales de participación pública de la Ley del Lobby	32
El Presidente de la República y el Ministro de Justicia firman el decreto de nombramiento	32
La Contraloría General de la República toma razón del decreto de nombramiento	33
1.2.2. Criterios de evaluación que el Gobierno debe utilizar para nombrar ministros de las cortes de apelaciones	33
1.2.2.1. Requisito mínimo: el candidato debe haber sido incluido en la terna de la Corte Suprema	33

1.2.2.2. El Gobierno tiene una potestad discrecional para seleccionar al candidato que es nombrado ministro de corte de apelaciones	33
2. Nombramiento de ministros de la Corte Suprema	33
2.1. La Corte Suprema propone al Gobierno cinco candidatos (“quina”) para un cargo de ministro de la Corte Suprema	34
2.1.1. Procedimiento que la Corte Suprema debe utilizar para preparar una quina de candidatos a la Corte Suprema	34
2.1.1.1. Antes de la sesión del Pleno de la CS	34
La Corte Suprema abre un concurso	34
¿La Corte Suprema preselecciona candidatos?	36
El Pleno de la Corte Suprema recibe a los candidatos externos en audiencia pública	36
Los candidatos internos han sido “eximidos” de la audiencia pública ante el Pleno de la Corte Suprema	37
Audiencias privadas y agendas públicas de reuniones	38
2.1.1.2. El Pleno de la Corte Suprema elabora una quina de candidatos	38
El Pleno de la Corte Suprema se reúne y vota para elaborar la quina de candidatos	38
Impugnación de la decisión del Pleno de la Corte Suprema	39
La Corte Suprema envía la quina de candidatos al Gobierno	39
2.1.2. Criterios de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para elaborar una quina de candidatos a la Corte Suprema	39
2.1.2.1. Requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos a la Corte Suprema	39
Ciudadanía y título de abogado	39
Ausencia de Inhabilidades e incompatibilidades	40
Cargos del Poder Judicial (candidatos internos)	40
Quince años de título de abogado y experiencia laboral destacada (candidatos externos)	40
2.1.2.2. La Corte Suprema tiene una potestad discrecional para seleccionar los candidatos incluidos en la quina (con una excepción)	41
Antigüedad y otros requisitos que dan derecho a un cupo en la quina a un candidato interno	41
La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto al resto de los cupos para candidatos internos	41
La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto a los candidatos externos	43
2.2. El Gobierno propone al Senado un candidato a la Corte Suprema	43
2.2.1. Procedimiento que el Gobierno debe utilizar para seleccionar al candidato a la Corte Suprema que propone al Senado	43
2.2.2. Criterios de evaluación que el Gobierno debe utilizar para seleccionar al candidato a la Corte Suprema que propone al Senado	44
2.2.2.1. Requisito mínimo: el candidato figura en la quina elaborada por la Corte Suprema	44
2.2.2.2 El Gobierno tiene una potestad discrecional para seleccionar al candidato de la quina que propone al Senado	44
Potestad discrecional del Gobierno	44
Cuoteo político como criterio informal para seleccionar propuesta de candidato a la CS	44
2.3. El Senado aprueba o rechaza el candidato a la Corte Suprema propuesto por el Gobierno	45
2.3.1. Procedimiento que el Senado debe utilizar para pronunciarse respecto al candidato del Gobierno	45
2.3.1.1. Plazo	45
2.3.1.2. Antes de la sesión de la Sala del Senado	46

La Comisión de Constitución del Senado entrevista al candidato del Gobierno y produce un informe	46
Transparencia aplicable a la audiencia y el informe de la Comisión de Constitución	48
Audiencias privadas de senadores con candidatos y “operadores judiciales”	51
Canales de participación ciudadana respecto de la Comisión	53
¿Puede el Gobierno retirar un candidato?	54
2.3.1.3. La Sala del Senado delibera y se pronuncia sobre el candidato del Gobierno	55
Deliberación y votación en la Sala del Senado	55
Transparencia de la deliberación y decisión de la Sala	56
Repetición del proceso en caso de rechazo del candidato	57
2.3.2. Criterios de evaluación que el Senado debe utilizar para aprobar o rechazar la propuesta de ministro de la Corte Suprema del Gobierno	58
2.3.2.1. El Senado tiene una potestad discrecional para aprobar o rechazar el candidato del Gobierno	58
Potestad discrecional del Senado para aprobar o rechazar la propuesta del Gobierno	58
Cuoteo político como criterio informal de aprobación del candidato del Gobierno	58
Conclusión	63

Resumen

Este documento de trabajo sintetiza y sistematiza la regulación jurídica sobre los nombramientos de los ministros titulares de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema. En la medida de lo posible, también se da cuenta de cómo la regulación ha sido aplicada en los últimos años. El trabajo se basa en una revisión exhaustiva de las normas constitucionales, legales, e infralegales sobre esta materia. También considera la literatura que las ha estudiado.

Introducción

¿Cómo se deben reformar los mecanismos de nombramiento de los ministros de las cortes de apelaciones (CCAA) y de la Corte Suprema (CS), entre otros jueces? La pregunta se está re-instalando en el debate público chileno. El escándalo de corrupción que afecta a la CA de Rancagua desde fines del año 2018, según algunos expertos, se explicaría en parte por falencias de las reglas sobre nombramientos.¹ Asimismo, un controvertido proceso de nombramiento de una candidata a la CS también ha sugerido que las reglas tienen deficiencias.² Al mismo tiempo, varios actores claves han señalado su interés en reformar esas reglas. Entre ellos, el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera. Recientemente, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos convocó una comisión de expertos para estudiar cambios al sistema de nombramientos judiciales. Ella entregó un lapidario informe que llamó a diseñar nuevos arreglos institucionales.³ Tras el informe, la prensa informó que el Gobierno está formulando una propuesta de reforma a los nombramientos judiciales que incluye los nombramientos a las CCAA.⁴ La oposición también ha dado señales que apuntan en una dirección reformista. En la elección presidencial del año 2017, los candidatos de la Nueva Mayoría y del Frente Amplio propusieron varias reformas al sistema de nombramientos.⁵ La misma CS, que juega un rol importante en la selección de jueces y sería afectada por su reforma, también se ha mostrado abierta al cambio. En el año 2014, la CS dijo

¹ Ver, e.g., Carlos Peña, “¿Crisis del Estado?: Los peligros de la endogamia”, en *El Mercurio*, 25 de abril de 2019, C3. Respecto al escándalo, ver La Tercera, “Fiscalía prepara formalización de segundo juez de Corte de Rancagua”, 27 de abril de 2019:

<https://www.latercera.com/nacional/noticia/fiscalia-prepara-formalizacion-segundo-juez-corte-rancagua/632155/>

² Ver, e.g., Carlos Peña, “Las enseñanzas del caso Lusic”, en *El Mercurio*, 12 de mayo de 2019, D9.

³ Ver Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019:

<http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>. Ver también Lucas Sierra, “Mecanismo para nombrar jueces”, en *El Mercurio*, 28 de abril de 2019, A2.

⁴ Ver “Justicia propone creación de nuevo consejo de nombramiento de jueces”, *La Tercera*, 19 de mayo de 2019.

⁵ Ver Lucas MacClure, “Reformas a la Justicia 2006-2017”, *Debates de Política Pública*, N° 27, enero 2018, 123-124: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180129/20180129102359/dpp_027_enero2018_lmclure.pdf

estar a favor de entregar a otro órgano sus funciones no jurisdiccionales, lo cual incluye el nombramiento de ministros.⁶ Recientemente, la CS anunció un conjunto de “medidas de transparencia y probidad”, algunas de las cuales introducen mayor transparencia en esta materia.⁷ Más allá de la opinión de las autoridades y de los políticos, buena parte de la academia jurídica ha avanzado una mirada crítica al sistema actual e impulsado una agenda reformista.⁸ Es más, va-

⁶ Ver el auto acordado de la CS 186-2014 del 29 de octubre de 2014.

⁷ Ver “Presidente de la Corte Suprema anuncia medidas de transparencia y probidad para el Poder Judicial”, en Noticias del Poder Judicial, 9 de mayo de 2019: <http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/>. Para algunas observaciones críticas respecto de las medidas, ver María Jaraquemada, “Transparencia en el Poder Judicial”, en *La Tercera*, 12 de mayo de 2019:

<https://www.latercera.com/opinion/noticia/transparencia-poder-judicial/652143/>; Lucas MacClure Brintrup, “Corte Suprema y transparencia”, en *La Tercera*, 11 de mayo de 2019:

<https://www.latercera.com/opinion/noticia/corte-suprema-transparencia/651157/>. El Presidente de la Corte Suprema recientemente sostuvo que era partidario de introducir otros cambios al sistema de nombramientos judiciales. Ver “Vitril de la Justicia fue reinaugurado ayer tras ser restaurado en Alemania”, *El Mercurio*, 23 de mayo de 2019.

⁸ Ver, e.g., Juan Enrique Vargas, “Chile”, en *Gobierno Judicial: Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, ed. Alberto Binder y Leonel González (Santiago: CEJA, 2018), 84-152; Juan Enrique Vargas Viancos, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, *Anuario de Derecho Público 2014*, 2014, 140-162; Andrés Bordalí Salamanca, “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista chilena de derecho* 40, n° 2 (2013): 609-34; María Francisca Zapata García, “Sin temor ni esperanza: Reformulación de la Carrera Judicial como base de sustitución del Sistema Judicial jerárquico por uno heterárquico en garantía de la función judicial” (Magister Gobierno y Sociedad, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Alberto Hurtado, 2011); Andrés Bordalí Salamanca, “Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado”, *Revista chilena de derecho* 36, n° 2 (2009): 215-244; Francisca Zapata García, “Sin temor ni esperanza. Condiciones estructurales de una eficiente juridificación de las expectativas normativas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 10 (2008): 251-264; Enrique Barros B., “Reformas judiciales pendientes. Algunas ideas para facilitar la discusión”, *Puntos de Referencia*, 282, julio 2007; Fernando Atria, “La improbabilidad de la jurisdicción”, en *La Judicatura como organización*, ed. Javier Couso y Fernando Atria (Santiago de Chile: Expansiva-IEJ, 2007), 33-55; Andrés Bordalí, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno”, en *La Judicatura como organización*, ed. Javier Couso y Fernando Atria (Santiago de Chile: Expansiva-IEJ, 2007), 57-82; Agustín Squella, “Independencia interna del Poder Judicial: Ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”, en *La Judicatura como organización*, ed. Javier Couso y Fernando Atria (Santiago de Chile: Expansiva-IEJ, 2007), 9-31; Juan Enrique Vargas, “Alternativas Para Estructurar El Gobierno Judicial Respetando La Independencia de Los Jueces,” en *La Judicatura Como Organización*, ed. Javier Couso y Fernando Atria (Santiago de Chile: Expansiva-IEJ, 2007), 97-124; Rodrigo Correa, “El gobierno judicial ante la Constitución”, *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005): 117-26; Fernando Atria, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5 (2004): 119-141; Andrés Bordalí Salamanca, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, *Rev. derecho (Valdivia)* 14 (2003): 159-174; Milton Juica Arancibia, “La selección, formación, promoción y régimen disciplinario de los jueces en Chile”, *Revista CEJ*, n° 21 (2003): 56-61; Eduardo Aldunate Lizana, “La constitución monárquica del poder judicial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 22 (2001): 193-207; Eugenio Valenzuela S. (coordinador), *Proposiciones para la reforma judicial* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991).

rios profesores de derecho participaron en la comisión convocada por el Gobierno y contribuyeron a elaborar sus propuestas. El debate sobre la reforma a los nombramientos judiciales parece estar destinado a continuar.

Pese al interés que genera este tema, la regulación actual sobre nombramientos judiciales no es bien conocida. Primero, porque se trata de un complejo entramado normativo. Las disposiciones sobre nombramientos judiciales se encuentran en la Constitución, en leyes, en decretos presidenciales, en reglamentos del Senado, y en una multitud de autos acordados de la Corte Suprema, entre otras fuentes. Segundo, la regulación actual no es bien entendida porque ella ha sido objeto de varios cambios en los últimos años. Ello se debe principalmente a la actividad regulatoria de la CS. En la última década, la CS ha dictado varios autos acordados que han transformado o regulado por primera vez aspectos importantes del sistema de nombramientos. Como resultado de ello, varios de los trabajos que han examinado la regulación presentan rasgos de obsolescencia. Tercero, casi toda la literatura se ha enfocado en identificar los problemas de la regulación actual, antes que en describirla de manera sistemática y comprensiva. Por supuesto, esos análisis han sido muy valiosos. Han ayudado a crear conciencia en la comunidad jurídica sobre las falencias de las reglas. Y, así, han motivado el actual debate sobre su reforma. Pero hoy, en medio del debate, es imperativo detenerse a entender bien las reglas vigentes. Son estas reglas las que habrá que eliminar o modificar, cualquiera sea el nuevo arreglo institucional que se quiera crear.

En este documento de trabajo, ofrezco una versión preliminar de una síntesis y sistematización actualizada de las normas jurídicas sobre nombramientos de los ministros de las CCAA y de la CS. Específicamente, el documento describe cómo el derecho define procedimientos de selección y criterios de evaluación de los candidatos a esas cortes superiores. El trabajo se basa en una revisión exhaustiva de las normas constitucionales, legales, e infra-legales vigentes.⁹ En la medida de lo posible, también se da cuenta de la aplicación de las reglas, principalmente utilizando fuentes secundarias. El trabajo se concentra en el nombramiento de ministros *titulares*. Es decir, los ministros que el Código Orgánico de Tribunales (en adelante, el COT) llama “propietarios”. Estos son aquellos nombrados “para ocupar perpetuamente o por el período legal una plaza vacante”.¹⁰ Se trata de 182 cargos. La CS cuenta con 21 ministros titulares¹¹ y las CCAA con un total de 161.¹² Cómo se deben

⁹ La investigación de las normas jurídicas fue finalizada el 15 de mayo de 2019. La mayoría de las normas revisadas se pueden encontrar en el excelente sitio web “Ley Chile”, mantenido por la Biblioteca del Congreso Nacional. Ver <https://www.leychile.cl/Consulta/homebasico>. Los autos acordados de la CS han sido encontrados en el sitio web “Compendio Autos Acordados de la Excma. Corte Suprema”, mantenido por esa corte. Ver <http://autoacordados.pjud.cl/>. Las reglas reglamentarias del Senado se encuentran en <http://www.senado.cl>.

¹⁰ Artículo 244, inciso 1, del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT).

¹¹ Ver el artículo 78 inciso 2 de la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución).

¹² Hay 17 CCAA. Según el artículo 56 del Código Orgánico de Tribunales, el número de ministros titulares de cada una de las cortes es el siguiente: Antofagasta (7), Arica (7), Chillán (4), Coihaique (4), Concepción (19), Copiapó (4), Iquique (4), La Serena (7), San Miguel (19), Santiago (34), Rancagua (7), Talca (7), Temuco (7), Valdivia (7), Valparaíso (16), Punta Arenas (4), Puerto Montt (4).

nombrar esos ministros según el derecho positivo es la gran pregunta abordada en este documento.¹³

La descripción ofrecida aquí responde preguntas que son relevantes para el debate actual sobre reformas. En este debate se suele evaluar la regulación y sus posibles reformas considerando varios ideales regulativos. Entre ellos, el profesionalismo judicial, la independencia judicial, la legitimidad democrática de los jueces, y la igualdad de género.¹⁴ Desde la perspectiva de esos ideales regulativos, resulta importante considerar preguntas como las siguientes: ¿Cuáles son los actores estatales que seleccionan a los candidatos? ¿Con cuánta discrecionalidad cuentan? ¿Cuáles son las obligaciones de transparencia que gobiernan su actuar? ¿Puede el público, y cómo, entregarles información y opiniones sobre los candidatos? Estos y otros aspectos del diseño institucional serán enfatizados en este documento.

Con todo, mi análisis se mantiene agnóstico respecto a reformas específicas. Y ello pese a que este documento identifica aspectos de las reglas, o de su aplicación, que tienen una conexión directa con posibles efectos negativos del sistema actual. La razón para este agnosticismo es simple. Para justificar una propuesta de reforma es necesario comparar cuidadosamente los efectos de la regulación actual con los efectos que es razonable esperar de la reforma. También es necesario comparar distintas propuestas de reforma. Sin este análisis comparativo-institucional es difícil saber si una reforma mejorará o empeorará el estado de actual de cosas, o si lo hará mejor que otras.¹⁵ En esta materia, en mi opinión, hay bastante trabajo por hacer en Chile.¹⁶

¹³ Fuera del alcance del presente documento quedan las reglas de selección de otros funcionarios que, a veces, toman decisiones judiciales en nombre de las cortes superiores. Por ejemplo, no me refiero a las reglas sobre los ministros suplentes, que son designados por la CS. Ver el artículo 78 inciso 10 de la Constitución. Tampoco se discuten aquí los abogados integrantes. La Corte Suprema tiene 12 abogados integrantes. Las CCAA tienen un total de 92 abogados integrantes. Ver el artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales. Todos ellos son nombrados por el Gobierno tras recibir propuestas de la CS. Las propuestas que la CS hace al Gobierno deben considerar listas de candidatos elaboradas por las CCAA (para sus abogados integrantes), y sugerencias de los colegios de abogados nacionales y regionales (para los de las CCAA y la CS). Ver el artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales, y el auto acordado de la CS Acta 273-2008, del 7 de noviembre de 2008. Para un excelente análisis de la regulación de la selección de abogados integrantes y sus principales fortalezas y debilidades, ver Sergio Verdugo R. y Carla Ottone L., "Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial", *Revista Actualidad Jurídica* 27 (2013): 199-219. Todas estas son materias que ameritan un tratamiento extenso y que no puedo incluir aquí. Con todo, la sistematización de este trabajo puede proveer un modelo para aproximarse a la regulación de esas otras materias.

¹⁴ Ver, e.g., Lucas Sierra, "Mecanismo para nombrar jueces", en *El Mercurio*, 28 de abril de 2019, A2; Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, "Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces", 10 de enero de 2019, <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>; Enrique Barros B., "Reformas judiciales pendientes. Algunas ideas para facilitar la discusión", *Puntos de Referencia*, 282, julio 2007.

¹⁵ Ver Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).

¹⁶ En mi opinión, el Gobierno debería realizar un análisis comparativo-institucional y someterlo a crítica pública si decide continuar empujando una agenda de reformas en esta materia. El informe de la Mesa Interinstitucional del

En cualquier caso, esa es una tarea que escapa al objeto de este documento. Aquí se guarda silencio respecto de la virtud o el vicio de propuestas reforma específicas. Mi propósito es más modesto: facilitar la elaboración de propuestas de reforma, y análisis de sus costos y beneficios, mediante una descripción del derecho vigente.

El orden de exposición de este trabajo es el siguiente: El trabajo se divide en dos partes. La parte 1 examina las reglas sobre el nombramiento de ministros de las CCAA. Lo hace distinguiendo una fase liderada por la CS y una fase liderada por el Gobierno, en ese orden. Respecto de cada fase examino, primero, y a vuelo de pájaro, el procedimiento; y segundo, los criterios de evaluación que las autoridades deben utilizar para seleccionar candidatos (que, en estricto rigor, son parte del procedimiento). La parte 2 examina el nombramiento de ministros de la CS. También se distingue una fase de la CS y una del Gobierno. A ello se agrega una tercera fase, que es del Senado. Nuevamente, se resume primero el procedimiento y luego se profundiza en los criterios de selección.

Gobierno sobre nombramientos de jueces se concentró en identificar fortalezas y déficits del sistema actual, y en realizar recomendaciones de reforma. Entre ellas, una comisión de nombramientos. Se trató de un esfuerzo loable. Pero el informe apenas consideró si los efectos negativos del sistema actual, u otros efectos negativos, podrían derivarse, también, de las reformas que propuso. Ver, especialmente, Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019, <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>, p. 15-16. Es probable que la creación de una comisión de nombramientos—tal como lo plantea el informe—tendería a mejorar la independencia interna de los jueces. ¿Pero cuáles serían sus efectos respecto de la independencia externa y otros fines del sistema de selección de jueces? Para una visión crítica en este sentido, ver Jorge Correa Sutil, “Designación de Jueces”, en *El Mercurio*, 21 de abril de 2019, A2. Es difícil saber qué se debe hacer en esta materia si no se comparan detenidamente los efectos reales del sistema actual y los efectos esperados de su reforma. Por supuesto, no estoy rechazando la propuesta de crear una comisión de nombramientos. Me parece una idea muy interesante. Ella encuentra antecedentes en el derecho europeo. Alemania e Inglaterra, entre otros países, cuentan con este tipo de comisiones. Ver, respectivamente, Anja Seibert-Fohr, “Judicial Independence in Germany,” in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja Seibert-Fohr and Lydia Friederike Müller, 233 (Heidelberg: Springer, 2012), 447–515, y Graham Gee et al., *The Politics of Judicial Independence in the UK’s Changing Constitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015). Estas experiencias podrían aprovecharse para el análisis comparativo-institucional que falta realizar. Y, también, para afinar la propuesta de reforma. En cualquier caso, tras el informe de la Mesa la prensa informó que el propio Gobierno estaba elaborando una propuesta de reforma (o más bien, dos alternativas de reforma). Ver “Justicia propone creación de nuevo consejo de nombramiento de jueces”, *La Tercera*, 19 de mayo de 2019. La propuesta del Gobierno incluye una comisión de nombramientos. Sin embargo, esta propuesta es distinta a la de la Mesa en un aspecto que ella probablemente consideraría fundamental: el Gobierno quiere entregar a las propias CCAA un rol importante en la selección de ministros de las CCAA y de otros jueces. Además, deja intacto el importante rol que la CS tiene en la selección de sus propios ministros. Ello sugiere que la propuesta del Gobierno puede ser un remedio ineficaz para los problemas de independencia interna que la Mesa y muchos otros expertos observan hoy en los nombramientos. El Gobierno no ha explicado porqué su propuesta es superior a la de la Mesa. Es más, tampoco ha explicado cómo mejoraría el sistema actual. Es de esperar que el Gobierno desarrollará una comparación rigurosa. Tal análisis puede servir no solo para convencer a los escépticos, sino que también para identificar cuáles son los aspectos de la propuesta que necesitan ser revisados.

1. Nombramiento de ministros de cortes de apelaciones

Los ministros de CCAA son nombrados de uno a uno. El proceso de nombramiento de cada ministro de CA se inicia cuando un puesto queda vacante. Típicamente, ello ocurre cuando un ministro de CA cumple 75 años, edad en la cual cesan en sus funciones. O cuando el ministro pasa a ocupar otro cargo, e.g., de ministro de la CS. En esos y otros casos se activa el proceso de nombramiento.¹⁷ Formalmente, este proceso se inicia en la CS. Ella debe proponer tres candidatos (una “terna”) al Gobierno. A continuación, el Gobierno —el Presidente de la República y el Ministro de Justicia— procede a escoger uno de los candidatos de la terna. Ese candidato es nombrado ministro de CA.

1.1. La Corte Suprema propone al Gobierno tres candidatos (“terna”) para un cargo de ministro de corte de apelaciones

Para preparar su terna de candidatos a una CA, la CS procede en dos etapas principales. Primero, el Presidente de la CS preselecciona candidatos y asigna puntajes a los mismos, y una comisión ad hoc de la CS recibe a los candidatos en audiencias. Segundo, el Pleno de la CS vota sobre los candidatos y produce una terna, que es enviada al Gobierno. Varios criterios de evaluación son utilizados en estas etapas. Pero la potestad de la CS es, en buena medida, discrecional.

1.1.1. Procedimiento que la Corte Suprema debe utilizar para seleccionar tres candidatos a una corte de apelaciones

1.1.1.1. Antes de la sesión del Pleno de la Corte Suprema

La Corte Suprema abre un concurso

La CS suprema comienza el proceso con un llamado a concurso. Varios aspectos del llamado a concurso son regulados por el Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT) y por varios autos acordados de la CS. Según estas reglas, el Secretario de la CS debe comunicar la apertura del concurso respectivo en el Diario Oficial y a todas las CCAA. Estas últimas, a su vez, deben informar a otros tribunales “por medios idóneos”.¹⁸ Los interesados en el cargo deben “acompañar su currículum vitae y demás antecedentes justificativos de sus méritos”.¹⁹ La Corporación

¹⁷ Ver el artículo 80 inciso 1 y 2 de la Constitución.

¹⁸ Artículo 279 inciso 2 del COT

¹⁹ Artículo 279 inciso 3 del COT.

Administrativa del Poder Judicial, un órgano dependiente de la CS,²⁰ debe proporcionar “sistemas informáticos” y en general “el soporte necesario y oportuno que se requiera tanto para la convocatoria al certamen, como para participar de éste”.²¹

Un auto acordado de la CS define los antecedentes con que ésta debe contar para evaluar a los candidatos:

- a) Currículum Vitae de los interesados;
- b) Las últimas calificaciones que ellos hayan obtenido;
- c) las anotaciones de mérito y de demérito consignadas en las hojas de vida;
- d) Tratándose de Ministros y Jueces, la cantidad de sentencias que les ha correspondido redactar en el año inmediatamente anterior al concurso, con indicación del tribunal o tribunales en que se pronunciaron y de las materias de que se trata (...);
- e) Respecto de Ministros y Jueces, el número de causas con plazo de sentencia vencido a la fecha de la postulación; las visitas practicadas y, en su caso, los procedimientos que han sustanciado como Ministros en Visita y de Fuero, como asimismo los de orden disciplinario que han instruido;
- f) La cantidad y duración de los permisos solicitados;
- g) En el caso de Ministros [y] Jueces (...) la forma como han efectuado la correspondiente calificación de personal a su cargo;
- h) Los cursos de perfeccionamiento efectuados y las respectivas calificaciones que hubieren obtenido, en su caso;
- i) Las medidas disciplinarias aplicadas a los oponentes;
- (...)
- k) La actividad docente que desarrollen los interesados;²²

El Consejo Superior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial debe proporcionar estos antecedentes, en la medida tenga acceso a ellos “a través de sus sistemas”. El resto de los antecedentes es responsabilidad de postulantes.²³

²⁰ Ver el artículo 508 del COT.

²¹ Ver el auto acordado de la CS Acta Nº 184-2014 de 25 de octubre de 2014 (en adelante AA CS 184-2014), Primero.

²² Ver auto acordado de la CS 184-2010 del 20 de octubre de 2010 (en adelante, AA CS 184-2010).

²³ Ver auto acordado de la CS 144-2016 del 13 de mayo de 2016. La CS también normas sobre “inclusión laboral” en el Poder Judicial que son aplicables a algunos aspectos del concurso y en general del proceso de selección. Se trata de normas de inclusión de personas con discapacidad. Ver, e.g., el auto acordado de la CS 182-2017 del 1 de diciembre de 2017.

El Presidente de la Corte Suprema preselecciona y asigna puntajes a los candidatos

Una vez que la CS ha recibido las postulaciones, el Presidente de la Corte Suprema debe preseleccionar y asignar puntajes a los candidatos. La misma CS ha regulado esta etapa de “preselección”.²⁴ Lo ha hecho mediante autos acordados. Y un documento de “Bases” para el concurso de candidatos al cargo de ministro de CA, este último fue elaborado por Corporación Administrativa del Poder Judicial.²⁵

En parte, el Presidente de la CS debe realizar un análisis de requisitos formales, e.g., examina si los candidatos son chilenos y tienen título de abogado. Desde el año 2018, aquellos candidatos que no cumplen con los requisitos formales no pueden ser considerados en la etapa final de selección.²⁶

Además, el Presidente de la CS debe producir una “puntuación de antecedentes curriculares” respecto de cada candidato, y elaborar un ranking de candidatos utilizando puntajes. Para ello utiliza una pauta que se encuentra en las Bases. La pauta es descrita más adelante, al estudiar los criterios de evaluación.

Una comisión de la Corte Suprema entrevista a los candidatos en una audiencia

Tras el trabajo del Presidente, una comisión ad hoc de la Corte Suprema debe entrevistar a los candidatos. La comisión y sus entrevistas o “audiencias” han sido reconocidas en autos acordados de la CS. La comisión se conforma al menos de cuatro miembros: el Presidente de la CS más un representante de cada una de sus salas²⁷ (que durante su funcionamiento ordinario son tres).²⁸ Los representantes de las salas de la CS son elegidos por cada sala²⁹. Además, “cualquier otro ministro que manifieste interés en participar [en la comisión]” se puede integrar a ella.³⁰ La composición de la comisión se renueva todos los años en diciembre y es fijada por el Pleno de la CS.³¹

²⁴ Ver especialmente AA CS 184-2014.

²⁵ Ver “Bases generales para proveer cargos en el Poder Judicial” (sin fecha), p. 5 y “Bases específicas para concursos internos. Cargos titulares. Escalafón Primario. Segunda Categoría. Ministro de Corte de Apelaciones” (sin fecha) (en adelante, Bases de concursos de ministros de CCAA), 3 y 11. El estatus jurídico de estas bases no es claro, pero varios autos acordados de la CS remiten la regulación de algunos aspectos de la selección de candidatos a las bases de los concursos. Ver, e.g., AA CS 184-2014, Segundo.

²⁶ Ver el auto acordado de la CS del 13 de marzo de 2018 de la CS (en adelante, AA CS 13 marzo 2018).

²⁷ Ver auto acordado de la CS Acta 135-2015 (en adelante AA CS 135-2015), Segundo.

²⁸ Ver auto acordado de la CS Acta 107-2017 del 28 de julio de 2017 (en adelante AA CS 107-2017).

²⁹ AA CS 135-2015, Segundo.

³⁰ AA CS 135-2015, Segundo.

³¹ Ver el auto acordado de la CS Acta 165-2016, que modificó AA CS 135-2015, Segundo, que establecía que la comisión duraría seis meses.

La audiencia se somete a las siguientes reglas. El Presidente de la CS, “oyendo previamente” a la comisión, debe fijar el día y hora de la audiencia.³² Los candidatos a las CCAA cuyas postulaciones han sido declaradas admisibles son “instados a exponer” en la audiencia.³³ Los candidatos deben exponer “sobre los antecedentes personales que desearían destacar en relación con su postulación y los desafíos que, en su concepto, representa el cargo en el que pretenden ser designados.”³⁴ La exposición debe durar 10 minutos. Los miembros de la comisión pueden realizar preguntas.³⁵ La audiencia puede utilizar video conferencia “[e]n la medida que las circunstancias lo ameriten y las disponibilidades tecnológicas lo permitan”.³⁶ Según las reglas de la CS, las audiencias deben ser “públicas”.

Tras la audiencia pública la comisión ad-hoc debe emitir un informe sobre los candidatos. Aunque las audiencias son públicas, el informe es secreto. Su único destinatario es el Pleno de la CS.³⁷

Prohibición de audiencias privadas y obligación de llevar agendas públicas

Las reglas de la CS prohíben a candidatos y ministros de la CS realizar entrevistas por vías distintas a la audiencia ante la comisión ad hoc. La CS ha dicho:

los miembros del tribunal colegiado deberán abstenerse de recibir en audiencias privadas a los concursantes en el proceso cuya definición habrán de intervenir. De la misma forma, los postulantes se abstendrán de instar por iguales audiencias, pudiendo exponer en la audiencia pública respectiva los aspectos de mayor relevancia que deseen destacar. (...) [L]a exclusión de la audiencia privada se hace extensiva a toda otra actividad, pública o privada, dentro o fuera de las dependencias del tribunal, en relación a concursos que se encuentren pendientes.³⁸

³² AA CS 135-2015, Cuarto.

³³ AA CS 133-2015, Primero.

³⁴ AA CS 133-2015, Primero.

³⁵ Ver AA CS 135-2015, Cuarto y Quinto. En el mismo sentido, “Bases específicas para concursos internos, concursos internos/cargos titulares/escalafón primario: Ministro de Corte de Apelaciones” (sin fecha), 15.

³⁶ AA-CS 135-2015, Quinto.

³⁷ Ver AA CS 135-2015, Sexto.

³⁸ Auto acordado AA CS 133-2015, Séptimo y Octavo.

Según la CS, esta prohibición de audiencias privadas “salvaguardar los principios de objetividad del procedimiento, imparcialidad de quien efectúa la selección, independencia del postulante, transparencia y publicidad que orientan la reglamentación precedente, como asimismo la igualdad de oportunidades entre todos quienes aspiran a un mismo cargo”.³⁹

Una pregunta interesante es si la prohibición de audiencias privadas ha sido cumplida por los ministros y candidatos. Con anterioridad a la creación de la norma, varios expertos señalaron que las audiencias privadas eran una práctica común del proceso de selección. Al parecer esto era un hecho ampliamente reconocido dentro del Poder Judicial, dentro del cual esas audiencias se conocían informalmente como “el besamanos”.⁴⁰ El reciente Informe de la Mesa Interinstitucional sobre Nombramientos del Gobierno dice que no se ha “podido erradicar algunas prácticas . . . como las audiencias privadas”.⁴¹ Esto sugiere que ellas todavía se realizan, pese a la prohibición. Es más, cuando la prohibición fue creada por la CS, la decisión recibió el rechazo de varios ministros. Así fue consignado en extensos votos en contra incluidos en el auto acordado que estableció la medida.⁴² El ministro Dolmestch, por ejemplo, dijo que la prohibición infringiría u ofendería la igualdad de oportunidades de los postulantes, la independencia de los ministros de la CS, el marco legal y constitucional de la conformación de ternas, “la dignidad de los ministros y jueces”, y la “cercanía [de los ministros] con los funcionarios y la comunidad toda”. El ministro agregó que “es posible que resulten ilusorias las pretensiones finales de una presentación de real calidad”.⁴³ La oposición que suscita la medida tal vez se ha expresado también en que los ministros se sigan reuniendo con los candidatos.

Si la CS decidiera eliminar la prohibición, las audiencias privadas quedarían sometidas a ciertas obligaciones de transparencia. En mayo de 2018 la CS anunció que sus ministros deberían cumplir con una “obligación de llevar agenda pública” a partir de la segunda mitad de ese mismo año.⁴⁴

³⁹ AA CS 133-2015, Séptimo.

⁴⁰ Ver Juan Enrique Vargas Viancos, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, *Anuario de Derecho Público* 2014, 2014, 153.

⁴¹ Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019, <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>, 13.

⁴² Ver AA-CS 133-2015, votos en contra de los ministros Dolmestch; Egnem; Aránguiz; Künsemüller, Silva, Maggi, y Aránguiz; Juica, Silva y Aránguiz; Juica.

⁴³ AA CS 133-2015, voto en contra del Ministro Dolmestch.

⁴⁴ Ver auto acordado de la CS del 8 de mayo de 2019, sección 1. De acuerdo a la sección 6 del auto acordado, “[s]e acuerda que para la implementación de las medidas acordadas la Corporación Administrativa del Poder Judicial dispondrá lo pertinente dentro del plazo de tres meses”.

1.1.1.2. El Pleno de la Corte Suprema elabora la terna

El Pleno de la Corte Suprema se reúne y vota para elaborar una terna de candidatos

Una vez que la preselección y audiencias públicas han finalizado, el Pleno de la CS se debe reunir para elaborar una terna de candidatos. Por mandato de la Constitución, el Pleno de la CS elabora las ternas de candidatos en una sesión especial.⁴⁵ A ella debe asistir al menos la mayoría absoluta de los ministros.⁴⁶ Los candidatos son seleccionados mediante una votación. La misma Constitución define el sistema de votación. “[C]ada uno [de los 21 ministros de la CS] tendrá a derecho a votar por (...) dos personas”. “Resultarán elegidos quienes obtengan (...) las tres (...) primeras mayorías”. Si hay empate, “se resolverá mediante sorteo”.⁴⁷

Sin embargo, en algunos casos solo basta identificar los candidatos que obtienen las *dos* primeras mayorías. Como se observa más adelante, la Constitución reserva uno de los cupos de la terna a candidatos por razones de antigüedad. Con uno de los cupos ya definidos, la votación solo es necesaria para llenar los otros dos cupos de la terna.

Transparencia y opacidad de la sesión del Pleno de la Corte Suprema

¿Cuáles son las obligaciones de transparencia aplicables a la sesión en la cual el Pleno de la CS forma su terna de candidatos? El público no puede acceder a la sesión del Pleno. El COT establece que “las elecciones” de la CS para formar “ternas”, “listas”, y “propuestas” de futuros jueces “se harán en votación secreta”.⁴⁸ Sin embargo, algunos aspectos de la sesión son objeto de deberes de publicidad *ex post*. Un auto acordado de la CS del año 2008 establece que ella debe publicar “los resultados de las votaciones que determinaron la formación de la respectiva (...) terna” y “la individualización de quienes participaron en el acuerdo o resolución que aprobó la (...) terna y la forma como votaron en el respectivo acuerdo”.⁴⁹ Asimismo, la CS debe hacer públicos “[l]os antecedentes que posea el Poder Judicial o presenten los postulantes a los referidos cargos”.⁵⁰ Sin embargo, la misma regla agrega una excepción para los antecedentes “que sean reservados por expreso mandato constitucional o legal, o que tengan el carácter de datos sensibles”.⁵¹

Es posible que las reglas sobre secreto del COT estén en tensión con otras normas de nuestro sistema jurídico. En particular, con normas de la Constitución. El artículo 8 de la Constitución esta-

⁴⁵ Ver el artículo 78 inciso 9 de la Constitución.

⁴⁶ Ver el artículo 282 inciso 2 del COT.

⁴⁷ Artículo 78 inciso 9 de la Constitución.

⁴⁸ Artículo 282 inciso 1 del COT.

⁴⁹ Auto acordado de la CS Acta 275-2008, del 7 de noviembre de 2008 (en adelante AA CS 275 2008), 2 letra a).

⁵⁰ AA CS 275-2008, regla 2 literal a).

⁵¹ AA CS 275-2008, regla 2 literales b) y c).

blece que “[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.⁵² La misma disposición agrega que en esta materia “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto”.⁵³ La Constitución establece que la ley puede establecer reserva o secreto “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.⁵⁴ ¿Estas causales constitucionales de reserva o secreto justifican las reglas del COT que ordenan que la CS delibere respecto de los candidatos a puertas cerradas?

Impugnación de la decisión del Pleno de la Corte Suprema

¿Se puede impugnar la decisión del Pleno de la CS? Según las Bases elaboradas por la CS, un candidato o una asociación de funcionarios del Poder Judicial puede impugnar la decisión ante la misma CS. Ello cuando considere que “la terna no cumple con las formalidades establecidas o vulnera derechos establecidos en el Código Orgánico de Tribunales o las normas de concurso”.⁵⁵ Los postulantes agraviados “podrá[n] presentar dentro del plazo de tres días una reposición ante la Corte Suprema”.⁵⁶

No es claro, sin embargo, si este procedimiento de impugnación es utilizado por los postulantes agraviados. Según Soledad Piñeiro, Ministra de la CA de Valdivia y presidenta de la Asociación Nacional de Magistrados, “muchos jueces (...) no lo utilizan” y “cada cual se conforma con el resultado”. Ello se debería a que “un alto porcentaje de esas peticiones es rechazado”. Además, “muchas veces ese reclamo deja a ese candidato en un mal pie para el siguiente concurso, frente a las mismas personas que lo deben colocar en una terna”.⁵⁷

La Corte Suprema envía la terna al Gobierno

La CS debe enviar la terna de candidatos al Gobierno.⁵⁸ Además, debe comunicar “el número de votos obtenidos por los oponentes”.⁵⁹ Si uno de los candidatos que figura por razones de

⁵² Artículo 8 inciso 2 de la Constitución.

⁵³ Artículo 8 inciso 2 de la Constitución.

⁵⁴ Artículo 8 inciso 2 de la Constitución.

⁵⁵ Bases de concursos de ministros de CCAA, 14. Ver también AA CS 184-2014, Decimoquinto.

⁵⁶ Bases de concursos de ministros de CCAA, 14. Presumiblemente el plazo se cuenta a partir de la notificación de la decisión de la CS a los postulantes. Esa notificación se debe hacer por email. Ver *ibíd.*

⁵⁷ “Sistema de nombramiento de jueces ‘tiene reglas poco claras y manipulables’”, *La Segunda*, 14 de mayo de 2019, 4.

⁵⁸ Artículo 78 inciso 6 de la Constitución.

⁵⁹ Artículo 281 inciso 3 del COT.

antigüedad “hubiese sido objeto de cualquier medida disciplinaria con posterioridad a su calificación anual, en la respectiva propuesta se dejará constancia de ello y de la circunstancia de estar o no ejecutoriada la resolución respectiva”.⁶⁰

1.1.2. Criterios de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para elaborar ternas de candidatos a las cortes de apelaciones

¿Cuáles son los criterios de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para elaborar ternas de candidatos a las cortes de apelaciones? Arriba ya se ha hecho referencia a algunos de ellos. Ahora serán examinados en detalle. Se pueden clasificar en dos tipos. Primero, los requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos a las cortes de apelaciones. En términos del procedimiento resumido arriba, los requisitos mínimos son requisitos examinados por el Presidente de la CS en la etapa de preselección. Segundo, los criterios de evaluación que la CS debe utilizar para examinar candidatos que cumplen con los requisitos mínimos. En general, ellos son utilizados por el Pleno de la CS. Incluyo aquí los puntajes y rankings preparados por el Presidente de la CS, así como los criterios que se encuentran en el artículo 281 del COT--una disposición que, en buena medida, entregan a la CS una potestad discrecional.

1.1.2.1. Requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos a las cortes de apelaciones

Ciudadanía y título de abogado

Los candidatos deben ser ciudadanos chilenos y tener título de abogado. Se trata de dos requisitos comunes a todos quienes ocupan un cargo de juez establecidos que se encuentran en el COT.⁶¹

Ausencia de inhabilidades e incompatibilidades

Los candidatos que presentan ciertas inhabilidades e incompatibilidades deben ser excluidos del concurso. La ley excluye de la judicatura a quienes tengan “dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico”;⁶² quienes “se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad”;⁶³ quienes presentan ciertos antecedentes penales;⁶⁴ quienes han sido comerciantes declarados

⁶⁰ Artículo 281 inciso 2 del COT.

⁶¹ Ver el artículo 253 del COT. Ver también el artículo 252 del COT (jueces de letras) y el artículo 254 del COT (ministros de CS).

⁶² Artículo 251 del COT.

⁶³ Artículo 256 número 1 del COT.

⁶⁴ Ver el artículo 256 números 5 y 6 del COT.

en quiebra;⁶⁵ quienes han obtenido “órdenes eclesiásticas mayores”;⁶⁶ y quienes ejerzan funciones remuneradas con fondos fiscales o municipales, e.g., alcaldes, parlamentarios, y ministros de Estado, aunque excepcionalmente los jueces pueden tener cargos docentes (hasta un máximo de doce horas semanales).⁶⁷

La ley también excluye a algunos candidatos a las CCAA por razones de parentesco. Algunas reglas se refieren al parentesco con actuales miembros de una CA. Una persona no puede acceder a una CA si entre sus ministros se encuentran uno o más de (1) sus padres, abuelos, hijos, nietos, u otros “parientes consanguíneos en línea recta”; (2) los padres, abuelos, hijos, nietos, u otro parientes consanguíneos en línea recta del cónyuge o ex-cónyuge del candidato (i.e. “pariente por afinidad en línea recta” del candidato); (3) los hermanos o hermanastros del candidato, o del cónyuge o ex-cónyuge (i.e., “parientes colaterales que se hallen dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad” del candidato).⁶⁸ Lo mismo ocurre si un ministro de CA es cónyuge o conviviente civil del candidato.⁶⁹ Finalmente, ciertas relaciones de parentesco con un ministro de la Corte Suprema o su fiscal —e.g., matrimonio o acuerdo de unión civil— también son causales de exclusión de candidatos.⁷⁰

Cargos en el Poder Judicial y experiencia de juez

Los candidatos deben tener determinados cargos en el Poder Judicial. Solamente pueden postular quienes ya detenten alguno de los siguientes cargos:

- Juez de Letras (de ciudad asiento de Corte de Apelaciones).
- Juez de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (de ciudad asiento de Corte de Apelaciones).
- Juez de Garantía (de ciudad asiento de Corte de Apelaciones).
- Relator de CA.
- Secretario de CA.
- Fiscal de CA.
- Ministro de CA.⁷¹

⁶⁵ Ver el artículo 256 número 7 del COT.

⁶⁶ Ver el artículo 256 número 8 del COT.

⁶⁷ Ver artículo 261 del COT. Esta prohibición también se extiende por un año tras el término de “los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado, Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales o Gobernadores Regionales”. Artículo 257 del COT.

⁶⁸ Ver el artículo 258 del COT. Ver también los artículos 27, 28 y 31 del Código Civil.

⁶⁹ Ver el artículo 259 inciso 2 del COT.

⁷⁰ Ver el artículo 259 inciso 1 del COT. Además, el COT inhabilita a actuales ministros de la CS de tomar decisiones que pueden afectar a cónyuges, a alguien con quien tengan un acuerdo de unión civil, o a parientes. Ver el artículo 259 inciso final del COT.

⁷¹ La ley asume que algunos ministros de una CA tendrán interés en incorporarse a otra CA.

- Relator de la CS
- Secretario de la CS⁷²

Se trata de cargos del Poder Judicial a los cuales solo se puede acceder tras haber ocupado otros cargos del Poder Judicial. Es más, el COT pone frenos a la velocidad de los “ascensos”. Lo hace exigiendo que los funcionarios completen un número de años antes de ascender a un cargo superior.⁷³

Los candidatos también necesitan experiencia como jueces. Deben haber “desempeñado, efectiva y continuamente, la función de juez letrado, por un año a lo menos”.⁷⁴ Sin experiencia de juez no es posible ser ministro de CA. Así, el cargo de ministro de CA constituye una de las últimas etapas de la así llamada “carrera judicial”.⁷⁵

Curso preparatorio para el cargo de ministro de corte de apelaciones

Todos los postulantes deben completar “el programa de perfeccionamiento profesional para ser ministro [de CA]”.⁷⁶ Este curso es impartido por la Academia Judicial, un órgano público liderado por la CS.⁷⁷ Varios aspectos del curso son regulados por ley y por un reglamento elaborado por el Consejo Directivo de la Academia Judicial.⁷⁸

⁷² Ver los artículos 253 número 3, 284 literal a) y 267 incisos 3 y 4 del COT.

⁷³ Ver el artículo 280 del COT. La estructura piramidal del Poder Judicial es descrita detalladamente en los artículos 267 y 269 del COT.

⁷⁴ Artículo 253 número 3 del COT.

⁷⁵ ¿Cómo se accede a los cargos que permiten postular a las CCAA? Los abogados que han ejercido su profesión por un año postulan al cargo de juez de letras *de comuna o agrupación de comunas*. Para postular, estos abogados deben cumplir con un programa de estudios de dedicación completa. El programa es ofrecido por la Academia Judicial y dura entre seis y doce meses. Es gratuito y cuenta con becas para abogados que no son ya funcionarios del Poder Judicial. Ver el artículo 252 del COT y los artículos 8 a 12 Ley 19.346, del 18 de noviembre de 1994, Crea la Academia Judicial (en adelante, Ley de la Academia Judicial). A su vez, el cargo de juez de letras de comuna o agrupación de comunas habilita para participar en un nuevo concurso, ahora para obtener el cargo de juez de letras *de ciudad de asiento de CA*. Ver los artículos 252 y 284 literal b) del COT. En estos concursos, la CA respectiva elabora ternas de candidatos y los propone al Presidente de la República. El Presidente nombra a los jueces. Ver el artículo 78 inciso 7 de la Constitución. Por decreto, este poder presidencial ha sido delegado en el Ministro de Justicia. Ver el artículo 1, sección I.1.2, del Decreto 924 de 1981, del Ministro de Justicia, Materias que serán suscritas por las autoridades que se indican con la fórmula por orden del Presidente de la República. Ver también el artículo 35 inciso 2 de la Constitución. Tras “ascender” en esta estructura al cargo de juez de letras de ciudad de asiento de CA, se hace posible “ascender” al cargo de ministro de CA. Existen reglas similares para los otros cargos que habilitan para postular al cargo de ministro de CA. Todos estos ascensos se basan, en parte, en criterios de evaluación similares a los que discutimos a continuación respecto del cargo de ministro de CA.

⁷⁶ Artículo 253 número 3 del COT.

⁷⁷ Ver el artículo 13 de la Ley de la Academia Judicial. Sobre la Academia Judicial, ver Juan Enrique Vargas, “Chile”, en *Gobierno Judicial: Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, ed. Alberto Binder y Leonel González (Santiago: CEJA, 2018), 89.

⁷⁸ Ver el artículo 13 de la Ley de la Academia Judicial, y los artículos 37 a 39 del Reglamento General de Academia Judicial.

Todos los criterios de selección anteriores —ciudadanía y título de abogado, ausencia inhabilidades e incompatibilidades, titularidad de cargos del Poder Judicial, un año de experiencia judicial, y aprobación de un programa de perfeccionamiento— son criterios examinados en el proceso de “preselección” liderado por el Presidente de la CS. Como se ha observado arriba, solo aquellos candidatos que cumplan con estos requisitos pueden ser incluidos en el listado de candidatos que el Presidente de la CS entrega al Pleno de la CS.

1.1.2.2. La Corte Suprema tiene una potestad discrecional para seleccionar los candidatos incluidos en la terna (con una excepción)

Puntaje según pauta como mero antecedente

Como ya se anunció, el Presidente de la CS también asigna puntajes y crea un ranking de candidatos. Ellos son entregados al Pleno de la CS, que debe considerarlos. ¿En qué consisten esos puntajes? ¿Son vinculantes para el Pleno?

Los puntajes son elaborados según una pauta. Ella se encuentra en las Bases para el concurso de candidatos a las CCAA.⁷⁹ La pauta se reproduce a continuación.

Utilizando la pauta, el Presidente de la CS debe asignar puntajes a los candidatos y producir una lista de candidatos ordenados “en puntajes decrecientes”.⁸⁰ Algunas observaciones sobre esta pauta: Primero, la pauta considera la antigüedad del postulante. A mayor tiempo de experiencia judicial, durante mayor puntaje (ítem 2).⁸¹ Segundo, la pauta reconoce los logros académicos del postulante: tanto los cursos y programas de la Academia Judicial (ítems 3, 4 y 9) como los diplomados, magíster, doctorados o postdoctorados obtenidos en otras instituciones educacionales (ítem 9). Respecto al curso de la Academia Judicial para ingresar al Poder Judicial, la pauta no aplica meramente un criterio binario (como sí lo hace con otros logros académicos). También considera la nota obtenida en el curso (ítem 4). Y le entrega bastante importancia a esa nota: un máximo de siete puntos (14% del puntaje máximo total), que supera incluso al puntaje asignado a un doctorado (cinco puntos, o el 10% del puntaje máximo).⁸² Tercero, la pauta atiende al tipo de cargo del postulante (ítem 8 e, indirectamente, los ítems 1 y 2). Cuarto, la pauta considera las calificaciones asignadas por las CCAA o la CS. Respecto a estas calificaciones, la pauta ordena considerar la lista de la última calificación (si

⁷⁹ Bases de concursos de ministros de CCAA, 11-13.

⁸⁰ Bases de concursos de ministros de CCAA, 13.

⁸¹ El ítem 1 también considera la antigüedad, aunque en este caso se refiere al cargo de ministro de CA. La pauta reconoce que los ministros de una CA pueden postular al cargo de ministro de otra CA.

⁸² Los puntajes se basan en el máximo que puede ser otorgado según la pauta (50 puntos). A lo anterior las bases ordenan sumar 10 puntos si la postulación ha sido declarada admisible. Lo último debería ser irrelevante (o en otras palabras, lo único relevante para efectos del puntaje debería ser la evaluación curricular cuyo máximo es 50 puntos) tras la modificación que las reglas sufrieron en el año 2018 y que obligan a la CS a considerar solamente candidatos con postulaciones admisibles.

es Muy Buena o Sobresaliente el postulante obtiene tres puntos), y también el promedio de sus últimas tres calificaciones. Quinto, como estos ejemplos demuestran, la pauta realiza distinciones que permiten, en general, asignar puntajes de manera mecánica o no discrecional. Por ejemplo, el ítem 2 señala expresamente cuántos puntos corresponden por cada año de experiencia como juez. La asignación de puntajes no es una potestad discrecional del Presidente de la CS. Se trata de una tarea que se puede realizar más o menos de manera mecánica.

Tabla 1: Pauta de evaluación curricular de postulantes al cargo de Ministro de Corte de Apelaciones

MINISTRO C.A.		PUNTAJE	
ITEM 1	EXPERIENCIA PROFESIONAL COMO MINISTRO	10 O MÁS AÑOS	10
		9 AÑOS	9
		8 AÑOS	8
		7 AÑOS	7
		6 AÑOS	6
		SIN EXPERIENCIA O MENOS DE 5 AÑOS	0
ITEM 2	EXPERIENCIA COMO JUEZ	10 O MÁS AÑOS	10
		9 AÑOS	9
		8 AÑOS	8
		7 AÑOS	7
		6 AÑOS	6
		5 AÑOS	5
		4 AÑOS	4
		3 AÑOS	3
		2 AÑOS	2
		1 AÑO	1
	MENOS DE 1 AÑO	0	
ITEM 3	APROBACIÓN PROGRAMA DE PERFECCIONAMIENTO PROFESIONAL PARA SER MINISTRO DE CA	SI	3
		NO	0
ITEM 4	CALIFICACIÓN PROGRAMA DE FORMACIÓN DE PERFECCIONAMIENTO PROFESIONAL PARA SER MINISTRO DE CA	SE EVALUARÁ LA CALIFICACIÓN OBTENIDA	7
ITEM 5	ANTIGÜEDAD EN PJUD POSEE 5 AÑOS O MÁS EN EL PODER JUDICIAL (EN FORMA CONTINUA)	SI	3
		NO	0
ITEM 6	ÚLTIMAS 3 CALIFICACIONES	ÚLTIMA CALIFICACIÓN (SI NO CUENTA CON CALIFICACIÓN SE PUNTUARÁ CON 0 PUNTOS)	SE PROMEDIARÁN LAS 3 ÚLTIMAS NOTAS
		PENÚLTIMA CALIFICACIÓN (SI NO CUENTA CON CALIFICACIÓN SE PUNTUARÁ CON 0 PUNTOS)	
		ANTEPENÚLTIMA CALIFICACIÓN (SI NO CUENTA CON CALIFICACIÓN SE PUNTUARÁ CON 0 PUNTOS)	
ITEM 7	ÚLTIMA CALIFICACIÓN SE ENCUENTRA EN EL LISTADO DE MUY BUENA Y/O SOBRESALIENTE	SI	3
		NO	0
ITEM 8	ESCALAFÓN Y CATEGORÍA	SE ENCUENTRA EN EL MISMO ESCALAFÓN Y CATEGORÍA DEL CARGO A PROVEER	2
		SE ENCUENTRA EN UN ESCALAFÓN O CATEGORÍA DISTINTA A LA DEL CARGO A PROVEER	0
ITEM 9	ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS EN RELACIÓN AL CARGO (SÓLO SE CONSIDERARÁN AQUELLOS QUE ACREDITEN CERTIFICADO DE TÍTULO Y QUE ESTE SEA RECONOCIDO POR EL ESTADO)	POSTDOCTORADO O DOCTORADO	5
		UNO O MÁS MAGÍSTERS	4
		DIPLOMADOS QUE SUMEN MÁS DE 200 HORAS	3
		DIPLOMADOS QUE SUMEN MENOS DE 200 HORAS // CAPACITACIONES DE MÁS DE 100 HORAS EN LA ACADEMIA JUDICIAL EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS	2
		CURSOS NO RELACIONADOS O SIN FORMACIÓN COMPLEMENTARIA	0

*** En los ítems de calificaciones, cabe aclarar que se considerarán aquellas calificaciones existentes al momento de publicarse el concurso.

Fuente: “Bases específicas para concursos internos, concursos intenos/cargos titulares/escalafón primario: Ministro de Corte de Apelaciones” (sin fecha), p. 11.

Los puntajes y ranking elaborados según la pauta de las Bases no obligan al Pleno de la CS. El documento de Bases dice que los ministros deben elaborar la terna de candidatos “teniendo presente los puntajes obtenidos en el proceso de selección y la posición relativa de cada postulante en el listado de preselección”.⁸³ Pero el mismo párrafo que contiene ese mandato recuerda que “[l]a elaboración de terna deberá ajustarse a las normas establecidas en el artículo 284” del COT. Este artículo, a su vez, ordena a la CS a elegir candidatos “de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 281”.⁸⁴ El artículo 281 es una disposición de gran importancia en materia de selección de candidatos. Define los criterios de evaluación que la CS *sí debe* utilizar respecto de los candidatos que cumplen con los requisitos mínimos. Es examinado más adelante. Por ahora, lo crucial es lo siguiente: Primero, esa disposición no obliga a utilizar —ni siquiera menciona— los puntajes y ranking elaborados según la pauta de las Bases. Segundo, esa disposición establece criterios que le permiten a la CS ignorar esos puntajes y ranking. Es más, uno de esos criterios es establecido también por la Constitución. Por eso, los puntajes contemplados en las Bases son meros antecedentes. La CS es libre de ignorarlos.⁸⁵

Pese a lo anterior, es posible que los puntajes y el ranking tengan una fuerza simbólica. Como se observa abajo, la potestad de la CS para seleccionar candidatos es, en buena medida, una potestad discrecional. ¿Cómo ha de utilizarla la CS? En parte, considerando los antecedentes profesionales de los candidatos. Pues bien, los puntajes sirven como resumen de esos antecedentes. Probablemente más de un ministro los ha mirado para hacerse una opinión sobre uno o más candidatos. Es más, las Bases lo incentivan indirectamente. Ellas dicen que los “otros antecedentes [i.e., antecedentes distintos a los puntajes] acerca del mérito de los postulantes (...) deberán quedar consignados en el Acta de votación.”⁸⁶ Es difícil cumplir con ese mandato sin al menos leer cuáles son los antecedentes ya incluidos en los puntajes de los candidatos. Por estas razones, es posible que los puntajes sirvan como uno de los puntos focales de las evaluaciones y deliberaciones de los ministros de la CS.⁸⁷

⁸³ Bases de concursos de ministros de CCAA, 14. Énfasis agregado.

⁸⁴ Artículo 281 letra a) del COT.

⁸⁵ Las mismas Bases ya lo sugieren al decir que “[a]demás podrán tenerse a la vista otros antecedentes acerca del mérito de los postulantes”. Bases de concursos de ministros de CCAA, 14. Esta es una referencia al artículo 281 del COT.

⁸⁶ Bases de concursos de ministros de CCAA, 14.

⁸⁷ Tal vez ello explica la oposición que el sistema de puntajes recibe de parte de algunos ministros de la CS. Ver los votos disidentes de los ministros Ballesteros, Dolmestch, Egnem y Aránguiz en el AA CS N 184-2014, y de los ministros Juica, Dolmestch, Aránguiz, y Valderrama en el AA CS 13 marzo 2018.

Antigüedad y otros requisitos que dan derecho a un cupo de la terna

¿Cuáles son, entonces, los criterios que el Pleno de la CS sí debe aplicar para preparar la terna de candidatos? Un cupo de la terna debe ser llenado atendiendo a la antigüedad del candidato y otros requisitos que le dan a un candidato un derecho a ese cupo. La Constitución reserva un puesto en la terna al “juez letrado en lo civil o criminal más antiguo de asiento de Corte (...) que figure en lista de méritos y exprese su interés en el cargo”.⁸⁸ La ley ha complementado esa regulación. El artículo 284 letra a) del COT establece un derecho a ser incluido en la lista de candidatos para el postulante que cumpla con los siguientes tres requisitos:

- (1) ser juez de tribunal de juicio oral de asiento de CA, o juez de letras de asiento de CA, o juez de garantía de asiento de CA;
- (2) haber ocupado más tiempo en ese tipo cargo que otros postulantes (ser el “más antiguo”); y
- (3) estar “calificado en lista de méritos”.⁸⁹

El último requisito se refiere a una calificación que, todos los años, es asignada por las CCAA o la CS a los funcionarios judiciales. Dependiendo de la nota obtenida, cada funcionario se ubica en una determinada “lista”. Quienes en su última calificación han obtenido una nota entre 6 y 7 se ubican en la “lista de mérito”.⁹⁰ El COT también repite que el candidato que cumple con estas condiciones debe expresar su interés en el cargo. Si no lo hace, la CS puede ignorar su derecho.⁹¹

La CS debe incluir este tipo de postulante en las ternas que elabora. Es irrelevante el puntaje que el candidato haya recibido según la pauta de las Bases. También es irrelevante la opinión de los ministros de la CS respecto del candidato. El rol de la CS se limita a constatar que el postulante cumple con el requisito de antigüedad y los otros del art 284 del COT (junto a los requisitos formales examinados en la etapa de preselección). Si cumple con ellos, el postulante debe ser incluido en la propuesta que la CS hace al Presidente. En esta materia la CS carece de discrecionalidad.

La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto al resto de los cupos de la terna

¿Qué pasa respecto a los otros dos cupos de la terna (o a toda la terna, si ninguna persona hace uso del derecho vinculado a la antigüedad)? La respuesta se encuentra en el importante

⁸⁸ Artículo 78 inciso 5 de la Constitución.

⁸⁹ Ver el artículo 284 literal a) COT. La disposición también exige que el juez “exprese su interés por el cargo”. Esto se puede dar por asumido respecto de los jueces que postulan al concurso. Ha habido algunos debates en la CS respecto a la noción de antigüedad [por desarrollar].

⁹⁰ Ver el artículo 278 del COT. Énfasis agregado. La misma disposición establece distinciones más finas, e.g., “Lista Sobresaliente, de 6,5 a 7 puntos; lista Muy Buena, de 6 a 6,49 puntos”.

⁹¹ Ver el artículo 284 inciso final del COT.

artículo 281 inciso 1 del COT. Su texto, y algunas prácticas del Poder Judicial, sugieren esta conclusión: respecto a los cupos de la terna que no se llenan según el criterio de antigüedad (dos o tres), la Corte Suprema tiene una potestad discrecional. Para demostrar esta conclusión, es útil separar tres partes del artículo 281 inciso 1 del COT y examinarlas en detalle. Esta exégesis puede parecer bizantina. Pero es esencial para entender cómo se deben seleccionar los ministros de las CCAA y el enorme poder que la CS tiene en esta materia.⁹² Es más, la misma disposición también gobierna la selección de candidatos a la CS. Si hay un lugar en este documento donde recomiendo a los lectores detenerse, es en esta sección.

Primer criterio de evaluación del artículo 281 inciso 1 del COT: lista de las calificaciones del candidato. La primera parte de la disposición se refiere a las notas o calificaciones anuales que los candidatos han recibido respecto a la “conducta funcionaria y desempeño” en sus cargos. Estas calificaciones son asignadas por las CCAA o la CS, dependiendo del cargo del candidato.⁹³ Según las calificaciones obtenidas, los funcionarios del Poder Judicial son clasificados en diferentes categorías, o lo que el COT llama “listas”. La primera parte del artículo 281 inciso 1 del COT obliga a la CS a preferir postulantes según sus calificaciones anuales; específicamente, establece un orden lexicográfico de listas de calificaciones que la CS debe respetar. En orden descendiente: lista “sobresaliente” (notas 6,5 a 7), “muy buena” (notas 6 a 6,49), “satisfactoria” (notas 5 a 5,99), y “regular” (notas 4 a 4,99). No pueden ser incluidos en las ternas quienes se encuentran en lista “condicional” (notas 3 a 3,99) o “deficiente” (notas inferiores a 3). Dice la disposición:

Los funcionarios [i.e., candidatos] incluidos en lista Sobresaliente *tendrán derecho preferente para figurar (...) en terna* [para el cargo de ministros de CA] frente a aquéllos que se encuentren incorporados en la lista Muy Buena, éstos [los de lista Muy Buena] preferirán a los incluidos en la lista Satisfactoria, y éstos [los de lista Satisfactoria] preferirán a los incorporados a la lista Regular. Los incluidos en las otras listas [i.e., lista Condicional y lista Deficiente] no podrán figurar (...) en terna.⁹⁴

Claramente, se trata de un criterio que puede ser aplicado de manera mecánica. ¿Dónde está la fuente de la discrecionalidad de la CS? Para entenderlo, es necesario estudiar las otras dos partes del artículo 281 inciso 1 del COT.

⁹² También facilita la discusión de la selección de ministros de la CS, que también se rige por el artículo 281 inciso 1 del COT.

⁹³ Ver el artículo 273 del COT. Así, la CS no solo selecciona candidatos, sino que indirectamente influye la selección de candidatos mediante las calificaciones anuales de los funcionarios del Poder Judicial. También las CCAA, que son responsables de algunas esas calificaciones.

⁹⁴ Énfasis agregado. Las notas de cada lista son definidas en el artículo 278 inciso 3 COT.

Segundo criterio de evaluación del artículo 281 inciso 1 del COT: categoría del cargo del candidato. La segunda parte de la disposición aborda la hipótesis en la cual las listas de calificaciones son insuficientes para decidir cuáles son los candidatos que deben ser incluidos en la terna. Considere el siguiente caso hipotético. Imagine que hay cuatro candidatos que pertenecen a la lista sobresaliente. Por aplicación de la primera parte de la disposición, los cuatro candidatos tienen derecho preferente a figurar en la terna. Pero hay solo dos (o tres) cupos disponibles. El criterio de las listas no resulta decisivo. ¿Qué se debe hacer en casos como estos? La segunda parte del artículo 281 inciso 1 del COT manda considerar la *categoría del cargo* de cada candidato. Dice: “[a] igualdad de lista calificatoria, preferirán [i.e., la CS deberá preferir a] los oponentes por orden de su categoría”.⁹⁵

El “orden” de la “categoría” de los candidatos a la que se refiere la norma es una jerarquía de cargos judiciales que es definida por el mismo COT. Específicamente, se trata de una jerarquía de cargos ubicados en el así llamado “Escalafón Primario”, la lista de cargos del Poder Judicial que incluye a los jueces y otros altos funcionarios de este.⁹⁶ La jerarquía de categorías, en lo relevante para la selección de ministros de CA, es la siguiente:

- “Segunda categoría”:
 - Ministro de CA
 - Fiscal de CA
 - Relator de CS
 - Secretario de CS
- “Tercera categoría”:
 - Juez de letras (de ciudad asiento de CA)
 - Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (de ciudad asiento de CA)
 - Juez de garantía (de ciudad asiento de CA)
 - Relator de CA
 - Secretario de CA⁹⁷

Quienes se encuentran en “segunda categoría” están en una categoría superior a los de la “tercera categoría”.

La CS debe preferir a los de segunda categoría por sobre los de tercera. Así lo ordena la segunda parte del artículo 281 inciso 1 del COT. Para continuar con nuestro caso hipotético:

⁹⁵ Artículo 281 inciso 1 del COT

⁹⁶ Ver el artículo 267 del COT.

⁹⁷ Ver el artículo 267 del COT. La “primera categoría” del Escalafón Primario comprende al Presidente, ministros y fiscal judicial de la CS. El Escalafón Primario incluye siete categorías en total. En su conjunto, incluye a todos los jueces (en un sentido restringido del término: exceptuando a los abogados integrantes), relatores, secretarios, y fiscales de tribunales del Poder Judicial. Ver artículo 267 COT. También existe un “Escalafón Secundario”, dedicado a varios auxiliares de la administración de justicia. Ver el artículo 269 del COT.

imagine que hay dos cupos de la terna por llenar, cuatro candidatos tienen calificaciones de lista sobresaliente, pero uno es relator de la CS, el otro secretario de la CS, y los otros dos jueces de letras de ciudad asiento de CA. ¿Cuáles tienen un derecho preferente a ocupar un cupo de la terna? El relator de la CS y el secretario de la CS, porque ellos son de segunda categoría. Los jueces de letras son de segunda.

Nuevamente, se trata de un criterio que puede ser aplicado mecánicamente.

Tercer criterio de evaluación del artículo 281 inciso 1 del COT: los “antecedentes” del candidato. La última parte de la disposición se aplica cuando los dos criterios anteriores son insuficientes para definir la terna.

Un nuevo caso hipotético ilustra el problema. Imagine que la CS está considerando la candidatura de cuatro postulantes (nuevamente, para dos cupos). Todos tienen calificaciones de lista sobresaliente. Uno de ellos es relator de la CS, y los otros tres son jueces de letras (de asiento de CA). La CS debe dar un cupo al relator de la CS. Así lo ordena el criterio del orden de la categoría del cargo establecido por la segunda parte artículo 281 inciso 1 del COT. Respecto de los tres jueces de letras, sin embargo, esa disposición no permite discriminar candidatos. Los tres tienen “derecho preferente” para ser incluidos en la terna. Todavía queda un cupo en la terna. ¿Qué criterio debe utilizar la CS?

La respuesta la da la última parte del artículo 281 inciso 1 del COT. Dice: “y, a igualdad en ésta [a igualdad de categorías], deberá considerarse [i.e., la CS deberá considerar] el puntaje de la *última calificación* y la *antigüedad* en el cargo, *entre sus otros antecedentes*”.⁹⁸ En otras palabras, cuando la categoría de los cargos de candidatos que pertenecen a la misma lista de calificaciones es insuficiente para determinar una decisión, la CS debe considerar tres tipos de información sobre los candidatos:

(1) La CS debe mirar “adentro” de la lista de calificaciones, comparando las notas específicas de los candidatos (en particular, su última calificación). Por ejemplo, si un candidato tiene nota 6,7 y otro tiene nota 6,8, este último tiene una ventaja.

(2) La CS debe considerar cuál es el candidato con mayor antigüedad en el cargo.

(3) La CS debe considerar “otros antecedentes” distintos a las notas y la antigüedad.

Sin alterar su sentido, la disposición también podría haber dicho cuando la categoría y listas de calificaciones de los candidatos sean insuficientes como criterios de evaluación, la CS decidirá considerando todos los “antecedentes” de los candidatos que ella considere relevantes. Y

⁹⁸ Énfasis agregado. El texto completo del artículo 281 inciso 1 del COT, sin ediciones, dice: “Los funcionarios incluidos en lista Sobresaliente tendrán derecho preferente para figurar en quina o en terna frente a aquéllos que se encuentren incorporados en la lista Muy Buena, éstos preferirán a los incluidos en la lista Satisfactoria, y éstos a los incorporados a la lista Regular. Los incluidos en las otras listas no podrán figurar en quina o en terna. A igualdad de lista calificatoria, preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad en ésta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes.”

que esos antecedentes incluyen las calificaciones y la antigüedad de los candidatos, pero no se agotan en ellos.⁹⁹ Pareciera que los redactores del COT quisieron recordar o enfatizar que las notas y la antigüedad son antecedentes importantes y, al mismo tiempo, dejar claro que ellos no ponen coto al margen de decisión de la CS. Cualquier otro antecedente a la vista de la CS puede ser relevante. “Antecedentes” u “otros antecedentes” son términos indeterminados o vagos.

Por eso, cuando ha de aplicar la última parte del artículo 281 inc. 1 para seleccionar candidato, la CS cuenta con un poder discrecional. Sin perjuicio de que sus ministros deban considerar las notas y antigüedad de los candidatos, ellos tienen, en términos jurídicos, libertad para escoger al candidato que quieran.

¿Qué tan común es que la CS deba utilizar esta potestad discrecional para preparar la terna candidatos a las CCAAA? Esta es una pregunta sobre la aplicación del artículo 281 inciso 1. Al parecer, es frecuente que las listas de calificaciones —el criterio de la primera parte de la disposición— y las categorías de los cargos —el criterio de su segunda parte— sean insuficientes para determinar quiénes deben ser incluidos en las ternas. El Informe de la Mesa Interinstitucional sobre Nombramientos del Gobierno del año 2019 señala que “prácticamente todos los jueces y juezas figuran en lista sobresaliente”.¹⁰⁰ Lo mismo ha sido señalado en trabajos académicos.¹⁰¹ El Informe hace referencia a una declaración de la misma CS que reconoció el fenómeno en un auto acordado del año 2015. Según la CS, “[l]as calificaciones no permiten discriminar adecuadamente a funcionarios o empleados con desempeño superior o deficiente, lo que se refleja en que más del 90% del personal se encuentra en Lista Sobresaliente”.¹⁰² Es una hipó-

⁹⁹ Otro antecedente es singularizado por el auto acordado que define la información sobre los candidatos que debe ser puesta a disposición de la CS, y que ha sido descrita arriba en la sesión 1.1.1.1. El auto acordado en cuestión dice que la CS debe contar con acceso a “la cantidad de sentencias que les ha correspondido redactar [a los candidatos] en el año inmediatamente anterior al concurso, con indicación del tribunal o tribunales en que se pronunciaron y de las materias de que se trata”. A propósito de esta información, el mismo auto acordado dice que “[p]ara la debida ponderación de este antecedente se tendrá en consideración el promedio de causas falladas en los mismos tribunales en los períodos respectivos”. AA CS 274-2007. Pareciera que la norma reconoce como criterio de evaluación la productividad de los candidatos, medida según el volumen de casos que han fallado.

¹⁰⁰ Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019, <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>, 12.

¹⁰¹ Ya en el año 2007 Juan Enrique Vargas señalaba en que “[e]n los hechos, hoy en día las calificaciones no sirven para distinguir entre los funcionarios buenos y malos, pues prácticamente todos terminan siendo muy bien evaluados”. Juan Enrique Vargas, “Alternativas Para Estructurar El Gobierno Judicial Respetando La Independencia de Los Jueces,” en *La Judicatura Como Organización*, ed. Javier Couso y Fernando Atria (Santiago de Chile: Expansiva-IEJ, 2007), 113.

¹⁰² Ver el auto acordado de la CS Acta 142-2015, del 31 de agosto de 2015, 2.

tesis plausible que la gran mayoría de los candidatos evaluados por la CS se ubican en lista sobresaliente.¹⁰³ Es muy probable, además, que muchos candidatos pertenezcan a la misma categoría. La confluencia de estos dos fenómenos sugiere que, en los hechos, la CS frecuentemente debe tomar sus decisiones exclusivamente a la luz de la última parte del artículo 281 inciso 1 del COT. Es decir, considerando todos los antecedentes de los candidatos que considere relevantes. Descontando los casos en los cuales la antigüedad otorga un derecho a ocupar un cupo en las ternas, la CS cuenta con gran libertad para escoger quiénes se incorporan a ellas.

Este análisis del artículo 281 inciso 1 demuestra algo que ya se dijo arriba sobre los puntajes de los candidatos elaborados según la pauta de las Bases. Ellas no determinan la decisión de la CS. Las mismas Bases lo recuerdan. Afirman que la decisión de la CS se debe someter a las normas legales sobre selección —que incluyen al artículo 281 inc. 1— y enfatizan que esas normas dan libertad a la CS para considerar los “otros antecedentes acerca del mérito de los postulantes”.¹⁰⁴ Pero incluso si las Bases dijeran algo distinto, las normas que hemos revisado aquí tienen precedencia, pues tienen jerarquía legal. La ley (el COT), en definitiva, es la fuente de la potestad discrecional de la CS.

Reglas especiales sobre relatores de la Corte Suprema: ¿un mecanismo especial para acceder a las cortes de apelaciones?

La magistrada y académica María Francisca Zapata ha sostenido que “del análisis de la trayectoria de los ministros de las diversas Cortes de Apelaciones del país es posible concluir que basta el paso en cualquier calidad por el Cargo [sic] de relator de la Corte Suprema (...) para ganar en posibilidades futuras de ascenso al Cargo de Ministro [de CA]”.¹⁰⁵ Según Zapata, en

¹⁰³ El auto acordado de 2015 citó las críticas que esto suscita como una de las justificaciones que de las reformas que realizó a los procedimientos de asignación de calificaciones. Ver el auto acordado de la CS Acta N 142-2015, del 31 de agosto de 2015, p. 2. No es evidente a partir de la lectura del auto acordado que las reformas hayan producido calificaciones más diversas. Por el contrario, el mismo auto acordado crea una “presunción de correcto desempeño” para los jueces y otros funcionarios del Poder Judicial: una nota 6.7, i.e., una calificación que los ubica en lista sobresaliente y que da —según la primera parte del artículo 281 inciso 1 del COT— “derecho preferente” para ser incluido en una terna. Cómo esa presunción, y en general el auto acordado, ha impactado la diversidad de las calificaciones es una pregunta empírica que falta explorar. Si bien el Informe de la Mesa Interinstitucional señala que el 90% de los jueces es calificado en lista sobresaliente, la única evidencia que cita es el auto acordado de la CS del año 2015. Es posible, por supuesto, que esa afirmación se base también en conocimiento directo de los miembros de la mesa o de los testigos que expusieron ante la Mesa. Tantos unos como otros incluyeron actuales jueces. Ver Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019, <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>, 2.

¹⁰⁴ Ver Bases de concursos de ministros de CCAA, 14.

¹⁰⁵ María Francisca Zapata García, “Sin temor ni esperanza: Reformulación de la Carrera Judicial como base de sustitución del Sistema Judicial jerárquico por uno heterárquico en garantía de la función judicial” (Magister Gobierno y Sociedad, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Alberto Hurtado, 2011), 79.

materia de ascensos en el Poder Judicial existe “un grupo de elite conformado por los relatores de la Corte Suprema”.¹⁰⁶

Si este fenómeno es cierto, ¿cómo se explica, dada las reglas sobre selección de candidatos que hemos examinado? Primero, puede relacionarse con el segundo criterio de evaluación del artículo 281 inciso 1 del COT. Éste, como se ha visto, privilegia a quienes tienen cargos de segunda categoría por sobre los de tercera. Y la segunda categoría incluye al cargo de relator de CS. Es plausible, entonces, que el cargo de relator de la CS sea uno muy codiciado por quienes quieren obtener el cargo de ministro de las CCAA. Otro dato interesante se encuentra en las reglas sobre el nombramiento de los relatores. En principio, el rol de la CS respecto de la selección de los relatores es similar al que tiene respecto de los ministros de CCAA. La CS debe preparar ternas y proponerlas al Gobierno.¹⁰⁷ Sin embargo, el COT le ofrece a la CS un mayor control respecto a la selección de sus relatores. Dice que la CS “podrá acordar, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, omitir la terna y someter al Presidente de la República una propuesta uninominal”.¹⁰⁸ Además, el criterio de evaluación que la CS debe utilizar para seleccionar candidatos es bastante difuso: “los antecedentes de los candidatos y al resultado de un examen personal que deberá incluir el hacer relación de una o más causas”.¹⁰⁹ Estas normas le entregan a la CS bastante control respecto al nombramiento de sus relatores. Y, tal vez por esa vía, respecto a quienes están en condiciones de postular a las CCAA.

1.2. El Gobierno nombra un ministro de corte de apelaciones

El Presidente tiene la última palabra en la selección de ministros de CCAA. Su rol, por mandato de la Constitución, es “[n]ombrar a los magistrados (...) de las Cortes de Apelaciones”.¹¹⁰ Lo debe hacer “a proposición de la Corte Suprema”¹¹¹, específicamente, “a propuesta en terna” de ella.¹¹² El Presidente debe examinar la terna enviada por la CS, y escoger uno de los candidatos incluidos en ella. Pocas reglas gobiernan el procedimiento y criterios de evaluación de candidatos al cargo de ministro de CA en esta fase.

¹⁰⁶ Ver *ibíd.*, 75. Zapata agrega que sería usual que la CS también designe relatores suplentes mediante una “invitación” ausente de concursos o mecanismos similares; luego, la CS designaría algunos de esos relatores suplentes como “interinos permanentes (...) que funcionan en la práctica como Cargos [sic] titulares”. *Ibíd.*, 77.

¹⁰⁷ Ver el artículo 285 inciso 1 del COT.

¹⁰⁸ Artículo 285 inciso 1 del COT.

¹⁰⁹ Artículo 285 inciso 2 del COT. Este margen de acción es ligeramente limitado por algunos requisitos formales. Ver el artículo 285 inciso 3 del COT.

¹¹⁰ Artículo 32 N 12 de la Constitución.

¹¹¹ Artículo 32 N 12 de la Constitución.

¹¹² Artículo 78 inciso 6 de la Constitución.

1.2.1. Procedimiento que el Gobierno debe utilizar para nombrar ministros de cortes de apelaciones

Si bien la potestad de nombrar ministros de CCAA es del Presidente, también juegan un rol en esta materia el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y la Contraloría General de la República.

El Ministro de Justicia asesora al Presidente

El Ministro de Justicia debe asesorar al Presidente de la República en esta materia. Según la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia (en adelante LOC del Ministerio de Justicia), el Ministro tiene el deber legal de “[a]sesorar al Presidente de la República en los nombramientos de jueces”. Ello incluye, por supuesto, los nombramientos de ministros de CCAA.¹¹³

Cómo exactamente el Ministro asesora al Presidente es una materia no regulada. Respondiendo a una solicitud de información pública que realicé en septiembre de 2018, el Ministerio de Justicia declaró que “no existen reglamentos, resoluciones o protocolos informales a través de los cuales se asesore al Presidente de la República respecto de los postulantes a cargos en el Poder Judicial”.¹¹⁴ El mismo documento se limita a decir que el Ministro típicamente proporciona al Presidente “todos los antecedentes que son remitidos (...) por la Corte Suprema (...) respecto del cumplimiento de los requisitos legales que deben cumplir los postulantes, como del procedimiento de formación de ternas (...) para ilustrar la decisión [del Presidente]”.¹¹⁵

Las actuaciones del Ministro y sus asesores se somete a la transparencia de la Ley del Lobby

Tampoco existen reglas que establezcan deberes de transparencia o canales de participación ciudadana que sean específicas al proceso de nombramiento de ministros de CCAA. Sin embargo, las actuaciones del Ministro y sus asesores en esta materia sí son objeto de las reglas generales de la Ley del Lobby y uno de sus reglamentos.¹¹⁶ La Ley del Lobby establece obligaciones de transparencia aplicables a las reuniones de personas que intenten influenciar las decisiones del Ministro de Justicia, entre otros funcionarios del Ministerio. La Ley del Lobby dice

¹¹³ Artículo 2 letra f) del Decreto Ley 3.346, del 22 de mayo de 1980, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, LOC del Ministerio de Justicia).

¹¹⁴ Juan José Ossa Santa Cruz, Subsecretario de Justicia, “Responde solicitud de información pública”, 3 de septiembre de 2018. En poder del autor.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Ley 20.730, del 8 de marzo de 2014, Regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios (en adelante, Ley del Lobby); Decreto 71 de 2014, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios de la administración del Estado (en adelante, Reglamento de la Ley del Lobby).

que entre sus actividades reguladas se encuentra la “elaboración” y “dictación” de “actos administrativos”.¹¹⁷ El decreto de nombramiento de ministros es un acto administrativo, y el Ministro participa de su elaboración y dictación como asesor del Presidente. Es más, como se explica abajo, el Ministro debe firmar el decreto. Las obligaciones de la Ley de Lobby son aplicables al Ministro, al Subsecretario de Justicia, y a los jefes de gabinete del Ministro y del Subsecretario. También obligan a “las personas que, en razón de su función o cargo, tengan atribuciones decisorias relevantes o influyan decisivamente” en funcionarios que las tengan, “y reciban por ello regularmente una remuneración”.¹¹⁸ A primera vista, la norma incluye todos los funcionarios del Ministerio que contribuyen a la asesoría que el Ministro debe entregar al Presidente respecto al nombramiento de ministros. Esto es confirmado por normas infralegales del mismo Ministerio de Justicia.¹¹⁹ Si estos funcionarios públicos se reúnen con personas que intentan influenciar cómo ejerce su poder en materia de nombramientos de ministros de CCAA, las obligaciones de transparencia son aplicables.

El Ministerio debe publicar información sobre las reuniones: asistentes, quiénes fueron representados en la reunión, materia discutida, lugar y fecha de la reunión, entre otras materias.¹²⁰ Este “registro de audiencias públicas” debe ser publicado *online*¹²¹ “el primer día hábil del mes siguiente” a la reunión.¹²² Asumiendo que estas obligaciones son cumplidas de buena fe, el registros de audiencias del Ministerio provee una vía mediante la cual el público se puede informar sobre las presiones de que son objeto sus funcionarios en materia de nombramiento.¹²³

¹¹⁷ Artículo 5 número 1 de la Ley del Lobby.

¹¹⁸ Ver el artículo 3 de la Ley del Lobby.

¹¹⁹ El Ministro debe dictar una resolución que individualice a los funcionarios del Ministerio (distintos al mismo Ministro, el Subsecretario, y sus jefes de gabinete) que tienen atribuciones decisorias relevantes o influyen en quienes las tienen. El listado puede incluir a “funcionarios directivos tales como Jefes de División, Oficina o Unidad”. Artículo 5 del Reglamento de la Ley del Lobby. Según la Resolución Exenta Número 686 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 9 de marzo de 2016, “Establécese, que los siguientes funcionarios/as del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos serán considerados sujetos pasivos, conforme lo dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 20.730: a) Jefes/as de División, directivos, grado 3° EUS, de conformidad a lo establecido en el artículo único del DFL N° 1, de 1990, del Ministerio de Justicia. b) Jefe/a del Departamento de Personas Jurídicas, grado 4° EUS, de conformidad a lo establecido en el artículo único del DFL N° 1, de 1990, del Ministerio de Justicia”. Una de las divisiones de la Subsecretaría de Justicia es la División Judicial. Ver Ministerio de Justicia, “Organigrama”, 2018, <http://www.minjusticia.gob.cl/organigrama/>.

¹²⁰ Ver el artículo 8 número 1 de la Ley de Lobby. Ver también el Reglamento de la Ley de Lobby artículo 12.

¹²¹ Ver el artículo 9 de la Ley del Lobby y el artículo 9 del Reglamento de la Ley del Lobby.

¹²² Ver el artículo 12 inciso final del Reglamento de la Ley del Lobby. Ver también el artículo 9 de la Ley del Lobby.

¹²³ La Ley del Lobby también crea registros de “lobbistas” y “gestores de interés”, y registros de viajes y “donativos”. Ver el artículo 8 número 2 y 3, artículo 13 de la Ley de Lobby. Ello también puede servir para que el público examine el proceso mediante el cual el Ministerio participa de la selección de ministros.

Canales de participación pública de la Ley del Lobby

El Reglamento de la Ley del Lobby ha establecido un canal de participación ciudadana que puede ser aprovechado en materia de nombramientos. El Reglamento establece un sistema *on-line* para solicitar reuniones en los ministerios y otros órganos del Estado.¹²⁴ Así, el público tiene una vía expedita para pedir reuniones con funcionarios del Ministerio para entregar información sobre los candidatos. Cuando lo hacen, los funcionarios deben respetar la “igualdad de trato”.¹²⁵ El Reglamento define el deber de igualdad de trato como “el deber [de los funcionarios] de considerar a los requirentes de audiencia o reunión con respeto y deferencia, concediendo a éstos un tiempo adecuado para exponer sus peticiones”.¹²⁶ Pero la autoridad o funcionario en cuestión puede delegar la reunión a un subalterno. Y lo que es más importante, no existe un deber de otorgar las reuniones o audiencias.¹²⁷

El Presidente de la República y el Ministro de Justicia firman el decreto de nombramiento

El Presidente de la República y el Ministro de Justicia deben firmar el decreto de nombramiento. Sin la firma del Ministro de Justicia el decreto presidencial mediante el cual se nombra a los ministros es inválido. La Constitución dice que los “decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”.¹²⁸ El “ministro respectivo” en materia de nombramientos judiciales es el Ministro de Justicia.¹²⁹ Ya que es necesaria su firma, en teoría un Ministro de Justicia podría objetar un candidato que cuenta con la venia del Presidente. Pero con ello el Ministro arriesga que el Presidente lo destituya de su cargo. Como todo ministro de Estado, el Ministro de Justicia es un funcionario de “exclusiva confianza” del Presidente. El Presidente puede removerlo “a su voluntad”.¹³⁰

¹²⁴ Ver el artículo 10 inciso 2 del Reglamento de la Ley del Lobby.

¹²⁵ Artículo 8 inciso 1 del Reglamento de la Ley del Lobby.

¹²⁶ Artículo 8 inciso 3 del Reglamento de la Ley del Lobby.

¹²⁷ Ver el artículo 8 del Decreto Supremo N 71 de 2014, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares Ante las Autoridades y Funcionarios de la Administración del Estado. Ver, para la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia, <https://www.leylobby.gob.cl/solicitud/audiencia/186>. El Ministerio debe mantener este formulario de solicitud de audiencias, ver el artículo 10 del Reglamento de la Ley del Lobby.

¹²⁸ Artículo 35 inciso 2 de la Constitución.

¹²⁹ Ver la LOC Ministerio de Justicia, especialmente los artículos 1 y 2 letra f).

¹³⁰ El Presidente de la República tiene la atribución de “nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado”. Artículo 32 número 7 de la Constitución. Como todo ministro de Estado, el Ministro de Justicia es un funcionario de la “confianza exclusiva” del Presidente de la República; el Presidente puede remover a quien ocupe aquél cargo apenas pierda confianza en él o ella. Ver el artículo 32 número 8 de la Constitución.

La Contraloría General de la República toma razón del decreto de nombramiento

Los decretos presidenciales que designan ministros de CCAA se deben someter al trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República.¹³¹

1.2.2. Criterios de evaluación que el Gobierno debe utilizar para nombrar ministros de las cortes de apelaciones

1.2.2.1. Requisito mínimo: el candidato debe haber sido incluido en la terna de la Corte Suprema

El candidato nombrado por el Presidente como ministro de la CA debe ser uno incluido en la terna enviada por la CS. La Constitución establece que el Presidente seleccionará un candidato “a propuesta en terna de la Corte Suprema”.¹³²

1.2.2.2. El Gobierno tiene una potestad discrecional para seleccionar al candidato que es nombrado ministro de corte de apelaciones

Más allá de lo anterior, el Presidente es libre de escoger cualquiera de los candidatos incluidos en la terna enviada por la CS. La regulación ningún criterio sustantivo para la decisión del Presidente y del Ministro de Justicia. Su potestad para nombrar ministros de CCAA es una potestad discrecional.

2. Nombramiento de ministros de la Corte Suprema

La parte anterior nos deja bien preparados para examinar cómo se deben nombrar los ministros de la CS. En términos globales, la regulación del nombramiento de ministros de CCAA es similar, pero no idéntica, a la del nombramiento de ministros de la CS. Los 21 ministros de la CS se nombran uno a uno. Ello ocurre cuando un asiento de la CS misma queda libre, e.g., porque un ministro ha fallecido o porque se ha retirado tras haber alcanzado 75 años.¹³³ Nuevamente, la CS debe realizar un filtro inicial de candidatos y proponer una lista de candidatos al Gobierno. En este caso, la lista debe incluir cinco candidatos (es una “quina”). Como ocurre con el nombramiento de ministros de CCAA, la CS selecciona candidatos a partir de las filas del Poder Judicial. Con una importante excepción: cinco ministros de la CS deben ser “externos”, i.e., personas con título de abogado que desarrollan su profesión fuera del Poder Judicial. Una vez que el

¹³¹ Ver el artículo 1 de la Resolución N 1.600-2008 de la Contraloría General de la República.

¹³² Ver el artículo 78 inciso 6 de la Constitución. Ver también el artículo 32 número 12 de la Constitución.

¹³³ Ver el artículo 80 inciso 1 y 2 de la Constitución.

Gobierno recibe una quina debe proceder a seleccionar un candidato. Pero el Gobierno no nombra a los ministros de la CS. En cambio, el Gobierno debe proponer el candidato al Senado. Para que ese candidato sea nombrado ministro, se necesita el acuerdo de dos tercios de los senadores. A continuación se examina cómo el derecho vigente regula el procedimiento y los criterios de selección de ministros de CS. Por razones pedagógicas, y también de eficiencia, esta parte se seguirá remitiendo a la primera parte.

2.1. La Corte Suprema propone al Gobierno cinco candidatos (“quina”) para un cargo de ministro de la Corte Suprema

Tal como ocurre a propósito de la selección de ministros de CCAA, el rol de la CS en la selección de sus propios ministros consiste en proponer una lista de candidatos al Gobierno.¹³⁴ En este caso cada lista debe incluir cinco candidatos, en vez de tres.

Varias de las quinas de candidatos, pero no todas, se conforman con candidatos que tienen cargos de ministros de CCAA u otros altos cargos del Poder Judicial. De los 21 ministros de la CS, 16 deben haber ocupado cargos en el Poder Judicial al momento de ser seleccionados.¹³⁵ Pero los otros cinco ministros, dice la Constitución desde 1997, “deberán ser abogados extraños a la administración de justicia”.¹³⁶ Esta distinción entre candidatos “internos” y “externos” tiene algunas ramificaciones en la regulación, especialmente en la fase estudiada en esta sección.

2.1.1. Procedimiento que la Corte Suprema debe utilizar para preparar una quina de candidatos a la Corte Suprema

2.1.1.1. Antes de la sesión del Pleno de la CS

La Corte Suprema abre un concurso

Respecto a los candidatos externos, la Corte Suprema debe hacer un llamado a concurso. la Constitución establece expresamente que la CS debe formar quinas “previo concurso público de antecedentes”.¹³⁷ A su vez, la CS lo ha regulado mediante un auto acordado.¹³⁸ La CS debe llamar a concurso a través del Diario Oficial, un diario de circulación nacional, la página web del Poder Judicial, las CCAA, y los colegios de abogados. El auto acordado también define los antecedentes que los candidatos deben presentar ante la CS.¹³⁹ Se trata de los siguientes:

¹³⁴ Ver el artículo 78 inciso 5 de la Constitución. El Gobierno, a su vez, propone uno de esos candidatos al Senado.

¹³⁵ Ver el artículo 78 incisos 2 y 5 de la Constitución.

¹³⁶ Artículo 78 inciso 4 de la Constitución.

¹³⁷ Artículo 78 inciso 4 de la Constitución.

¹³⁸ Ver auto acordado de la CS Acta N° 148-2010 de 20 de octubre de 2010 (en adelante, AA CS 148-2010).

¹³⁹ Ver el AA CS 148-2010.

- a) Certificado de nacimiento.
- b) Certificado de antecedentes para fines especiales.
- c) Certificado de título de abogado extendido por la señora Secretaria de la Corte Suprema.
- d) Reseña curricular de títulos, grados, diplomas, cursos de especialización, de las labores profesionales y del desempeño de cargos docentes o académicos que ejerzan o hubieren ejercido y cualquier otro antecedente útil para evaluar sus méritos y el cumplimiento de la exigencia de haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública.
- e) Declaración jurada de no estar afecto a las inhabilidades previstas en los artículos 256 y 257 del Código Orgánico de Tribunales.
- f) Declaración jurada con indicación de las personas pertenecientes a los Escalafones Primario, Secundario y de Empleados del Poder Judicial respecto de las cuales se encuentren vinculados por una relación de parentesco, de matrimonio o de pareja, con o sin convivencia.¹⁴⁰

Respecto a los candidatos internos, existen reglas contradictorias en materia de concursos. Por un lado, la Constitución guarda silencio y el COT llena ese vacío diciendo que “se procederá sin previo concurso”.¹⁴¹ Por otro lado, un auto acordado de la CS establece que “[p]ara la designación, en calidad de titular, de Ministros y Fiscal de la Corte Suprema, se abrirá concurso de antecedentes, sea entre Ministros de Cortes de Apelaciones o abogados ajenos al Poder Judicial, según el caso”.¹⁴² Y otros autos acordados de la CS establecen reglas generales sobre los antecedentes que deben ser considerados por la CS, y un marco general para los concursos y selección de candidatos, dejando sus aspectos específicos a las bases y la convocatoria de cada concurso. Estas normas han sido examinadas arriba a propósito de las CCAA. Sin embargo, no he encontrado bases que regulen específicamente el concurso de candidatos internos.¹⁴³ Al menos desde la perspectiva de la regulación, no es claro qué debe hacer la CS y los posibles interesados en el cargo al inicio del proceso de selección.

Se pueden ensayar algunas hipótesis respecto a los antecedentes sobre los candidatos internos que la CS en la práctica recibe. Es posible que estos incluyan los mismos tipos de antecedentes exigidos para los candidatos a las CCAA. Como ya se advirtió, el auto acordado que los regula es de carácter general, aplicable a todo tipo de ministros y jueces. De la misma naturaleza

¹⁴⁰ AA CS 148-2010. El auto acordado agrega un antecedente: “(g) Declaración jurada de intereses a que se refiere el artículo 323 bis del Código Orgánico de Tribunales”. Sin embargo, el artículo 323 bis del COT, que exigía y detallaba el contenido de esa declaración de intereses, fue derogado en el año 2016.

¹⁴¹ Artículo 279 inciso 1 del COT. Esta norma no distingue entre candidatos internos y externos. Pero se puede entender derogada tácitamente por la Constitución respecto a los candidatos externos, para los cuales ella sí contempla concurso.

¹⁴² AA CS 275-2008.

¹⁴³ Las “Bases Generales para Proveer Cargos en el Poder Judicial” no son aplicables a la selección de ministros de la CS. Ver “Bases Generales para Proveer Cargos en el Poder Judicial” (sin fecha), p. 1.

es el auto acordado que responsabiliza al Consejo Superior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial respecto a la entrega de antecedentes que estén en sus sistemas. El Consejo probablemente también tiene esa responsabilidad respecto a los candidatos a la CS.

Además, al parecer la CS exige un antecedente adicional para quienes buscan ocupar un asiento de la corte: sentencias recientes. Según Juan Antonio Vargas, "[l]a importancia de analizar el trabajo judicial de quienes aspiran a una promoción quedó formalmente consagrada por la propia Corte Suprema desde el llamado a concurso para llenar el cargo vacante por el cese de funciones del ministro Marcos Libedinsky, donde se dispuso que se debía acompañar ‘copia de 10 fallos dictados en los últimos 3 años cuya redacción les haya correspondido efectuar’".¹⁴⁴ Este requisito habría sido consagrado en un “edicto” de la CS del año 2008, a propósito de un llamado a concurso; Vargas parece sugerir que tiene efectos generales, es decir, más allá de ese llamado a concurso. Recientemente, el Presidente de la Corte Suprema ha refirmado que ese es un antecedente que la CS pide a los candidatos internos.¹⁴⁵

¿La Corte Suprema preselecciona candidatos?

No es claro si la CS debe realizar una preselección similar a la que realiza a propósito de los nombramientos de ministros de CCAA. El auto acordado de la CS que regula el concurso para candidatos externos dice que aquellos “que cumplan los requisitos legales” pasarán a la etapa siguiente del proceso de selección (la audiencia que se describe abajo). Esto sugiere que hay una etapa de preselección, y que ella se concentra en una evaluación de requisitos formales. Es una etapa no regulada. ¿Quién debe constatar si los candidatos cumplen o con “los requisitos legales”? ¿El Presidente de la CS? ¿Cuáles son, exactamente, los requisitos legales que se deben constatar en la etapa de preselección? ¿Se aplica esa etapa a los candidatos internos? No es claro. Esto contrasta con la selección de ministros de CCAA, que es objeto de un documento de “Bases” que regula la materia. Tampoco es claro si en esa etapa se deben asignar puntajes respecto de los candidatos, tanto internos como externos. El auto acordado que establece el marco general de nombramientos los contempla.¹⁴⁶ Pero a falta de bases específicas, es una materia no regulada.

El Pleno de la Corte Suprema recibe a los candidatos externos en audiencia pública

Lo que sí es claro es que la CS debe entrevistar a los candidatos “externos”. El auto acordado que regula su concurso contempla la realización de una “audiencia pública” ante el Pleno de la

¹⁴⁴ Juan Enrique Vargas Viancos, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, *Anuario de Derecho Público 2014*, 2014, 147. La referencia de Vargas es al “Edicto de la Presidencia del 18 de noviembre de 2008”, en el cual probablemente se llamó a concurso.

¹⁴⁵ Ver “Los antecedentes judiciales que la ministra Repetto presentó al Pleno de la Corte Suprema”, *La Tercera*, 22 de mayo de 2019.

¹⁴⁶ Ver el AA CS 184-2014, octavo a undécimo.

CS.¹⁴⁷ La CS debe citar a la audiencia a todos los candidatos que cumplan con los requisitos formales de postulación. Ante el Pleno y el público, los candidatos deben realizar una “sucinta exposición” de no más de 15 minutos. La exposición debe tratar “sobre alguna de las siguientes materias: puntos de vista sobre los temas fundamentales de la administración de justicia y sobre el funcionamiento del Poder Judicial; sus antecedentes personales y cualesquiera otras relacionadas con la materia y que sean de interés”.¹⁴⁸

Los candidatos internos han sido “eximidos” de la audiencia pública ante el Pleno de la Corte Suprema

En contraste, la CS no debe llamar a los candidatos internos en una audiencia pública. La CS recientemente cambió su criterio en esta materia. Dos autos acordados de agosto del año 2015 habían exigido audiencias públicas para los candidatos internos, entre otros candidatos a cargos judiciales (e.g., candidatos a las CCAA).¹⁴⁹ La regla duró poco. En el año 2017, la CS declaró en un nuevo auto acordado que “se eximen de la fase de audiencia pública (...) los cargos de Ministros de la Corte Suprema provenientes de la carrera judicial”.¹⁵⁰

La CS justificó su decisión de “eximir” a los candidatos internos de la audiencia pública, y de mantenerla para los externos, así:

Que si bien los resultados de la audiencia pública para la provisión de cargos vacantes se han mostrado provechosos, al propender en mejor forma hacia la igualdad de expectativas y de oportunidades de todos y cada uno de los interesados en los cargos a proveer, lo cierto es que tales propósitos pierden vigor tratándose de las vacantes en las plazas de Ministro de la CS perteneciente a la carrera judicial y su Fiscal. Lo anterior, obedece principalmente a la notoria reducción del universo de candidatos con los requisitos para el cargo, en comparación a la cantidad que se presenta a los demás concursos y, junto a ello, la información que es posible desprender de los datos de desempeño acumulados durante la trayectoria judicial de cada cual como el conocimiento acopiado por años de los postulantes, tornando innecesario el trámite en cuestión.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ver el AA CS 148-2010. El AA CS 135-2015, Segundo, señala que la asistencia de los ministros de la CS a la sesión es “voluntaria”.

¹⁴⁸ AA CS 148-2010 Tercero.

¹⁴⁹ Ver el AA CS 133-2015 y AA CS 135-2015.

¹⁵⁰ Ver el auto acordado de la CS del 3 de julio de 2017 (en adelante, AA CS 3 julio 2017). La CS también eximió a los candidatos al cargo de Fiscal Judicial de la CS. Algunos ministros propusieron ir más lejos: eliminar la audiencia pública para todos los concursos del Poder Judicial. Ver el AA CS 3 julio 2017. Prevención de los ministros Juica, Egnem, Fuentes, y Aránguiz.

¹⁵¹ AA CS 3 julio 2017.

En cambio, dijo la CS, los candidatos externos “no exhiben desempeño previo en el Poder Judicial”.¹⁵²

Audiencias privadas y agendas públicas de reuniones

Más allá de las audiencias públicas, ¿se permiten las audiencias privadas entre candidatos (internos o externos) y los ministros de la CS? En esta materia rige la misma regla sobre audiencias privadas aplicable a la selección de ministros de CCAA. Los candidatos y los ministros de la CS deben abstenerse de pedir o realizar audiencias privadas.¹⁵³ Esa regla no fue modificada por el auto acordado que eliminó las audiencias públicas para los candidatos internos.¹⁵⁴ Cualquiera sea el tipo de candidato en cuestión, las entrevistas privadas están prohibidas.

Sin embargo, nuevamente se puede preguntar si esa prohibición se cumple en la práctica. Tal como se observó respecto a los ministros de CCAA, en el año 2015 varios ministros de la CS se opusieron a prohibir las audiencias privadas y a crear las públicas. Es más, cuando la CS eliminó la audiencia pública para los candidatos internos a la CS, tres ministros disidentes sonaron una alarma. Dijeron que como consecuencia de este giro regulatorio “el otorgamiento de audiencias privadas (...) pudieran resurgir”.¹⁵⁵

En cualquier caso, si la CS expresamente permitiera las audiencias privadas —o si los ministros las realizaran con candidatos internos creyendo que ellas han sido implícitamente permitidas por la eliminación de la audiencia pública— esas reuniones tendrían que hacerse públicas *ex post*. Como se anunció a propósito del nombramiento de ministros de CCAA, a partir de mediados de 2018, los ministros de la CS deberán cumplir con una “obligación de llevar agenda pública”.¹⁵⁶

2.1.1.2. El Pleno de la Corte Suprema elabora una quina de candidatos

El Pleno de la Corte Suprema se reúne y vota para elaborar la quina de candidatos

El Pleno de la CS realiza una sesión especial para preparar la quina de candidatos. Esta sesión se somete a las mismas reglas de publicidad y secreto de la sesión en la cual el Pleno elabora una terna de candidatos al cargo de ministro de CA. Por orden del COT, la sesión se debe hacer a puerta cerradas, pero un auto acordado de la CS manda que el resultado de las votaciones sea publicado *ex post*.¹⁵⁷ Por las mismas razones expuestas arriba, las reglas de secreto tal vez están en tensión con la Constitución.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Ver el AA CS 133-2015, Séptimo y Octavo.

¹⁵⁴ Ver el AA CS 3 julio 2017.

¹⁵⁵ AA CS 3 julio 2017. Voto en contra de ministros Muñoz G., Muñoz S., y Cerda.

¹⁵⁶ Ver auto acordado de la CS del 8 de mayo de 2019, sección 1. De acuerdo con la sección 6 del auto acordado, “[s]e acuerda que para la implementación de las medidas acordadas la Corporación Administrativa del Poder Judicial dispondrá lo pertinente dentro del plazo de tres meses”.

¹⁵⁷ Ver, respectivamente, el artículo 282 inciso 1 del COT y el AA CS 275-2008, 2 letra a).

El sistema de votación es similar al establecido por la Constitución para la selección de ministros de CCAA. “[C]ada uno [de los 21 ministros de la CS] tendrá a derecho a votar por (...) tres (...) personas (...). Resultarán elegidos quienes obtengan las cinco (...) primeras mayorías (...). El empate se resolverá mediante sorteo”.¹⁵⁸ En muchos casos, sin embargo, basta con determinar las *cuatro* primeras mayorías. Un cupo se puede llenar automáticamente por razones de antigüedad, como se explica abajo.

Impugnación de la decisión del Pleno de la Corte Suprema

No es claro cómo los candidatos pueden impugnar la decisión de la CS. Aquí solo rigen las reglas generales de la CS sobre nombramientos. Según una de ellas, las bases de cada concurso “deben explicar con claridad el procedimiento a seguirse”. Ese procedimiento “abarca”, entre otras materias, “la impugnabilidad”.¹⁵⁹ Pero no hay bases generales en materia de selección de candidatos a las CS. Ello contrasta con la situación de los candidatos a las CCAA, cuyas Bases generales establecen (de manera superficial) un procedimiento de impugnación. Así, respecto a los candidatos a la CS la cuestión queda entregada a las bases específicas de cada concurso abierto por la CS.

La Corte Suprema envía la quina de candidatos al Gobierno

Finalmente, la CS debe enviar la quina de candidatos al Presidente de la República.¹⁶⁰ Tal como ocurre respecto a los candidatos a las CCAA, la CS también debe incluir en la propuesta los votos obtenidos por cada candidato.¹⁶¹

2.1.2. Criterios de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para elaborar una quina de candidatos a la Corte Suprema

2.1.2.1. Requisitos mínimos que deben cumplir los candidatos a la Corte Suprema

Ciudadanía y título de abogado

Los candidatos internos y externos deben ser ciudadanos chilenos y tener título de abogado. Así lo exige el COT, en las mismas reglas aplicables a los candidatos a las CCAA.¹⁶²

¹⁵⁸ Artículo 78 inciso 9 de la Constitución.

¹⁵⁹ AA CS 184-2014, segundo. Ver también el AA CS 184-2014, duodécimo, que dice: “[l]a decisión con que se ponga término al concurso será impugnante ante el superior jerárquico de aquél que lo haya definido, bajo las formas y plazos que en cada caso fijen las bases respectivas”.

¹⁶⁰ Ver el artículo 78 inciso 1 Constitución y el artículo 283 del COT.

¹⁶¹ Ver el artículo 281 inciso 3 del COT.

¹⁶² Ver el artículo 254 del COT. La Constitución parece referirse a estos y otros requisitos del COT (las inhabilidades e incompatibilidades) cuando dice que los ministros externos deberán cumplir con los “los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva.” Artículo 78 inciso 4 de la Constitución.

Ausencia de Inhabilidades e incompatibilidades

Las inhabilidades e incompatibilidades resumidas a propósito de la selección de ministros de CCAA son aplicables a los candidatos al cargo de ministros de CS. Con una importante excepción: las reglas sobre parentesco como causal de inhabilidad para ocupar el cargo. El COT guarda silencio sobre esta última materia.¹⁶³ Nuevamente, la regulación no hace distinciones entre candidatos internos y externos.¹⁶⁴

Cargos del Poder Judicial (candidatos internos)

Para postular a uno de los quince cargos de ministro interno, los interesados deben desempeñarse actualmente en cargos del Poder Judicial. Respecto a la selección de ministros internos, la Constitución dice que la CS “formará la nómina exclusivamente con integrantes de [el Poder Judicial]”.¹⁶⁵

¿Cuáles cargos del Poder Judicial, exactamente, habilitan para postular al cargo de ministro interno? Uno de ellos es el de ministro de CA. Después de todo, la regulación reserva un cupo de cada quina a un ministro de CA que cumpla con ciertas condiciones, como se explica abajo. Respecto a los otros cupos, la regulación omite una respuesta detallada, en contraste con las reglas de la selección de ministros de CCAA. El COT dice que los candidatos deben ser miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial.¹⁶⁶ Pero esta categoría abarca desde los ministros de la CS hasta los secretarios de los juzgados de letras de comuna o agrupación de comunas.¹⁶⁷ La ley permite que candidatos que no podrían postular a un concurso para seleccionar ministros de CCAA —e.g., jueces de letras de comuna o secretarios de juzgados de letras— postulen al cargo de ministro de CS. Es un hecho notorio, sin embargo, que los postulantes típicos —y los candidatos típicamente incluidos en las quinas— ocupen cargos de ministro de CA. Ello se debe, probablemente, a que la categoría del cargo de los postulantes dentro del Escalafón Primario tiene gran relevancia como criterio de evaluación, tal como se explica abajo.

Quince años de título de abogado y experiencia laboral destacada (candidatos externos)

La Constitución establece dos requisitos para los candidatos externos, más allá de los que tienen en común con los internos. Primero, los ministros externos deben “tener a lo menos

¹⁶³ Además, como ya se observó a propósito de los nombramientos de ministros de CCAA, el COT inhabilita a actuales ministros de la CS de tomar decisiones que pueden afectar a cónyuges, a alguien con quien tengan un acuerdo de unión civil, o a parientes. Ver el artículo 259 inciso final del COT.

¹⁶⁴ Ver los artículos 251, 256, 257 y 261 del COT.

¹⁶⁵ Ver el artículo 78 inciso 5 de la Constitución.

¹⁶⁶ Ver el artículo 254 N° 3 del COT.

¹⁶⁷ Ver el artículo 267 del COT.

quince años de título [de abogado]”.¹⁶⁸ Segundo, estos ministros se deben haber “destacado en la actividad profesional o universitaria”.¹⁶⁹

2.1.2.2. La Corte Suprema tiene una potestad discrecional para seleccionar los candidatos incluidos en la quina (con una excepción)

Antigüedad y otros requisitos que dan derecho a un cupo en la quina a un candidato interno

Tal como ocurre respecto de la selección de ministros de CCAA, la Constitución reserva un cupo de la lista de candidatos (la quina) creada por la CS para una categoría especial de candidatos. La Constitución dice que en cada quina de candidatos internos “deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos”; el COT repite la misma idea.¹⁷⁰ La CS carece de libertad para excluir de la quina al candidato que cumpla con estas condiciones. Ese candidato ni siquiera necesita expresar su interés en el cargo.¹⁷¹

La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto al resto de los cupos para candidatos internos

La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto al resto de los cupos para candidatos internos. Respecto de ellos, la CS debe utilizar los criterios que se encuentran en el artículo 281 del COT.¹⁷² Esa disposición ya ha sido analizada en este documento a propósito de la selección de ministros de CCAA. Si bien el extracto de la disposición incluido arriba solo se refiere a las ternas de candidatos a las CCAA, el texto completo incluye también las quinas de

¹⁶⁸ Artículo 78 inciso 4 Constitución. El COT se refiere a este requisito de manera ligeramente distinta. En vez de exigir quince años de “título” de abogado, exige que los candidatos hayan “ejercido” su profesión por quince años. Ver artículo 254 COT N° 4. Esta inconsistencia puede crear problemas interpretativos. La facultad de defender derechos es un elemento de este concepto jurídico de abogado (ver el artículo 520 del COT). ¿Ejerce la profesión de abogado —en el sentido del artículo 254 del COT— quien no utiliza esa facultad, por ejemplo, un profesor de derecho abocado exclusivamente a sus tareas académicas?

¹⁶⁹ Artículo 78 inciso 4 de la Constitución.

¹⁷⁰ Ver el artículo 78 inciso 5 de la Constitución y el artículo 283 del COT. La antigüedad del cargo a la que se refiere la Constitución admite al menos dos significados. Una primera interpretación es que consiste en el tiempo durante el cual el postulante ha ocupado el cargo de ministro de apelaciones. Una segunda interpretación considera el tiempo durante el cual el postulante ha ocupado cualquier cargo de la segunda categoría del Escalafón General de Antigüedad del Poder Judicial. Esta categoría comprende los ministros de CCAA, pero también los fiscales judiciales de las CCAA, y relatores y secretarios de la CS. De acuerdo con esta interpretación, un ministro de CA que postula a la CS podría sumar el tiempo que ha ejercido como tal y el tiempo durante el cual ejerció otros cargos de la segunda categoría. En suma, “más antiguo” se puede entender en un sentido coloquial o en el sentido técnico del COT. La CS rechazó el sentido técnico, y ordenó preferir al ministro de CA “que haya desempeñado esta función durante el mayor periodo de tiempo”. Auto acordado de la CS 896-2012, del 20 de julio de 2012.

¹⁷¹ Comparar el inciso 5 y el inciso 8 del artículo 78 de la Constitución.

¹⁷² Ver el artículo 283 del COT. Esta disposición dice que “[l]os otros cuatro lugares [de la quina] se llenarán conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 281”.

candidatos a la CS.¹⁷³ A continuación, solo se resumen los principales puntos del análisis del artículo 281 del COT que ya se hizo arriba, adaptándolos cuando sea necesario para dar cuenta de su aplicación a la selección de candidatos a la CS.

La CS debe seleccionar candidatos atendiendo a su ubicación en “listas” según las calificaciones anuales que han recibido. Al mismo tiempo, en la práctica este criterio parece ser insuficiente para determinar quiénes han de ser incluidos en la quina. La gran mayoría de los postulantes pertenecen a la misma lista.

Si el criterio anterior es insuficiente para elaborar la quina, la CS debe considerar la categoría de los cargos de los postulantes. Esto ayuda a entender porqué, como se observó arriba, típicamente los candidatos escogidos por la CS son ministros de CCAA. La categoría más alta que la CS puede considerar en esta materia es la primera categoría del Escalafón Primario. Ésta solo contempla un cargo que habilita para postular a la CS: el de fiscal judicial de la CS. Es un cargo detentado por una sola persona.¹⁷⁴ A su vez, tres cargos de la segunda categoría —fiscales de CCAA, relatores de la CS, y secretario de la CS— son ocupados por 43 personas. El cuarto y último tipo de cargo incluido en esa categoría es el de ministro de CA, un cargo ocupado por 161 personas.¹⁷⁵ Es decir, en esas dos categorías se agrupan 244 personas, una gran mayoría conformada por ministros de CCAA. No sorprende, entonces, que cuando la CS debe crear quinas para uno de los 16 cargos de ministro interno de la CS, lo haga con personas que tienen el cargo de ministro de CA. Esto resulta de la aplicación de la segunda parte del artículo 281 inciso 1 del COT —i.e., el criterio de las categorías de los cargos.¹⁷⁶

Los números de potenciales candidatos recién revisados, y de cargos disponibles, hacen probable que la CS típicamente se encuentre con un superávit de candidatos.¹⁷⁷ En esos casos, la CS debe aplicar la última parte del artículo 281 del COT: “deberá considerarse el puntaje de la

¹⁷³ El texto completo del artículo 281 inciso 1 del COT dice: “Los funcionarios incluidos en lista Sobresaliente tendrán derecho preferente para figurar en quina o en terna frente a aquéllos que se encuentren incorporados en la lista Muy Buena, éstos preferirán a los incluidos en la lista Satisfactoria, y éstos a los incorporados a la lista Regular. Los incluidos en las otras listas no podrán figurar en quina o en terna. A igualdad de lista calificatoria, preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad en ésta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes”.

¹⁷⁴ Ver el artículo 93 inciso 4 del COT. Los otros cargos de primera categoría son el de presidente y ministros de la CS. Ver el artículo 267 inciso 2 del COT.

¹⁷⁵ Según el COT, hay 34 fiscales de CCAA, 8 relatores de la CS, y un secretario de la CS. Ver, respectivamente, los artículos 58 (fiscales de CCAA) y 93 inciso 4 (relatores y secretario de la CS) del COT. Respecto al número de ministros de CCAA, ver el artículo 56 del COT.

¹⁷⁶ También puede contribuir a ello las reglas que dan un derecho a un cupo en la quina al ministro de CA más antiguo que se encuentre en lista de méritos.

¹⁷⁷ En el año 2018, por ejemplo, la CS tuvo que elaborar una quina a partir de un grupo de catorce postulantes. Ver “Corte Suprema eligió quina de donde saldrá nuevo ministro” <http://colegioabogados.cl/corte-suprema-eligio-quina-donde-saldrá-nuevo-ministro/>

última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes”.¹⁷⁸ Como ya se demostró, este es un criterio indeterminado que le entrega amplia discrecionalidad a la CS. Por lo tanto, en materia de selección de candidatos internos a la CS, ella cuenta con una potestad discrecional.

La Corte Suprema tiene una potestad discrecional respecto a los candidatos externos

La Corte Suprema también tiene una potestad discrecional respecto a los candidatos externos. Los únicos requisitos establecidos en esta materia son los mínimos. Por supuesto, entre esos requisitos se encuentra que los candidatos tengan “a lo menos quince años de título [de abogado]”¹⁷⁹ y que se hayan “destacado en la actividad profesional o universitaria”. Pero cientos o miles de abogados satisfacen estas condiciones. Es probable que la CS enfrente un superávit de candidatos externos. En esos casos, su potestad es esencialmente discrecional.¹⁸⁰

2.2. El Gobierno propone al Senado un candidato a la Corte Suprema

Una vez que la CS envía al Gobierno una quina de candidatos a la CS (de candidatos internos o externos), el Gobierno debe seleccionar a uno de esos. Ello no basta, sin embargo, para nombrar a un ministro. A diferencia de lo que ocurre respecto de los nombramientos de ministros de CCAA, la decisión del Presidente constituye solo una propuesta para el Senado.¹⁸¹ Más allá de lo anterior, y un par de cuestiones más, la fase del Gobierno se somete a las mismas reglas descritas a propósito del nombramiento de ministros de CCAA.

2.2.1. Procedimiento que el Gobierno debe utilizar para seleccionar al candidato a la Corte Suprema que propone al Senado

La mayoría de las reglas procedimentales revisadas a propósito de los candidatos a las CCAA rigen también a propósito de los candidatos a la CS. En esta materia, el Ministro de Justicia debe

¹⁷⁸ Artículo 281 inciso 1 del COT.

¹⁷⁹ Artículo 78 inciso 4 Constitución. El COT se refiere a este requisito de manera ligeramente distinta. En vez de exigir quince años de “título” de abogado, exige que los candidatos hayan “ejercido” su profesión por quince años. Ver artículo 254 COT N° 4. Esta inconsistencia puede crear problemas interpretativos. La facultad de defender derechos es un elemento de este concepto jurídico de abogado (ver el artículo 520 del COT). ¿Ejerce la profesión de abogado —en el sentido del artículo 254 del COT— quien no utiliza esa facultad, por ejemplo, un profesor de derecho abocado exclusivamente a sus tareas académicas?

¹⁸⁰ Par un estudio sobre cómo la CS ha ocupado esta potestad discrecional, ver Andrés Hernando y Lucas Sierra, “El nombramiento de ministros a la Corte Suprema: Caracterización de una práctica (1990-2019)”, en *Puntos de Referencia*, N° 501 enero 2019,

https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20190118/asocfile/20190118132757/pder501_lsierra_ahernando.pdf

¹⁸¹ Ver artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

asesorar al Presidente.¹⁸² El Ministro también debe firmar el decreto que pone fin a esta etapa.¹⁸³ El mismo Ministro, y otros funcionarios del Ministerio de Justicia, están sujetos a obligaciones de transparencia de la Ley del Lobby. Los ciudadanos también cuentan con el canal de participación creado por el Reglamento de la Ley de Lobby. Finalmente, los decretos presidenciales que proponen candidatos a las CS se deben someter al trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República.¹⁸⁴

Como ya se adelantó, el Presidente debe cumplir con una obligación adicional: comunicar su propuesta al Senado.¹⁸⁵

2.2.2. Criterios de evaluación que el Gobierno debe utilizar para seleccionar al candidato a la Corte Suprema que propone al Senado

2.2.2.1. Requisito mínimo: el candidato figura en la quina elaborada por la Corte Suprema

Nuevamente, la Constitución exige que el candidato seleccionado por el Presidente se uno de los candidatos seleccionados por la CS.¹⁸⁶ Es decir, uno de los candidatos incluidos en la quina de la CS.

2.2.2.2. El Gobierno tiene una potestad discrecional para seleccionar al candidato de la quina que propone al Senado

Potestad discrecional del Gobierno

Más allá de lo anterior, tanto para los candidatos internos como externos, la regulación no contempla ningún criterio de evaluación que el Presidente deba utilizar para elaborar su propuesta. En esta materia, y tal como ocurre en materia de selección de ministros de CCCA, el Gobierno cuenta con discrecionalidad.

Cuoteo político como criterio informal para seleccionar propuesta de candidato a la CS

Al ejercer su potestad discrecional, sin embargo, el Gobierno suele seguir un criterio de cuoteo político. Este criterio es una consecuencia indirecta de las reglas que definen el quórum que se debe alcanzar en el Senado para aprobar la propuesta del Gobierno. El criterio será descrito en detalle en la siguiente sección.

¹⁸² Ver artículo 2 letra f) de la LOC Ministerio de Justicia y artículo 35 de la Constitución.

¹⁸³ Ver *ibíd.*

¹⁸⁴ Ver el artículo 1 de la Resolución N 1.600-2008 de la Contraloría General de la República.

¹⁸⁵ Ver el artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

¹⁸⁶ Ver *ibíd.*

2.3. El Senado aprueba o rechaza el candidato a la Corte Suprema propuesto por el Gobierno

La última fase del nombramiento de ministros de la CS se da en el Senado. Para que una persona sea nombrada ministro de la CS, dice la Constitución, la propuesta del Presidente debe recibir el “acuerdo del Senado”.¹⁸⁷ Las reglas que gobiernan la decisión de los senadores se resumen a continuación.

2.3.1. Procedimiento que el Senado debe utilizar para pronunciarse respecto al candidato del Gobierno

2.3.1.1. Plazo

En principio, el Senado no tiene un plazo para tomar una decisión respecto de la propuesta del Presidente. Las reglas constitucionales que definen la atribución del Senado para aprobar el nombramiento de los ministros de la CS no contienen referencia alguna a plazos.¹⁸⁸

Sin embargo, el Presidente de la República puede crear un plazo para el Senado, i.e., hacer presente una “urgencia”. Según la Constitución, una de las atribuciones exclusivas del Senado es “[p]restar o negar su consentimiento a los actos del Presidente de la República, en los casos en que la Constitución o la ley lo requieran”.¹⁸⁹ En estos casos, agrega la Constitución, el Presidente puede hacer presente una urgencia.¹⁹⁰ Cuando lo hace, el Senado tiene 30 días para pronunciarse, contados desde el momento que se pide la urgencia. Si el Senado no se pronuncia en ese plazo, dice la Constitución, “se tendrá por otorgado su asentimiento”.¹⁹¹ Esta regla ha sido invocada en procesos de nombramiento de ministros de la CS para crear urgencias.¹⁹² Este uso de la regla supone que el nombramiento de ministros de la CS es un “acto del Presidente”. Esa premisa encuentra sustento en varias disposiciones de la misma Constitución.¹⁹³

No es claro cómo ha de computarse el plazo de 30 días. La Constitución no lo dice. La Ley Orgánica Constitucional del Congreso (en adelante, LOC del Congreso) también guarda silencio.

¹⁸⁷ Ver el artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

¹⁸⁸ Ver los artículos 53 número 9 y 78 inciso 3 de la Constitución.

¹⁸⁹ Artículo 53 número 5 de la Constitución.

¹⁹⁰ La Constitución también regula las urgencias del proceso legislativo. Lo hace en disposiciones distintas. Ver los artículos 55, 74 y 77 de la Constitución.

¹⁹¹ Artículo 53 número 5 de la Constitución.

¹⁹² Por ejemplo, el Presidente hizo presente una urgencia a propósito de la candidata Dobra Lusic, “Postulación de Lusic a la Suprema pierde apoyos y el Gobierno se desmarca de su designación”, *El Mercurio*, 14 de mayo de 2019, C2.

¹⁹³ Ver el artículo 32 número 12 de la Constitución.

Esta ley solamente regula las urgencias del proceso legislativo.¹⁹⁴ No se refiere a la urgencia aplicable al acuerdo del Senado respecto a los candidatos a la CS ni en general al consentimiento del Senado a los actos del Presidente. Pero tal vez las reglas de la LOC del Congreso se pueden utilizar para llenar ese vacío normativo. En particular, la siguiente regla: “[l]os plazos de días establecidos en esta ley serán de días hábiles, con excepción de los que digan relación con la tramitación de las urgencias”.¹⁹⁵ La implicancia de esa regla para la urgencia en materia de nombramientos es que esta se debería computar utilizando días corridos (todos los días, sin descontar feriados de ningún tipo).

2.3.1.2. Antes de la sesión de la Sala del Senado

La Comisión de Constitución del Senado entrevista al candidato del Gobierno y produce un informe

La Comisión de Constitución del Senado debe entrevistar al candidato del Gobierno. La fase del Senado se debe iniciar con una evaluación del candidato por la Comisión de Constitución. Para ello, la Comisión suele recibir al candidato en una audiencia, aunque no tiene un deber legal de hacerlo. Tras la audiencia, la Comisión debe hacer una recomendación al Senado —a favor o en contra del candidato— y justificar su decisión. Ello se expresa en un informe que debe ser puesto a disposición de todos los senadores.

La Comisión de Constitución es una de las comisiones permanentes del Senado.¹⁹⁶ Se compone de cinco senadores.¹⁹⁷ Ellos “serán elegidos por el Senado a propuesta del Presidente [del Senado] y durarán en sus cargos por todo el período legislativo”.¹⁹⁸ La Comisión tiene un quórum de funcionamiento de la mayoría de sus miembros, i.e., tres senadores. Adopta sus decisiones por mayoría absoluta de los miembros presentes.¹⁹⁹ Otros senadores pueden participar en las sesiones de la Comisión: “[l]os Senadores que no sean miembros de una Comisión podrán concurrir a sus sesiones, participar en sus debates y formular indicaciones; pero no tendrán derecho a voto”.²⁰⁰

¹⁹⁴ Ver los artículos 26, 27, 28, y 29 de la LOC del Congreso. Algo similar se puede decir respecto del Reglamento del Senado, cuyo foco principal son las urgencias legislativas. Ver sus artículos 145 a 153. Sin embargo, el Reglamento del Senado contiene algunas reglas generales que se pueden utilizar para resolver algunas preguntas suscitadas respecto de la urgencia en materia de nombramientos (ver e.g. sus artículos 182 y 184).

¹⁹⁵ Artículo 70 de la LOC del Congreso. Una regla similar se encuentra en el Reglamento del Senado, ver su artículo 238.

¹⁹⁶ Ver el artículo 27 del Reglamento del Senado.

¹⁹⁷ Ver el artículo 29 del Reglamento del Senado.

¹⁹⁸ Ver el artículo 30 inciso 2 del Reglamento del Senado.

¹⁹⁹ Ver el artículo 33 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²⁰⁰ Ver el artículo 33 inciso 3 del Reglamento del Senado.

El examen previo de la Comisión de Constitución es un requisito establecido en el Reglamento del Senado. Éste dice que “[l]os asuntos que importen el ejercicio de alguna de las demás atribuciones constitucionales exclusivas del Senado, no podrán resolverse sin informe de la Comisión que corresponda”.²⁰¹ Una atribución constitucional exclusiva del Senado es aprobar los candidatos a la CS propuestos por el Gobierno.²⁰² Por lo tanto, antes de que el Senado apruebe un candidato a la CS, una comisión del Senado debe emitir un informe sobre ese candidato. Esa tarea le corresponde a la Comisión de Constitución, tal como lo sugiere su nombre oficial — Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Así lo confirma la práctica del Senado.

Según las reglas generales sobre las comisiones del Senado, el informe debe dar cuenta de “los asistentes a sus sesiones, de sus debates, de los antecedentes y documentos considerados, de los acuerdos alcanzados y sus fundamentos esenciales y del resultado de las votaciones, debidamente individualizadas”.²⁰³ El informe debe dar cuenta de las opiniones de la mayoría y la minoría.²⁰⁴ ¿Cómo se define lo que constituye opinión de mayoría o de minoría? Los acuerdos de las comisiones se adoptan “por mayoría absoluta de presentes”.²⁰⁵ En cualquier caso, “los Senadores que no se conformen con la opinión de la mayoría podrán presentar, por separado, su informe particular”.²⁰⁶

¿Qué debe hacer la Comisión de Constitución para recabar información que le permita elaborar el informe? La regulación general sobre las comisiones del Reglamento del Senado dice:

Las Comisiones reunirán los antecedentes y estudiarán los hechos que estimen necesarios para informar al Senado. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates; hacerse asesorar de cualquier especialista en la materia en estudio, y oír a las instituciones y personas que estimen conveniente.²⁰⁷

²⁰¹ Artículo 205 del Reglamento del Senado (actualizado al 2 de septiembre de 2015), disponible en <http://www.senado.cl/reglamento-del-senado/senado/2012-11-07/110101.html> [en adelante RS].

²⁰² Ver el artículo 53 número 9 de la Constitución.

²⁰³ Artículo 5A inciso 6 de la LOC Congreso. Ver también el artículo 40 del Reglamento del Senado.

²⁰⁴ Ver el artículo 40 inciso 2 del Reglamento del Senado.

²⁰⁵ Artículo 33 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²⁰⁶ Artículo 40 inciso 2 del Reglamento del Senado.

²⁰⁷ Artículo 38 inciso 1 del Reglamento del Senado.

Reglas similares se encuentran en la LOC del Congreso.²⁰⁸ Es un hecho notorio que, como ocurre en otras materias, antes de elaborar su informe la Comisión típicamente realiza una audiencia en la que recibe al candidato a la CS. El candidato es típicamente acompañado por representantes del Gobierno.

La LOC del Congreso, el Reglamento del Senado, y otros textos jurídicos regulan varios aspectos del funcionamiento las comisiones del Senado. Sus reglas son aplicables a la Comisión de Constitución y la audiencia en la que recibe al candidato a la CS del Gobierno.²⁰⁹ A continuación se describen las reglas sobre transparencia aplicables al trabajo de la Comisión.

Transparencia aplicable a la audiencia y el informe de la Comisión de Constitución

La LOC del Congreso cierra las puertas de la audiencia al público, a menos que la Comisión —con los votos de tres senadores— permita la asistencia del público. La ley dice que “las sesiones de comisión se realizarán sin la asistencia de público, salvo acuerdo en contrario adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros.”²¹⁰ La Comisión puede abrir las puertas de la audiencia al público, pero en principio ellas se mantienen cerradas.

No es claro si la regulación exige que la Comisión transmita la audiencia en vivo por medios audiovisuales. La LOC del Congreso establece que la transparencia es un fin que debe inspirar las actuaciones de la Comisión: “[l]os (...) senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia”.²¹¹ Agrega la ley que “[e]l principio de transparencia consiste en permitir y promover el conocimiento y publicidad de los actos y resoluciones que adopten los (...) senadores en el ejercicio de sus funciones (...) en la Sala y las comisiones, (...) y de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen.”²¹² ¿El “pleno respeto” del principio de la transparencia exige que la Comisión transmita en vivo la audiencia? La LOC del Congreso no utiliza un lenguaje preciso en esta materia. Los términos “conocimiento” y “publicidad” son indeterminados. Y la ley se refiere a la transparencia como un “principio”. Este término se suele entender como un mandato de buscar un fin teniendo en consideración o ponderándolo con otros fines legítimos.²¹³

La interpretación más plausible de estas normas es que ellas sí exigen la transmisión en vivo de la audiencia. Después de todo, transmitirla es algo fácil de hacer en el contexto tecnológico actual. El Senado puede aprovechar las plataformas online como YouTube, “teléfonos inteligentes” u otros dispositivos que cuentan con cámaras y micrófonos que se pueden conectar a Internet, y el amplio

²⁰⁸ Ver los artículos 9, 9A, y 22 de la LOC del Congreso.

²⁰⁹ Respecto al Reglamento del Senado, ver especialmente sus artículos 27 a 43. Respecto a la LOC del Congreso, ver e.g., sus artículos 9 a 10.

²¹⁰ Artículo 5A inciso 7 Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso [en adelante, LOC Congreso].

²¹¹ Artículo 5A inciso 1 de la LOC Congreso.

²¹² Artículo 5A inciso 3 de la LOC Congreso.

²¹³ Ver Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86.

acceso a la red del que gozan los chilenos. Éste es el significado del término “publicidad” en el siglo XXI. Es más, las comisiones ya tienen un deber de grabar sus sesiones.²¹⁴ Si esta interpretación es correcta, la Comisión debería transmitir en vivo la audiencia. Sin embargo, incluso si la Comisión tiene un deber de transmitir en vivo la audiencia, la misma LOC del Congreso le reconoce una facultad para decretar su secreto: “Cuando la publicidad de las sesiones (...) afectaren el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, el Presidente de la respectiva (...) comisión, con el voto favorable (...) de los dos tercios de los integrantes de la comisión (...) podrá declarar el secreto dejando constancia de los fundamentos de tal declaración”.²¹⁵ Por supuesto, esta excepción contiene varios términos indeterminados que le dan discrecionalidad a la Comisión para decretar el secreto de la audiencia. Por ejemplo, la Comisión podría decir que la transmisión en vivo (al igual que la asistencia del público) afectará el “debido cumplimiento de su función” porque inhibirá a los candidatos de responder sinceramente las preguntas de los senadores. Tal vez por eso, la LOC exige un quórum alto para decretar el secreto: dos tercios de los senadores en ejercicio. En suma, de acuerdo con esta interpretación, la LOC del Congreso exige la transmisión en vivo de la audiencia, pero le entrega discrecionalidad a la Comisión para, por cuatro votos a favor, prohibirla.

La objeción más fuerte a la interpretación anterior —que en principio exige que la Comisión transmita en vivo la audiencia— se encuentra en una norma del Reglamento del Senado. Éste dice que “[s]erán secretas (...) las [sesiones] en que se traten asuntos que sean objeto de votación secreta”.²¹⁶ A su vez, otra regla del Reglamento dice que “[s]erán siempre secretas las votaciones de los asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas, tales como nombramientos”.²¹⁷ Estas reglas sugieren que la deliberación y votación de la Comisión de Constitución debería ser secreta. Por eso, la transmisión en vivo de la audiencia estaría prohibida. Es más, también estaría prohibida la asistencia del público, incluso cuando una mayoría de senadores desea permitirla. Con todo, es posible que esta objeción sea débil. Primero, porque el Reglamento del Senado dice que establece el secreto para “asuntos de interés particular”. No es claro qué quiere decir con ello. Pero se podría argumentar que fuera del alcance de la regla quedan las sesiones sobre asuntos de “interés público”. Y, por eso, aquellas sobre el nombramiento de ministros de la CS. Segundo, porque la regla del Reglamento del Senado tiene una jerarquía normativa menor a la LOC del Congreso. El conflicto normativo se debería resolver a favor de la norma de mayor jerarquía. En cualquier caso, la existencia de esta regla agrega un

²¹⁴ Ver el artículo 40 inciso 5 del Reglamento del Senado.

²¹⁵ Artículo 5A inciso 9 de la LOC del Congreso.

²¹⁶ Artículo 68 número 1 del Reglamento del Senado. Esta norma se refiere a las sesiones de la Sala del Senado. Sin embargo, el artículo 31 inciso 1 del Reglamento del Senado dice que “[l]as Comisiones se regirán por las disposiciones de este Título [IV: Comisiones] y supletoriamente por las demás del Reglamento del Senado”.

²¹⁷ Artículo 159 inciso 1 del Reglamento del Senado. Nuevamente, se trate de una regla para las sesiones de la Sala que se debe aplicar supletoriamente a las comisiones. Ver el artículo 31 inciso 1 del Reglamento del Senado

elemento de incertidumbre a una regulación que ya presenta bastantes dificultades interpretativas.

En la práctica, al menos en los últimos años, la Comisión ha promovido ciertos espacios de publicidad. Las sesiones en las cuales expusieron los entonces candidatos Ángela Vivanco y Jorge Dahm, por ejemplo, fueron transmitidas en vivo por TV Senado. Este es un medio de comunicación del Senado que opera como canal de televisión de pago y mediante plataformas de *streaming* gratuitas.²¹⁸ No es claro si en ambos casos la Comisión también permitió el acceso del público. En los documentos que resumen las sesiones de la Comisión destinadas a examinar a Dahm y Vivanco no se consigna un acuerdo de abrir sus puertas. Al mismo tiempo, uno de esos documentos consigna la asistencia de periodistas, investigadores de *think tanks*, y otras personas.²¹⁹

Finalmente, hay reglas de publicidad *ex post* aplicables a la audiencia de la Comisión. La LOC del Congreso dice que “[s]erán públicos los acuerdos adoptados por las comisiones, así como los antecedentes considerados en sus sesiones y la asistencia de los parlamentarios e invitados a las sesiones de las mismas. Al término de cada sesión de comisión se informará resumidamente de lo anterior”.²²⁰ Sin embargo, “[l]os materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor, no serán públicos”.²²¹

También reglas de publicidad *ex post* respecto de los informes de las comisiones. La LOC del Congreso dice: “Los informes de comisión serán públicos desde que queden a disposición de la respectiva Sala”.²²² Así, el informe de la audiencia debe hacerse público una vez que se pone a disposición de todos los senadores (“la Sala”). Es probable que ello ocurra algún tiempo antes de que el informe sea presentado y discutido en una sesión de la Sala. Si ello es así, la regla de la LOC del Congreso está en tensión con una del Reglamento del Senado. Ésta dice: “Los informes se mantenen-

²¹⁸ Respecto a Dahm, así lo informó un comunicado de la Comisión, ver:

<http://www.senado.cl/senado/site/artic/20150930/pags/20150930101448.html>; respecto a Vivanco, la cuenta de Twitter del Senado informó sobre la sesión al momento de su inicio, e incluyó un link al sitio web de TV Senado. Ver https://twitter.com/Senado_Chile/status/1009453891807739905. Una grabación de la sesión fue publicada tres días después en el canal de Youtube de TV Senado. Ver <https://www.youtube.com/watch?v=ysfUCmgI3tc>. Respecto a TV Senado, ver: <http://tv.senado.cl/tvsenado/quienes-somos/2016-12-14/004046.html> y [https://es.wikipedia.org/wiki/TV_Senado_\(Chile\)](https://es.wikipedia.org/wiki/TV_Senado_(Chile))

²¹⁹ Ver:

http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=186&tipo=3&legi=485&ano=2018&desde=0&hasta=0&idsesion=12612&idpunto=16042&listado=2

²²⁰ Artículo 5A inciso 5 de la LOC del Congreso.

²²¹ Artículo 5A inciso 8 de la LOC del Congreso.

²²² Artículo 5A inc 6 LOC Congreso.

drán en reserva mientras no se dé cuenta de ellos al Senado, salvo acuerdo en contrario de la Comisión o autorización de su Presidente”.²²³ “Dar cuenta”, en este contexto, significa presentar el informe en la sesión de la Sala del Senado en la cual se vota respecto del candidato del Gobierno. El Reglamento ordena que el público no tenga acceso al informe antes de esa sesión; la LOC del Congreso exige que el público tenga acceso antes, al mismo tiempo que los senadores.

No es claro cuál regla opera en la práctica. Respecto a dos nombramientos recientes de dos ministros, las páginas web que deberían contener los informes solo ofrecen una visión parcial del contenido de esos informes. No dan cuenta de la votación dentro de la Comisión, ni de los fundamentos de los acuerdos.²²⁴ Si el público quiere entender los fundamentos de la decisión de la Comisión, debe esperar a la transmisión en vivo y la publicación de las actas de la sesión de la Sala del Senado en la cual los miembros de la Comisión presentan su informe.

Audiencias privadas de senadores con candidatos y “operadores judiciales”

¿Pueden los candidatos a la CS reunirse en privado con los senadores para conversar sobre sus candidaturas? No existen reglas que expresamente prohíban estas reuniones. En principio, los candidatos pueden pedir audiencias privadas como cualquier otro ciudadano.

Sí existe una regla que establece obligaciones de transparencia *ex post*. La Comisión de Ética y Transparencia del Senado acordó en el año 2016 una medida tendiente a aplicar a los nombramientos la Ley del Lobby y el Reglamento de los Registros de Agenda Pública y de Lobbistas y Gestores de Intereses Particulares del Senado del 2014 (en adelante, Reglamento del Lobby del Senado).²²⁵ La regla de la Comisión de Ética regula las reuniones “en la cual uno o más Senadores [o un asesor delegado para este efecto] se entreviste con una o más personas interesadas en que el Senado apruebe su eventual nombramiento en un cargo”.²²⁶ Respecto a los candidatos a la CS, la regla cubre las reuniones que ocurran después de que se “se divulguen los resultados

²²³ Artículo 40 RS.

²²⁴ Respecto del Ministro Dahm, ver:

http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=186&tipo=3&legi=0&ano=2015&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de%20Constituci%C3%B3n,%20Legislaci%C3%B3n,%20Justicia%20y%20Reglamento&idsesion=9934&idpunto=%SESIONES_CELEBRADAS.IDPUNTO%&fecha=30/09/2015&inicio=10:30&termino=12:30&lugar=Sala%2010,%20%20Valpara%C3%ADso&listado=2. Respecto de la Ministra Vivanco, ver: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=186&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de%20Constituci%C3%B3n,%20Legislaci%C3%B3n,%20Justicia%20y%20Reglamento&idsesion=12612&idpunto=%SESIONES_CELEBRADAS.IDPUNTO%&fecha=20/06/2018&inicio=10:30&termino=12:00&lugar=Sala%20N%C2%B0%2010,%20%20Valpara%C3%ADso&listado=2. En ambos casos, los sitios web listan los asistentes y el acuerdo tomado, pero no incluyen el informe de la Comisión.

²²⁵ La Ley del Lobby se refiere a este reglamento en sus artículos 10 inciso 4 y su artículo transitorio segundo inciso 2.

²²⁶ Ver los artículos 1 inciso 1 y 2 inciso 2 de las Buenas Prácticas Relativas a Nombramientos, Comisión de Ética y Transparencia del Senado, del 8 de junio de 2016, disponible en <http://www.senado.cl/buenas-practicas-relativas-a-nombramientos/senado/2016-06-09/103912.html> (en adelante, Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos).

de la votación de la Corte Suprema destinada a formar la quina correspondiente”.²²⁷ Las obligaciones de publicidad que se aplican a estas reuniones son análogas a las establecidas por la Ley del Lobby.²²⁸ El Senador en cuestión debe publicar el nombre del candidato, la materia de la reunión, y la fecha, hora, duración, y lugar o medio de realización.²²⁹ Estos datos se deben publicar en los sitios web que alojan los registros de lobby creados por la Ley de Lobby. O en las páginas web de cada senador y la página web institucional de la Comisión de Ética y Transparencia. Dependiendo del sistema utilizado, la información debe estar a disposición del público a más tardar 30 o 10 días después de la celebración de la entrevista.²³⁰

¿Qué ocurre si un senador se reúne con una persona que actúa en representación de un candidato? La pregunta ha cobrado relevancia a propósito del proceso de nombramiento de una candidata a la CS, la ministra de la CA de Santiago Dobra Lusic. Su candidatura fue criticada, en parte, por sus conexiones con una persona que habría promovido su candidatura.²³¹ Ello puso sobre el tapete la figura de los “operadores judiciales” o “lobbistas judiciales”. Según *La Tercera*, “en base al relato que hacen (...) quienes conocen, frecuentan o viven el mundo de las cortes de justicia y tribunales, un ‘operador judicial’ es aquel lobbyista que ofrece sus servicios a quienes aspiran a un cargo superior, léase llegar a ministro de Corte de Apelaciones o Suprema”.²³²

²²⁷ Artículo 5.2. inciso 1 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos. El acuerdo agrega que “Se mantendrá la obligación de difundir estas audiencias o reuniones en el caso de que el Senado no apruebe la proposición que efectúe la Presidenta de la República y el órgano que elaboró la nómina deba completarla con un nuevo nombre en sustitución del rechazado o, en su caso, haya de prepararse una nueva lista, hasta que el Senado apruebe el o los nombramientos que se le proponga.” artículo 5.2. inciso 2 de las Buenas Prácticas Relativas a Nombramientos. La regla aplica a reuniones realizadas “en forma presencial o por medio de conferencias audiovisuales a distancia, que permitan que los interlocutores se vean, escuchen e interactúen de modo equivalente a la entrevista personal”. Artículo 2 inciso 1 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos.

²²⁸ Ver la Ley del Lobby.

²²⁹ Ver artículo 4 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos.

²³⁰ Ver artículos 3 y 4 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos. El sistema de la Ley de Lobby se aplica si la entrevista busca tratar “en general, el diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas relacionados con el cargo de que se trata o con el organismo público a que pertenece o, en particular, la decisión que el Senado podría adoptar sobre el nombramiento respectivo.” Artículo 2 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos. El segundo sistema (página web del senador y de la Comisión de de Ética y Transparencia) rige para cualquier otra reunión entre senadores y candidatos. Ver los arts. 3 y 4 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos. Sobre los plazos de publicación, comparar el artículo 3 del Reglamento Lobby Senado y el artículo 9 de la Ley del Lobby (establece 30 días como máximo para la publicación de la información) con el artículo 3 inciso 1 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos (establece 10 días como máximo para la publicación de la información).

²³¹ Ver “Se complica Dobra Lusic: La Moneda se desmarca y PS revalúa apoyo”, *La Tercera PM*, 13 de mayo de 2019, <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/se-complica-dobra-lusic-la-moneda-se-desmarca-ps-revalua-apoyo/653599/>

²³² “Quiénes son y qué hacen los operadores judiciales”, *La Tercera PM*, 13 de mayo de 2019, <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/te-estan-buscando-operador-judicial-lo-hacen/653507/>.

Al parecer, existirían varios de estos lobbistas judiciales en Chile.²³³ En cualquier caso, ¿qué reglas afectan su trabajo? ¿Qué pasa si estos lobbistas judiciales se reúnen con senadores para promover una candidatura?

Los senadores tienen la obligación de transparentar esas reuniones. Si bien ellas no son cubiertas por el acuerdo de la Comisión de Ética y Transparencia del Senado, aquí pueden ser aplicables las reglas generales de la Ley del Lobby y el Reglamento del Lobby del Senado. El acuerdo de la Comisión de Ética y Transparencia del Senado solo cubre el caso de aquellas reuniones en las cuales “una o más personas interesadas en que el Senado apruebe su eventual nombramiento” se reúne con un senador.²³⁴ Es decir, solo aplica cuando un senador se reúne con un candidato.²³⁵ Pero la Ley del Lobby y el Reglamento del Lobby del Senado exigen que los senadores transparenten sus reuniones con “lobbistas” o “gestores de interés”. La obligación es aplicable a reuniones en las cuales esos agentes buscan “obtener” la “elaboración, tramitación, aprobación, modificación, derogación o rechazo de acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas sus comisiones”.²³⁶ Estas normas son suficientemente amplias como para abarcar el trabajo de los lobbistas judiciales. También se ha sugerido que los operadores judiciales podrían ser investigados por tráfico de influencias.²³⁷ Pero lo mismo podría decirse del trabajo de otros tipos lobbistas. Tras la creación de la Ley del Lobby, y para bien o para mal, se podría argumentar que el lobby es una ocupación que queda fuera del alcance de las normas penales sobre tráfico de influencias.

Canales de participación ciudadana respecto de la Comisión

¿Qué canales tiene la ciudadanía para allegar información u opiniones sobre los candidatos a los miembros de la Comisión de Constitución u a otros senadores? La regulación no contempla ningún mecanismo de participación ciudadana específico para la selección de ministros de CS. Pero hay algunas reglas generales que son relevantes.

²³³ Ver *ibíd.*

²³⁴ Artículo 1 inciso 1 de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos.

²³⁵ Por supuesto, en esa reunión podría participar el candidato y su operador judicial, aunque no es claro que el senador en cuestión deba consignar la asistencia del operador. Ver el artículo 4 letra a) de las Buenas Prácticas del Senado Relativas a Nombramientos. La disposición manda a los senadores transparentar información únicamente respecto de un tipo de persona: “la persona con la cual se sostuvo la reunión o audiencia y del cargo en que está interesada”. Se podría argumentar que la única persona que tiene “interés en el cargo” es alguien que es candidato. Ya que no hay un mandato de informar sobre otros asistentes a la reunión, pareciera que no hay deber de informar sobre un operador judicial que ha acompañado a un candidato.

²³⁶ Artículo 5 número 2 de la Ley del Lobby. Ver también el artículo 9 del Reglamento del Lobby del Senado.

²³⁷ Ver “Quiénes son y qué hacen los operadores judiciales”, *La Tercera PM*, 13 de mayo de 2019, <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/te-estan-buscando-operador-judicial-lo-hacen/653507/>.

La Comisión podría destinar algunas de sus sesiones a recibir testimonios sobre la idoneidad del candidato. Según la LOC del Congreso, las comisiones del Congreso pueden “oír a las instituciones y personas que estimen convenientes” para preparar a sus informes.²³⁸ Esta es una práctica común en otros países. Por ejemplo, este tipo de mecanismo fue utilizado en los Estados Unidos para recibir a una testigo que acusó al actual juez de la Corte Suprema Brett Kavanaugh por presuntos abusos sexuales. En Chile, a juzgar por nombramientos recientes, la Comisión de Constitución hace poco o nulo uso de este mecanismo. En la medida que recibe información de personas distintas al candidato, lo hace a través de la prensa, de documentos que recibe de otras autoridades, y en reuniones que se realizan fuera de las sesiones de la Comisión.

Los ciudadanos, por supuesto, pueden solicitar reuniones privadas con los senadores y sus senadores para entregar información relevante. Un mecanismo para pedir las es regulado por el Reglamento de los Reglamentos del Lobby del Senado. Según ese Reglamento, el Senado debe mantener un formulario para pedir reuniones en sus dependencias y en un sitio web.²³⁹ El formulario online está disponible al momento de escribir estas líneas.²⁴⁰ Pero tal como ocurre con el Ministerio de Justicia, los senadores y sus asesores no están obligados a recibir a quienes pidan esas reuniones.²⁴¹

¿Puede el Gobierno retirar un candidato?

Se ha discutido si el Gobierno puede retirar un candidato que ya está siendo evaluado por el Senado.²⁴² La regulación vigente no es clara al respecto. Las reglas no se refieren explícitamente a ese tipo de caso. Algunos han sugerido que este vacío normativo se debe suplir con la regulación del Reglamento del Senado sobre los proyectos de ley.²⁴³ El Reglamento del Senado dice que “[e]l autor de un proyecto o indicación sólo podrá retirarlo antes de ser votado en Comisión o en Sala”.²⁴⁴ Así, se podría decir que el “autor” de la propuesta de candidato —el Presidente de la República— podría retirar el candidato “antes de ser votado en Comisión o en Sala”.

Algunos han dicho que el Presidente puede utilizar incluso tras la audiencia de la Comisión de Constitución y hasta antes de que sea votado en la Sala del Senado. Ello porque la regla exige

²³⁸ Artículo 22 de la LOC del Congreso. Ver también el artículo 38 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²³⁹ Ver el artículo 10 del Reglamento de los Registros de Agenda Pública y de Lobbistas y Gestores de Intereses Particulares del Senado, del 26 de noviembre de 2014.

²⁴⁰ Ver http://lobby.senado.cl/public_html/forms/audiencia.php

²⁴¹ Ver artículo 12 inciso 2 del Reglamento de los Registros de Agenda Pública y de Lobbistas y Gestores de Intereses Particulares del Senado, del 26 de noviembre de 2014.

²⁴² Ver “Dobra Lusic llega a votación para Suprema sin respaldos asegurados”, *La Tercera*, 15 de mayo de 2019, 2.

²⁴³ Ver “Dobra Lusic llega a votación para Suprema sin respaldos asegurados”, *La Tercera*, 15 de mayo de 2019, 2. La nota no individualiza a los autores de esta interpretación. Solo dice que este problema interpretativo fue discutido por “[v]arios senadores”.

²⁴⁴ Artículo 132 inciso 1 del Reglamento del Senado.

que el retiro ocurra “antes de ser votado en Comisión o en Sala”.²⁴⁵ Y, según quienes proponen esta interpretación, porque “tratándose de nominaciones, la Comisión de Constitución no vota”.²⁴⁶ No es claro si esta afirmación sea correcta. Por un lado, la Comisión debe indicar cuál es la opinión de la mayoría y de la minoría de la comisión respecto al candidato. Eso supone una votación. Por otro lado, la opinión de la mayoría es solo una recomendación. El resultado de la votación de la Comisión no es vinculante para la Sala.

En cualquier caso, en la práctica se han retirado candidatos tras la sesión de la Comisión y la del Pleno del Senado. Un caso reciente: la candidata Dobra Lusic. El Presidente Sebastián Piñera retiró la candidatura pocos minutos antes de que se iniciara la sesión de la Sala del Senado.²⁴⁷

2.3.1.3. La Sala del Senado delibera y se pronuncia sobre el candidato del Gobierno

Deliberación y votación en la Sala del Senado

Una vez que la Comisión de Constitución ha emitido su informe sobre el candidato del Gobierno, el Senado debe pronunciarse respecto del candidato.²⁴⁸ Para utilizar el lenguaje típicamente utilizado en el Congreso, la propuesta del Gobierno es considerada en la “Sala” del Senado, i.e., el órgano superior del Senado conformado por la totalidad de los senadores.²⁴⁹ Para que la Sala pueda sesionar y alcanzar una decisión, un tercio de los senadores en ejercicio deben estar presentes. Así lo exige la regla general sobre el funcionamiento de la Sala que está en la Constitución.²⁵⁰

La deliberación y votación, agrega la Constitución, debe ocurrir en “una sesión especialmente convocada al efecto”.²⁵¹ Según el Reglamento del Senado, al inicio de la sesión la Sala debe conocer de la recomendación de la Comisión de Constitución. Ello porque el Secretario del Senado debe hacer una “relación de la tramitación que [el asunto en discusión] haya seguido en el Senado”.²⁵² En principio, el Secretario también debe leer en voz alta el informe de la Comisión de Constitución.²⁵³ Sin embargo, la Sala puede acordar omitir la lectura. Además, la lectura debe ser omitida si el informe ha sido “repartido a los Senadores a lo menos el día antes de iniciarse

²⁴⁵ Artículo 132 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²⁴⁶ “Dobra Lusic llega a votación para Suprema sin respaldos asegurados”, *La Tercera*, 15 de mayo de 2019, 2.

²⁴⁷ “No alcanzó a llegar a la sala: La Moneda retira nombre de Dobra Lusic y no ascenderá a la Corte Suprema”, *El Mostrador*, 15 mayo de 2019.

²⁴⁸ Ver artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

²⁴⁹ Ver <http://www.senado.cl/sala-de-sesiones/senado/2018-06-13/163609.html>

²⁵⁰ Ver el artículo 56 inciso 1 de la Constitución.

²⁵¹ Artículos 53 N° 9 y 78 inciso 3 Constitución.

²⁵² Artículo 115 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²⁵³ Ver Artículo 115 inciso 3 del Reglamento del Senado.

la discusión”, aunque los senadores pueden acordar que incluso en esos casos se de lectura al informe.²⁵⁴ Si la Comisión de Constitución ha designado un Senador informante, ese senador “tendrá derecho preferente para hacer uso de la palabra al inicio de la discusión general”.²⁵⁵ Estas reglas tienden a producir una deliberación que al menos comienza considerando la posición de la Comisión (o las varias posiciones de sus miembros) respecto al candidato.

A continuación, otros senadores pueden referirse al candidato. No son los únicos posibles intervinientes del debate. Según el Reglamento del Senado, “[d]urante las discusiones podrán usar de la palabra los Senadores, los Ministros de Estado, los Diputados que concurran en comisión de la Cámara de Diputados y el Secretario del Senado”.²⁵⁶ Tras la discusión, la Sala debe proceder a votar.

El quórum de votación es objeto de una regla especial. La Constitución exige “el voto conforme de dos tercios de los senadores en ejercicio” para “aprobar (...) la designación de los ministros (...) de la Corte Suprema”.²⁵⁷ Al momento de escribir estas líneas, el Senado se compone de 43 senadores; se necesitan 29 senadores para aprobar la propuesta. En el año 2022 debería haber 50 senadores; para el mismo resultado se necesitarán 34 senadores.²⁵⁸

El Reglamento del Senado contiene varias reglas generales sobre las sesiones del Senado que se suman a las anteriores. Ellas son aplicables a la sesión especial en la cual el Senado aprueba o rechaza al candidato a la CS.²⁵⁹ A continuación, me enfoco en las reglas de transparencia.

Transparencia de la deliberación y decisión de la Sala

La deliberación y decisión de la Sala se someten a varios deberes de transparencia. La LOC del Congreso, como ya hemos visto, manda que los senadores respeten el “principio de transparencia”.²⁶⁰ Pero la ley también establece mandatos más específicos. Dice: “Las sesiones de las Cámaras, los documentos y registros de las mismas, las actas de sus debates, la asistencia y las votaciones serán públicas”.²⁶¹ No es claro el significado de todos estos deberes. ¿El público tiene

²⁵⁴ Artículo 115 inciso 4 del Reglamento del Senado.

²⁵⁵ Artículo 133 inciso 2 Reglamento del Senado.

²⁵⁶ Ver el artículo 111 Reglamento del Senado.

²⁵⁷ Artículo 53 N° 9 de la Constitución. Ver también el artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

²⁵⁸ La variación del número de senadores se debe a las modificaciones al sistema electoral introducidas por la Ley N° 20.840, Sustituye el Sistema Electoral por uno de Carácter Proporcional Inclusivo y Fortalece la Representatividad del Congreso Nacional, del 5 de mayo de 2015. Ver especialmente su artículo 24 transitorio. Ver también “El Poder Legislativo”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45683.

²⁵⁹ Ver especialmente los títulos V, VI, VII, y IX del Reglamento del Senado.

²⁶⁰ Ver artículo 5A incisos 1 y 3 de la LOC del Congreso.

²⁶¹ Artículo 5A inciso 4 de la LOC del Congreso.

derecho a asistir a la sesión, o su publicidad se cumple una vez que la sesión se transmite en vivo a través de medios de comunicación? O, al revés, ¿basta con que se abran las puertas al público, o el Senado además debe transmitir la sesión a través de medios de comunicación social? ¿Cuáles? La ley no precisa el significado de los deberes de publicidad. Ese significado depende de las decisiones del mismo Senado.

En cualquier caso, estos deberes de publicidad no son absolutos. Ello a causa de reglas que ya han sido examinadas en este trabajo arriba, a propósito de la Comisión de Constitución. Según la LOC del Congreso, dos tercios de los senadores pueden decretar el secreto “de las sesiones y de los antecedentes considerados por la Sala” cuando su publicidad “afectaren el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”²⁶² Como ya se observó, esta regla entrega bastante discrecionalidad al Senado. Además, como ya se observó, el Reglamento del Senado expresamente dice que “[s]erán siempre secretas las votaciones de los asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas, tales como nombramientos”.²⁶³ Esta regla contradice la LOC del Congreso y se podría considerar derogada tácitamente. Pero el Senado podría decidir que este conflicto de normas se debe adjudicar a favor del Reglamento. La publicidad de las votaciones no está asegurada.

Un caso reciente ilustra las prácticas actuales del Senado. Cuando la Sala discutió la propuesta de nominar a la abogada y académica Ángela Vivanco, la sesión fue transmitida en vivo a través de la señal de cable y la plataforma de *streaming* de TV Senado. La grabación de esa señal se encuentra disponible *online*.²⁶⁴ Al parecer, se permitió la presencia del público en las galerías de la sala.²⁶⁵ El público, a distancia o en la Sala, pudo observar en vivo la deliberación y también la votación. Finalmente, el Senado también publicó (ex post) el acta de la sesión.²⁶⁶

Repetición del proceso en caso de rechazo del candidato

¿Qué ocurre cuando el candidato del Gobierno no recibe el apoyo del Senado? La Constitución responde expresamente esta pregunta: "Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento".²⁶⁷ Así, la CS debe escoger un nuevo candidato para “completar la quina”, y a partir

²⁶² Artículo 5A inciso 9 LOC del Congreso.

²⁶³ Artículo 159 inciso 1 del Reglamento del Senado.

²⁶⁴ Grabaciones de la señal de cable de TV Senado se encuentran disponibles en <http://sesiones.senado.cl/#>. Respecto a la señal de streaming, ver https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=OwmExsFyvp8

²⁶⁵ En la grabación de TV Senado se pueden escuchar fuertes aplausos tras conocerse el resultado de la votación.

²⁶⁶ Ver *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Especial del Senado del 4 de julio de 2018*.

²⁶⁷ Artículo 78 inciso 3 de la Constitución.

de esta quina, el Presidente debe hacer una nueva propuesta al Senado. Si el Senado rechaza esta nueva propuesta, el mismo procedimiento se repite.

2.3.2. Criterios de evaluación que el Senado debe utilizar para aprobar o rechazar la propuesta de ministro de la Corte Suprema del Gobierno

2.3.2.1. El Senado tiene una potestad discrecional para aprobar o rechazar el candidato del Gobierno

Potestad discrecional del Senado para aprobar o rechazar la propuesta del Gobierno

La Comisión de Constitución y la Sala del Senado cuentan con discrecionalidad para evaluar a los candidatos. No existen normas que definan criterios de evaluación, con una excepción bastante obvia: el candidato aprobado por el Senado tiene que ser uno propuesto por el Gobierno a partir de una quina de la CS. Más allá de lo anterior, la Comisión y la Sala tienen libertad de acción.

Cuoteo político como criterio informal de aprobación del candidato del Gobierno

Sin embargo, existe al menos un criterio de evaluación que podríamos llamar “implícito”. Se trata de un efecto indirecto de la aplicación de la regla que define el quórum de decisión del Senado. El criterio ha sido notado varias veces por la literatura chilena. Y a veces sale a flote en la cobertura mediática del proceso de selección en el Senado. Se lo puede considerar una de las instituciones informales más conocidas del proceso de selección de ministros de CS.

Los senadores esperan que las propuestas de candidatos respeten una regla de cuoteo político. Como sostiene José Francisco García, “[e]s de público conocimiento que los dos principales bloques políticos van alternando en la aprobación de los candidatos de su preferencia”.²⁶⁸ También existe bastante consenso respecto a cómo la regulación actual contribuiría a ese cuoteo político: “el quórum de dos tercios del Senado obliga a negociar a los dos grandes bloques políticos.”²⁶⁹ Sin importar si tienen o no mayoría de votos, cualquiera de las grandes coaliciones puede amenazar con rechazar el candidato presentado por el Gobierno. Basta un tercio de los votos más uno para hacer fracasar el candidato del Gobierno. En teoría, una minoría de oposición que cumpla con ese quórum podría rechazar todas las propuestas a menos que los candidatos sean afines a esa minoría. En la práctica, nuestros políticos han establecido un sistema de cuoteo. Cada candidato a la CS forma parte de “una negociación más amplia, con el fin de lograr que un candidato etiquetado como de un lado sea aprobado a cambio de que luego lo sea uno

²⁶⁸ García G., “Corte Suprema y gobierno judicial”, 113n68.

²⁶⁹ García G., 113.

del otro, replicando así, en las designaciones para la Corte Suprema, la lógica perversa del sistema binominal”.²⁷⁰

Un caso reciente sugiere que el sistema de cuoteo sigue siendo parte de nuestra realidad política: la frustrada candidatura de la ministra de la CA de Santiago Dobra Lusic.²⁷¹ El Gobierno propuso esta candidata al Senado en abril de 2019. Sin embargo, a poco andar los medios de comunicación revelaron varios antecedentes que ponían en duda su integridad ética. En un sistema sin cuoteo político, el debate público se habría concentrado en los hechos que motivaban la crítica a la candidata y su evaluación. Pero los medios también debieron prestar atención a otro debate. ¿Quiénes —los partidos del Gobierno o los partidos de la oposición— debían pagar los costos políticos causados por la cuestionada candidata? En un sistema sin cuoteo político esa sería una pregunta extraña. La propuesta es del Gobierno. Es el Gobierno quien debe hacerse responsable por una candidatura débil (tal vez junto a la CS). Pero como varios actores señalaron, la candidata Lusic habría sido propuesta por el Gobierno a petición de algunos partidos de la oposición. En particular, por miembros de la Democracia Cristiana y el Partido Socialista.²⁷² Por eso, la líder de la Unión Demócrata Independiente (UDI), un partido de Gobierno, sostuvo (según *La Tercera*) que su coalición “no tenía que pagar los costos por un nombre que no era de ellos. Esto, haciendo alusión a que la magistrada corresponde ‘a un cupo de la centroizquierda’”.²⁷³ Esta última idea fue criticada por una parte de la oposición de centroizquierda. Según los líderes del Partido por la Democracia (PPD), el PPD no había sido consultado respecto de la candidata. Por eso el PPD no podía ser responsabilizado por los problemas de la candidata.²⁷⁴ El desacuerdo entre la coalición de Gobierno y parte de la oposición supone un acuerdo: que en esta nominación la oposición tenía un “derecho” a seleccionar el candidato que el Gobierno propondría al Senado. Como explicó *La Segunda*, “[e]l nombre de Lusic surgió para ocupar la vacante de Milton Juica (quien cumplió 75 años) y por esa razón, se planteó que era un cupo de izquierda”.²⁷⁵ Ello queda claro en algo más que el PPD dijo días antes de que la candidatura fracasara: “es clave que en el gobierno asuman antes de la ratificación de Lusic que su

²⁷⁰ Juan Enrique Vargas Viancos, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, *Anuario de Derecho Público* 2014, 2014, 155.

²⁷¹ Al escribir estas líneas a mediados de mayo el desenlace de esa nominación es incierto. Para una cronología de la postulación, ver “Postulación de Lusic a la Suprema pierde apoyos y el Gobierno se desmarca de su designación”, *El Mercurio*, C2, 14 de mayo de 2019.

²⁷² “Nuevos antecedentes complican camino de Dobra Lusic a la Corte Suprema”, *La Tercera*, 7 de mayo de 2019.

²⁷³ “Gobierno busca desmarcarse de la nominación de Dobra Lusic”, *La Tercera*, 14 de mayo de 2019, 8. Ver también “Postulación de Lusic a la Suprema pierde apoyos y el Gobierno se desmarca de su designación”, *El Mercurio*, C2, 14 de mayo de 2019.

²⁷⁴ Ver “Suprema: Lusic despeja dudas de senadores para asegurar apoyo”, *La Tercera*, 9 de mayo de 2019; “Nominación de Lusic a la Suprema pierde respaldo”, *La Segunda*, 13 de mayo de 2019, 4.

²⁷⁵ “Sistema de nombramiento de jueces ‘tiene reglas poco claras y manipulables’”, *La Segunda*, 14 de mayo de 2019, 4.

nombre no puede ser considerado como una carta del sector *para las próximas nominaciones de la Suprema*".²⁷⁶ En el comité político del Gobierno "'hubo un cierto acuerdo' en que si la izquierda no reconoce como propia a Lusic, 'no tiene mayor sentido apoyarla desde Chile Vamos'".²⁷⁷ En definitiva, el Presidente retiró su candidatura.²⁷⁸ Este caso muestra de manera vívida que el cuoteo político es un criterio informal del nombramiento de ministros de la CS.

Sin embargo, es posible que esta práctica de cuoteo político pierda fuerza. Tras el fallido nombramiento de la ministra Lusic, el Ministro de Justicia Hernán Larraín propuso una nueva candidata sin consultar a los partidos de oposición. El ministro anunció que con ello buscaba poner fin al sistema de cuoteo político. Está por verse si este ataque a la práctica será exitoso.²⁷⁹ Además, el sistema político chileno está experimentando cambios que pueden dificultar –y tal vez ya han dificultado– los acuerdos políticos sobre los candidatos a la CS. Reformas recientes al sistema electoral incentivan un sistema de partidos fragmentado, con más de dos coaliciones y con coaliciones inestables.²⁸⁰ Algo de ello ya se puede observar en la aparición del Frente Amplio como segunda coalición de partidos de izquierda, y en la fractura de la Nueva Mayoría. Por eso, la negociación política se hace más compleja. Tal vez ello llevará a un debilitamiento del sistema de cuoteo de ministros de la CS. Aunque el cuoteo político ha sido y sigue siendo una práctica de los nombramientos judiciales, su futuro es incierto.

Conclusión

Un complejo entramado de normas regula los nombramientos de los ministros titulares de las cortes superiores. La Constitución establece su estructura básica. Los ministros de las CCAA son seleccionados en dos fases. La primera es de la CS, que define una terna de candidatos a una CA; la segunda es del Gobierno, que a partir de la terna nombra un ministro de CA. Respecto a los ministros de la CS, también la primera fase es de la CS, que selecciona cinco candidatos, y la siguiente es del Gobierno, que selecciona uno de los candidatos incluidos en la quina. A ello

²⁷⁶ "Suprema: Lusic despeja dudas de senadores para asegurar apoyo", *La Tercera*, 9 de mayo de 2019. Énfasis agregado.

²⁷⁷ "Gobierno busca desmarcarse de la nominación de Dobra Lusic", *La Tercera*, 14 de mayo de 2019, 8.

²⁷⁸ "No alcanzó a llegar a la sala: La Moneda retira nombre de Dobra Lusic y no ascenderá a la Corte Suprema", *El Mostrador*, 15 mayo de 2019.

²⁷⁹ Ver "Gobierno elige nueva carta para Suprema sin consulta al Senado y provoca molestia opositora", *La Tercera*, 17 de mayo de 2019.

²⁸⁰ La reforma electoral del año 2015 eliminó el sistema binominal y lo reemplazó por uno proporcional. Ver *Ley 20.840, Sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional*, Publicado el 5 de mayo de 2015. El nuevo sistema desincentiva la existencia de dos grandes coaliciones políticas y también la estabilidad de las coaliciones. Sin embargo, ha sido utilizado solamente para elegir a la mitad del Senado ha sido elegido con el nuevo sistema. El cambio de sistema habrá operado completamente en la elección del año 2021.

se agrega una tercera fase, en el Senado. El Gobierno le propone su candidato, que debe ser aprobado por dos tercios de los senadores para convertirse en ministro de la CS. La Constitución también regula algunos aspectos específicos de los nombramientos. Por ejemplo, ella establece que la antigüedad—la experiencia laboral dentro del Poder Judicial—es un criterio que da derecho a un cupo en una terna o quina; que cinco de los 21 ministros de la CS deben ser abogados “externos” al Poder Judicial; y cuáles son los sistemas de votación que deben ser utilizados en la CS y el Senado.

Bajo el alero de la Constitución, varias leyes—como el COT y la LOC del Ministerio de Justicia—regulan aspectos específicos de crucial importancia para el sistema de nombramientos. Por ejemplo, los criterios de evaluación utilizados por la CS y el rol que le cabe al Ministro de Justicia como asesor del Presidente de la República. Y a nivel infra-legal, los reglamentos del Senado, entre otras fuentes, también regulan los nombramientos de ministros. En ese nivel, la CS ha dictado un gran número de autos acordados que regulan su propio rol en esta materia. Sin estudiar esos autos acordados no es posible entender cómo la CS debe abrir concursos, entrevistar a los candidatos, evaluar sus antecedentes, y tomar una decisión, así como las posibilidades que tiene la ciudadanía y otros actores para seguir ese proceso. Todas estas normas configuran la institucionalidad sobre nombramientos judiciales. Ellas han sido el objeto central de este documento de trabajo.

Por supuesto, el estudio de la institucionalidad sobre nombramientos no se debería agotar en las reglas jurídicas. Tal como ocurre con otras instituciones, en paralelo a la regulación jurídica de los nombramientos judiciales existen prácticas o “instituciones informales”.²⁸¹ Este documento se ha referido a algunas, pero hay muchas preguntas por contestar en esta materia. En vez de constituir infracciones abiertas de la regulación vigente, las prácticas de los nombramientos judiciales parecen ampararse en la indeterminación y silencio de la regulación. Por ejemplo, hasta hace poco el derecho guardaba silencio sobre las reuniones entre ministros de la CS y los candidatos a la CS. Pero al parecer los ministros y candidatos asumían que una parte inevitable del proceso era la realización de reuniones privadas conocidas como “el besamanos”. ¿Se siguen realizando estas reuniones privadas, ahora que la CS las prohíbe? Otro ejemplo: los criterios de evaluación que la CS debe utilizar para elaborar ternas o quinas. Las reglas que los definen podrían implicar una selección más o menos mecánica, guiada por las calificaciones de los candidatos. Pero la CS y las CCAA, al parecer, suelen calificar a los miembros del Poder Judicial con notas muy similares o equivalentes—y ello sin violar la ley. Así, la CS se ve obligada a utilizar un criterio de evaluación—los “otros antecedentes” de los candidatos—que le entregan discrecionalidad. ¿Qué tan frecuente es esta hipótesis? Y cuando la CS cuenta con discrecionalidad, ¿en que criterios se basan las decisiones de sus ministros? ¿Qué rol juegan la amistad y

²⁸¹ Ver Gretchen Helmke y Steven Levitsky, “Informal institutions and comparative politics: A research agenda”, *Perspectives on politics* 2, n° 4 (2004): 725–740.

las redes que puedan tener los ministros con los candidatos? También se pueden hacer preguntas sobre las prácticas en otras fases de los nombramientos. Tanto el Gobierno como el Senado cuentan con potestades discrecionales. En la práctica, el cuoteo político—que se apoya en el quórum de dos tercios necesario en el Senado—parece ser una institución informal del sistema. ¿Cuáles son los antecedentes y criterios utilizados por cada grupo político para seleccionar “sus” candidatos? ¿A quiénes escuchan los senadores y el Gobierno? ¿Qué rol juegan en esta materia las empresas de lobby y los estudios de abogados? ¿Es razonable pensar que el cuoteo político desaparecerá en los próximos años? Es difícil responder estas y otras preguntas sobre las prácticas. Pero es importante considerarlas para velar por la salud del sistema de nombramientos. Este documento de trabajo apenas a rascado la superficie de algunas de las prácticas que existen en materia de nombramientos. Otros investigadores, con métodos distintos a los utilizados aquí—de tipo más empírico—deberían seguir investigándolas.

La complejidad de la regulación sobre los nombramientos de ministros, y la existencia de prácticas poco estudiadas, sugieren que debemos ser muy cuidadosos al elaborar y plantear reformas. Esto no es un llamado a dejar el sistema de nombramientos judiciales intacto ni a realizar reformas de poco peso. Las mejores evaluaciones disponibles en esta materia sugieren que nuestro sistema de nombramientos presenta deficiencias profundas que hacen razonable discutir reformas drásticas.²⁸² Hoy se cuestiona la capacidad del sistema para promover y proteger la independencia y el profesionalismo de los jueces. Y, como muchos han notado, sin jueces profesionales e independientes no hay Estado de Derecho. Estas son excelentes razones para estudiar reformas drásticas. Pero para hacerlo es necesario invertir bastos recursos intelectuales y políticos. Eso es lo que sugiere el análisis de este documento. Cuando la regulación es compleja, y está acompañada de prácticas poco o mal entendidas, hay un alto riesgo de que una reforma en apariencia benigna sea mal diseñada. Un buen diseño institucional en esta materia es un objetivo bastante difícil de lograr. Así, la reforma del sistema de nombramientos judiciales debe ser vista como una tarea de gran envergadura. Afortunadamente, buena parte del trabajo preparatorio se ha realizado. La academia y las mismas autoridades han avanzado varios análisis y propuestas. ¿Se aprovechará la creciente sofisticación del debate público para promover reformas serias? ¿O se desprovechará este momento, dejando el sistema intacto o sometiéndolo a reformas de poco alcance? Como ocurre en otras materias claves para el progreso de nuestro país, la respuesta depende de una voluntad política.

²⁸² Ver Mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces, “Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces”, 10 de enero de 2019; Lucas Sierra, “Comparaciones”, en *La Tercera*, 19 de mayo de 2019; Juan Enrique Vargas, “Chile”, en *Gobierno Judicial: Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*, ed. Alberto Binder y Leonel González (Santiago: CEJA, 2018), 84-152; Juan Enrique Vargas Viancos, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, *Anuario de Derecho Público 2014*, 2014, 140-162; Andrés Bordalí Salamanca, “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista chilena de derecho* 40, n° 2 (2013): 609-34.