

V Concurso Nacional de Derecho Procesal para estudiantes de pregrado: “Proceso constituyente y administración de justicia”

La pertinencia del criterio de antigüedad para el procedimiento de designación de ministros de la Corte Suprema

Recomendaciones para una nueva Constitución

Autores: Sofía Bernet Lüttges, Nicolás Fuentealba Rivas, Patricia Godoy Saffie, Javier Ibáñez Barber, María Consuelo Navarro Catalán, Fernanda Navia Flores, Lucas Nordio Salgado, Benjamín Pizarro Gaete, Yasna Rodríguez Rivas, Luna Valdebenito Hormazábal.

Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Director del Semillero: Macarena Vargas Pavez

Resumen

Este trabajo aborda el criterio de antigüedad como uno de los elementos que forman parte del actual sistema de nombramiento de las y los ministros de la Corte Suprema, con el objetivo de examinar críticamente su pertinencia y mantención en miras a un futuro proceso constituyente. Para lo anterior, se analiza su historia en el texto constitucional, consagración en el ordenamiento jurídico nacional y comparación con otros países, finalizando con una investigación empírica sobre su aplicación práctica.

Palabras claves:

Criterio de antigüedad - nombramiento de jueces - proceso constituyente.

Abstract

This work addresses the seniority criterion as one of the elements that are part of the Supreme Court's actual appointment of ministers, with the aim of critically examining its relevance and maintenance for a future constituent process. For the above, the standard's history it's analyzed in the constitutional text, its recognition in the national legal order and comparison with other countries, concluding with an empirical research into its practical application.

Key words:

Seniority criterion - appointment of judges - constituent process.

INDICE

Introducción.....	3
Capítulo I: Sistema de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema	4
Designación de ministros de la Corte Suprema.....	4
Modelos de nombramiento de magistrados en la carrera judicial	5
Criterio de antigüedad. Posibles significados.....	6
El criterio de antigüedad en la historia constitucional.....	7
Observaciones.....	9
Capítulo II. Marco normativo y su referencia al criterio de antigüedad.....	10
Regulación nacional	10
Derecho comparado.....	12
Observaciones.....	14
Capítulo III. La práctica y el criterio de antigüedad.....	16
Tasa de elección bajo el criterio de antigüedad.....	17
Abogados integrantes y el criterio de antigüedad.....	18
Observaciones.....	21
Capítulo IV. Resultados y nueva Constitución.....	21
¿Es pertinente mantener el criterio de antigüedad en una nueva Constitución? ...	22
Recomendaciones para una nueva Constitución	25
Conclusiones.....	27

Introducción

El presente trabajo aborda el actual sistema de designación de las y los ministros de la Corte Suprema y la conformación de las nóminas de sus postulantes. En particular, nos haremos cargo del criterio de antigüedad o derecho preferente que tiene el ministro más antiguo del Poder Judicial para formar parte de la quina que elabora el Poder Judicial y las implicancias que se observan de este criterio en la actualidad.

Para su elaboración esta investigación utiliza principalmente fuentes secundarias, como doctrina y normativa nacional, que abarca desde la Constitución Política de la República hasta los autos acordados de la excelentísima Corte Suprema. Asimismo, fueron estudiadas las Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República del año 1925, donde se encuentra el origen del criterio de antigüedad.

Igualmente, se recabó información referente a la conformación de las quinas de las y los actuales ministros de la Corte Suprema, mediante una solicitud de acceso a la información pública dirigida al Ministerio de Justicia. Todo esto con el fin de aportar un análisis empírico sobre la práctica de este criterio y poder determinar si se cumple, y de ser así, cuál es su relevancia dentro de este proceso.

El presente trabajo se desarrollará de la forma en que se expone a continuación.

En un primer capítulo describiremos los aspectos generales del sistema de nombramiento de ministras y ministros de la Corte Suprema, para enfocar nuestra atención en uno de los criterios utilizados en la conformación de la nómina de candidatos: el criterio de antigüedad. Analizaremos también los distintos significados que se dan a raíz de la expresión “miembro más antiguo” y determinaremos en qué momento de la historia constitucional se hace referencia a su implementación.

En un segundo capítulo revisaremos distintos cuerpos legales de nuestro ordenamiento en búsqueda del respaldo jurídico de este criterio y la forma en que ha sido descrito por el legislador, con el objetivo de comprender el porqué de su existencia y su utilidad. En un mismo sentido, serán estudiadas las normativas de Perú y España con el fin de hacer un análisis comparativo en esta materia.

Un tercer capítulo se encargará de demostrar la aplicación y utilidad del criterio de antigüedad en la práctica. Finaliza este trabajo con nuestras conclusiones en relación al nuevo proceso constituyente. Así, responderemos a la pregunta de si es pertinente perpetuar la aplicación del criterio de antigüedad y propondremos algunas recomendaciones sobre el mismo.

Esperamos que esta investigación logre repercutir en los actores del proceso constituyente y consideren las necesidades prácticas de nuestro derecho.

CAPÍTULO I: SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA.

Este primer capítulo tiene por objeto entregar un marco teórico sobre el sistema de nombramiento de juezas y jueces de la Corte Suprema.

Para ello, se abordarán de forma sintetizada los sistemas de nombramiento para ministros de cortes de apelaciones y de la Corte Suprema, siendo este último el motivo de nuestro trabajo, pero que por su estrecha vinculación normativa requieren ser expuestos en conjunto. En este mismo acápite se definirá el modelo que engloba este proceso y así se entenderá la importancia de uno de los criterios utilizados en el proceso de designación: el criterio de antigüedad.

Definido lo anterior, avanzaremos hacia una revisión conceptual de este criterio, para finalizar con un repaso sobre su historia constitucional.

1. Designación de ministros en la Corte Suprema.

En el ordenamiento jurídico chileno el nombramiento de ministros de las cortes de apelaciones y Corte Suprema¹ inicia cuando en el escalafón se genera una vacante².

En un primer supuesto, la vacancia puede significar que un ministro ha cesado en sus funciones al cumplir 75 años³. Pero en un segundo y tercer supuesto, esta vacancia se produce cuando el funcionario deja su cargo porque pasa a ocupar, en el caso de los ministros de cortes de apelaciones, o frente a su fallecimiento⁴, para el caso de los ministros de la Corte Suprema.

En el proceso para designar a un ministro de las cortes de apelaciones, la Corte Suprema debe proponer una terna de candidatas y candidatos al Poder Ejecutivo para su elección. En el caso de una vacante en la Corte Suprema, se tratará ya no de una terna, sino de una quina propuesta por la misma Corte que será posteriormente presentada al Presidente de la República, el cual elegirá a uno de ellos, decisión que luego será ratificada por el Senado. Esto de conformidad a lo establecido en el artículo 78 inciso tercero de la Constitución que prescribe:

“Los ministros y los fiscales judiciales de la Corte Suprema serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado (...)”

En ambos casos el procedimiento consta con la exigencia de una serie de criterios con los que son evaluados los candidatos cuando se produce la vacancia de un puesto. En el presente

¹ Artículo 80 incisos 1 y 2 de la Constitución Política de la República.

² MACCLURE (2019) p. 10.

³ Artículo 80 incisos 1 y 2 de la Constitución Política de la República

⁴ Artículo 80 incisos 1 y 2 de la Constitución Política de la República

trabajo consideramos de vital relevancia cuestionar la pertinencia del criterio de antigüedad, el cual, en el proceso de selección de ministro de Corte Suprema permite que uno de ellos, solo en consideración a su antigüedad en el Poder Judicial.⁵

2. Modelos de nombramiento de magistrados en la carrera judicial

En la doctrina comparada se han identificado dos modelos de nombramiento de magistradas y magistrados: (a) el modelo burocrático y (b) el modelo semi-burocrático.

El primer modelo supone que la carrera judicial está sometida a otros poderes del Estado y se caracteriza por la idea de un juez técnico, ajeno a las influencias de la sociedad civil y política. En consecuencia, se establece un sistema de nombramiento que se basa en un intenso proceso de selección técnica mediante concurso o la obtención de un estudio especializado, dado que el proceso de ingreso y promoción es realizado exclusivamente o en conjunto con otros poderes de Estado. La promoción en este modelo se hace mediante concurso reservado a los miembros de la carrera judicial, a partir del mérito que es evaluado por el superior jerárquico, siendo la antigüedad un criterio a tomar en cuenta.⁶

El segundo modelo supone un sistema de ingreso y promoción que se caracteriza por ser autónomo, toda vez que la elección y ascensos queda en manos de órganos distintos al Poder Judicial y del Poder Ejecutivo. Se trata de órganos que están dotados de un nivel de representatividad social como base de su propia legitimación y, consecuentemente, como instrumento que otorga legitimidad en el origen de los miembros del Poder Judicial⁷.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y lo que se expondrá en los siguientes párrafos de este capítulo, podemos identificar que es el modelo burocrático el que está presente en el sistema de carrera judicial chileno debido a los órganos que intervienen el nombramiento de magistradas y magistrados de la Corte Suprema (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, específicamente el Senado) y al proceso de ingreso a la carrera judicial junto con su promoción, donde se siguen parámetros de índole técnica.

En base a lo expuesto anteriormente y, tomando en cuenta que en Chile existe un modelo burocrático, es menester indicar que, aunque existen criterios formales dentro de los procedimientos de nombramiento, hay un criterio denominado “de antigüedad” que le otorga preponderancia a quien la posea para ocupar un puesto dentro de las quinas de postulantes. En el presente trabajo nos dispondremos a examinar y cuestionar la pertinencia y relevancia de dicho criterio en nuestro sistema de nombramiento, específicamente en el proceso de selección de las y los ministros de la Corte Suprema.

⁵ MacClure (2019) p. 39.

⁶ González (2002) p. 284.

⁷ González (2002) p. 286.

3. Criterio de antigüedad: posibles significados.

Lo primero que debemos precisar es que se trata de un criterio ambiguo, pues admite más de un significado. Así lo explica Lucas MacClure, señalando que la Constitución, al referirse a la antigüedad, comprende al menos dos significados.⁸

Un primer significado alude al tiempo que el postulante ha ocupado el cargo de ministro de corte de apelaciones, mientras que un segundo significado dice relación con el tiempo durante el cual el o la postulante ha ocupado cualquiera de los cargos de la segunda categoría del Escalafón General de Antigüedad del Poder Judicial. Esta categoría comprende no solo a los ministros de las cortes de apelaciones, sino que también a los fiscales judiciales y a los relatores y secretarios de la Corte Suprema. En definitiva, “más antiguo”, se puede llegar a entender en sentido coloquial o bien, en el sentido técnico dispuesto por el Código Orgánico de Tribunales, que se entiende como “el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que esté en lista de méritos”⁹

Con todo, la Corte Suprema -rechazando este significado o sentido técnico- estableció que se debe preferir al ministro o ministra de la corte de apelaciones que haya desempeñado esta función durante el mayor periodo de tiempo.¹⁰

Ahora bien, se puede hablar de una tercera forma de entender en qué consiste el criterio de antigüedad.¹¹ Desde un punto de vista sistémico del régimen de nombramiento de ministros de la Corte Suprema, este criterio no opera de forma aislada, sino que lo hace en conjunto con otros mecanismos del Poder Judicial que le ayudan a encontrar un significado práctico, como el sistema de evaluaciones. De esta forma, el criterio de antigüedad podría traducirse en la acumulación de evaluaciones sobresalientes que ha tenido una jueza o juez a lo largo de su carrera judicial, de tal manera que podríamos entender que el más antiguo es aquel que ha logrado mantenerse y ascender en el Poder Judicial durante un largo tiempo, gracias a las constantes evaluaciones positivas que ha obtenido en el ejercicio de la judicatura.

A lo largo de este trabajo, se expondrá cómo desde distintos puntos de vista se puede atribuir diferentes significados al mismo criterio, tal como se puede apreciar en la tasa de elección bajo el criterio de antigüedad y el funcionamiento de la Corte Suprema en el acontecer diario, cuestiones que se desarrollarán en un capítulo posterior.

⁸ MACCLURE (2019) p. 41, pie de página N° 170.

⁹ Art. 283 del Código Orgánico de Tribunales

¹⁰ Auto acordado Corte Suprema Acta N°896-2012 de 20 de julio de 2012.

¹¹ Conversación con el Investigador Senior del Centro de Estudios Públicos (CEP), Lucas Sierra, quien nos dio la correspondiente autorización para utilizarla en esta investigación. Dicha conversación fue realizada con fecha 13 de junio de 2020 vía telefónica.

4. El criterio de antigüedad en la historia constitucional.

Para un estudio integral del criterio de antigüedad, creemos importante realizar un análisis histórico constitucional que nos permita verificar si ha sido consagrado en nuestras cartas fundamentales y poder efectuar una labor comparativa entre ellas.¹² Para desarrollarlo, contemplamos un rango de tiempo que va desde el año 1823 hasta el año 1925. La razón de esta elección radica en que en 1823 se produce la creación de la Corte Suprema de nuestro país, mientras que en el segundo año fue dictada la última Constitución que antecede a la actual.

Al comenzar a investigar la Carta Fundamental de 1823, junto con los textos constitucionales que le suceden, que corresponden a las Constitución Política de 1828 y 1833, fue posible verificar que no había mención alguna sobre este criterio u otro supuesto similar que se refiriera a la preferencia de la antigüedad de los candidatos a ministros de la Corte Suprema. No fue sino hasta el año 1875, en que encontramos la primera mención en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia.

Dicha ley fue de suma relevancia en la regulación normativa de la estructura orgánica del Poder Judicial. Es así como la norma viene a sistematizar, ordenar y compilar la regulación existente. Esto es de gran importancia, debido a que antes de esta ley, las normas que regulaban al Poder Judicial se encontraban repartidas en diversas leyes y otros cuerpos normativos.

Para nosotros es particularmente relevante lo que se señala en el artículo 102 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, específicamente en los incisos primero y segundo, contenido en el Título V “De la Corte Suprema”.¹³ La relevancia de este artículo radica en la expresa mención al criterio de antigüedad, aunque es importante destacar que solo se aplica en un sentido de jerarquía interna, debido a que en la época aún no ha nacido como un supuesto para un posible nombramiento como ministro de la Corte Suprema.

Años después, volvemos a encontrar mención del referido supuesto en el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución Política de la República de 1925.¹⁴ Para poder ahondar en las razones que tuvo en consideración el constituyente de aquella época para incorporar el criterio de antigüedad recurrimos a las Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República. En la redacción de estas actas participaron ilustres personajes de la

12 Todas las normas que a continuación serán citadas fueron obtenidas de la sección Ley Chile del sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/> (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020).

13 “La Corte Suprema se compondrá de siete miembros, uno de los cuales será su presidente. Los demás miembros se llamarán ministros, gozarán de precedencia los unos respecto de los otros por el orden de su antigüedad...” Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1046698> (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020).

14 “Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuesta por la misma Corte. Los dos Ministros más antiguos la Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán en atención a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia.”

época, quienes desempeñaron el rol de redactores.¹⁵ Estas Actas dan cuenta de proyectos de constitución previos a la Carta Fundamental definitiva del año 1925, consistentes en la Primera Prueba del Proyecto de reforma de la Constitución Política de la República (en adelante Primera Prueba) y la Segunda Prueba del Proyecto de reforma de la Constitución Política de la República (en adelante Segunda Prueba).¹⁶

Del estudio realizado, nos pudimos percatar que en la Primera Prueba o primer proyecto de Constitución, no había una mención alguna al criterio antigüedad de la carrera judicial en el nombramiento de ministros de la Corte Suprema, de tal forma que el inciso quinto del artículo 88 del Primer Proyecto¹⁷, que regulaba la materia, tomó como único criterio de nombramiento el voto acumulativo¹⁸.

La primera mención al criterio de antigüedad se encuentra en la Segunda Prueba. En las sesiones que dieron fruto al segundo proyecto de Constitución se empieza a discutir la incorporación de una regla que establezca que, en la lista de candidatos a ministros de la Corte Suprema, figuren aquellos de cortes de apelaciones más antiguos. Quien se refiere a esta incorporación es el señor Eliodoro Yáñez, quien propone que tres ministros formen parte de una quina con antigüedad. Si bien esta propuesta fue tomada positivamente en consideración, el presidente Alessandri estimó mejor reducir el número a dos. Estando de acuerdo con lo dicho por éste último, Eliodoro Yáñez agrega que “*La antigüedad no siempre es un antecedente, sobre todo, para llegar a la Corte Suprema, que exige más que todo, preparación vasta.*”¹⁹. Así y sin mayores discusiones o cuestionamientos sobre este nuevo criterio, fue redactado el inciso segundo del artículo 83 del Segundo Proyecto²⁰.

¹⁵ Dentro de ellos se encontraban el ex Presidente de la República Arturo Alessandri Palma, Luis Barros Borgoño, Eliodoro Yáñez, entre otros.

¹⁶ Además las Actas contienen una transcripción de todas las discusiones llevadas a cabo por la Comisión y Subcomisión encargadas de la redacción de la Primera y Segunda Prueba, las cuales fueron muy útiles para estudiar los fundamentos de los proyectos de constitución y posterior constitución definitiva.

¹⁷ “Los Ministros de la Corte Suprema, serán designados por el Presidente de la República de una lista de diez individuos formada en cada caso por la misma Corte, por medio del voto acumulativo;”

¹⁸ El voto acumulativo era un sistema de sufragio utilizado en Chile e introducido por la Ley Electoral del 1874 para la elección de diputados. El voto acumulativo “funcionaba entregándole al elector tantos votos como cargos había por llenar, dándole la posibilidad de no marcar todas sus preferencias, pudiendo de este modo acumularlas en los candidatos que indique al abstenerse de votar por los otros. De esta forma, se permitía a las minorías acceder a la anhelada representación parlamentaria ya que los partidos de oposición podían concentrar sus votos.”. MENA (2013) p. 24.

¹⁹ Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, página 367. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/19686/5/34309b.pdf> (Fecha de consulta: 31 de Junio de 2020).

²⁰ “Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuestos por la misma Corte. Los dos Ministros más antiguos de Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán por voto acumulativo, en atención a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia;”

Tomando los datos expuestos sobre las Actas Oficiales y Constitución de la República de 1925, podemos ilustrar las normas sobre nombramientos de ministros de la Corte Suprema en la siguiente tabla comparativa.

Primera prueba del proyecto de reforma de la Constitución Política de la República	Segunda prueba del proyecto de reforma de la Constitución Política de la República	Constitución de la República de 1925
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VII. PODER JUDICIAL</p> <p>Artículo 88 inciso quinto.</p> <p>Los Ministros de la Corte Suprema, serán designados por el Presidente de la República de una lista de diez individuos formada en cada caso por la misma Corte, por medio del voto acumulativo</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VII. PODER JUDICIAL</p> <p>Artículo 83 inciso segundo.</p> <p>Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuestos por la misma Corte. Los dos Ministros más antiguos de Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán por voto acumulativo, en atención a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VII. PODER JUDICIAL</p> <p>Artículo 83 inciso segundo</p> <p>Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuesta por la misma Corte. Los dos Ministros más antiguos la Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán en atención a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia</p>

Fuente: Elaboración propia

En conclusión, el criterio de antigüedad es regulado por primera vez en nuestro país en la Segunda Prueba, que como vemos en la tabla anterior, también formó parte del texto constitucional definitivo de 1925. Nos llama profundamente la atención que no haya un argumento fuerte o de fondo que justifique la decisión del constituyente de incorporarlo en Carta Fundamental de 1925. En las Actas Oficiales no se observa mayor discusión sobre este criterio, más allá de los breves dichos emitidos por el señor Yáñez, que hemos escrito en este capítulo. Justificaciones sobre la mayor o menor conveniencia sobre la decisión de nuestro constituyente en materia de nombramiento de ministros de la Corte Suprema, no han sido posibles de identificar.

5. Observaciones.

De acuerdo a los modelos sobre carrera judicial, antes vistos (modelo burocrático y semi-burocrático), nos parece que en Chile es posible caracterizar el sistema de carrera judicial como uno burocrático, puesto que nuestra regulación consiste en que las y los ministros de la Corte Suprema son elegidos a partir de una quina propuesta por la misma Corte, la cual sigue varios criterios formales para integrarla. Atendiendo a estos criterios, es posible

vislumbrar que existe la posibilidad de que uno de estos puestos en la quina quede asegurado automáticamente a quien cumpla con el criterio específico de antigüedad.

Lo anterior, junto al hecho de que este criterio es susceptible de diversos significados, nos lleva a la interrogante de por qué su existencia actual en nuestro sistema de nombramiento de jueces de la Corte Suprema.

Como vimos en la historia constitucional de nuestro país, si bien se trata de un criterio que se encuentra consagrado desde la Constitución de 1925, el constituyente de ese entonces no ofrece una razón de fondo contundente que justifique la existencia de éste, lo cual nos lleva a seguir cuestionándonos si la decisión tomada en aquella época por el poder constituyente cuenta con algún grado de vigencia que lo avale actualmente.

CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO

Ya definido el marco teórico de nuestra investigación, en este capítulo atenderemos a la legislación aplicable al proceso de nombramiento de ministros de la Corte Suprema. El objetivo es dilucidar como se regula el criterio de antigüedad en nuestro ordenamiento jurídico. En este mismo sentido, será estudiada la normativa comparada, así evaluar cómo se enfrentan otros países al fenómeno del nombramiento, y si es también predominante el criterio de antigüedad.

1. Regulación nacional

El estudio de esta sección contemplará tres cuerpos normativos: la Constitución Política de la República, el Código Orgánico de Tribunales y los Autos Acordados dictados por la Corte Suprema en relación con esta materia, como se expone a continuación.

a) Constitución Política de la República

La Constitución, dentro de otras normas referidas al sistema de nombramientos, contempla el criterio de antigüedad en su artículo 78, a propósito de la composición de las quinas para la designación de un ministro de la Corte Suprema.

La Carta Fundamental, en relación con la vacante y la propuesta de cinco miembros para ese lugar, asegura un cupo al postulante más antiguo para que integre la quina por razones de antigüedad, de manera que la votación para seleccionar a los postulantes se reduce para completar los cuatro cupos restantes. El inciso quinto de la norma citada establece que *“la Corte Suprema, cuando se trate de proveer un cargo que corresponda a un miembro proveniente del Poder Judicial, formará la nómina exclusivamente con integrantes de éste y deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos. Los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de los candidatos”* (El destacado es nuestro).

Así las cosas, el postulante más antiguo integra *por default* la nómina en cumplimiento del mandato constitucional, requiriendo únicamente expresar su interés en el cargo para convertirse en ministro de la Corte Suprema.

b) Código Orgánico de Tribunales

Este cuerpo legal es uno de los más relevantes a la hora de evaluar la normativa que regula el nombramiento de un ministro para la Corte Suprema, y en particular, en la aplicación del criterio de antigüedad.

El sistema de nombramiento se vincula directamente con el proceso de calificación de los ministros, los que evaluados en diferentes listas (sobresaliente, muy buena, satisfactoria y regular). Los postulantes tendrán derecho preferente de acuerdo con la lista en la que se encuentren. A igualdad de lista calificatoria, se preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad de ésta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes, según reza el artículo 281.²¹ Como podemos advertir, el criterio de antigüedad cobra una relevancia difícil de exagerar, al consistir en un antecedente determinante para definir qué funcionario podría integrar la quina correspondiente a la Corte Suprema. Este artículo es transversal para el sistema de nombramiento cuando los criterios formales son insuficientes.

Con respecto a los otros candidatos que conforman la quina, el proceso de nombramiento está regulado en los artículos 279 a 284 del Código Orgánico de Tribunales.

c) Auto Acordados de la Corte Suprema

De los auto acordados que regulan el proceso de designación de ministros de la Corte Suprema, en particular, para la designación de un miembro correspondiente al cupo de “integrantes del Poder Judicial”, el Auto Acordado Corte Suprema AD 896-2012 de 20 de julio de 2012²² tiene vital importancia.

La Corte Suprema, al conformar la nómina de cinco candidatos y dando cumplimiento a lo que ordena la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales²³, aplica lo que denomina “criterio de derecho propio”, lo que significa dejar un lugar para el ministro más antiguo de la corte de apelaciones que figure en la lista de méritos, tal como fue expresado con anterioridad. Esa antigüedad será medida exclusivamente considerando el tiempo que ha

²¹ En caso de que algún ministro de Corte de Apelaciones o juez letrado deba figurar por antigüedad en las propuestas a que se refiere el artículo 75 de la Constitución Política de la República, y 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. Debe dejarse constancia del número de votos.

²² Disponible en: <https://autoacordados.pjud.cl/#subparrafo241>

²³ Inciso quinto del artículo 78 de la Constitución Política de la República, e inciso primero del artículo 283 del Código Orgánico de Tribunales

permanecido dicho ministro como miembro de la corte de apelaciones, independiente de la extensión del período en que figure en la Segunda Categoría del Escalafón Primario.

Fuera de esta mención, los otros cuatro candidatos se ciñen al llamado a concurso que se realiza para llenar la vacante, regulado por otros tantos auto acordados.

2. Derecho comparado

Las legislaciones que serán estudiadas en este punto nos permitirán hacer un paralelo sobre el criterio de antigüedad según su sentido, alcance e importancia en nuestro país en comparación a otros ordenamientos jurídicos.

Para realizar el análisis de este apartado se tuvieron en consideración cuatro países: Perú, Argentina, España e Italia. La elección de estudiar dichos países se centra en que todos ellos forman parte del sistema de derecho continental²⁴, al que pertenece nuestro país.

Sin embargo, la información que será señalada a continuación se concentra en dos de ellos: Perú y España. Esta decisión fue tomada debido a que las legislaciones de Argentina e Italia no abordan el criterio de antigüedad en profundidad como sí lo hacen Perú y España, permitiéndonos estos últimos abordar de mejor forma un estudio comparativo entre ellos y nuestra legislación sobre cómo se regula y aplica el criterio de antigüedad.

a) Perú

En el caso de Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura tiene la potestad para seleccionar, nombrar, ratificar y destituir a magistrados de distintos niveles, y su orgánica se encuentra regulada en la Constitución Peruana²⁵, pero, además, se trata de un órgano independiente que se rige por su Ley Orgánica.²⁶

Respecto al procedimiento para nombrar a los jueces, incluyendo a los jueces de la Corte Suprema, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura²⁷ y la Ley de Carrera Judicial²⁸ (en adelante LCJ²⁹) regulan los distintos pasos y etapas que se deben seguir. Para iniciar el proceso, el Presidente del Consejo convoca a concurso.³⁰ Luego, los postulantes deben someterse a una evaluación de méritos y personal, presentando los documentos

²⁴ Vargas (2007) p. 103.

²⁵ Artículos 150 y ss.

²⁶ Ley N°26.397 de 1994.

²⁷ Artículos 22 y siguientes.

²⁸ Artículos 13 a 26

²⁹ Ley N°29.277 de 2008.

³⁰ Dicha convocatoria se publica 3 veces consecutivas en el Diario Oficial “El Peruano” y uno de los diarios de mayor circulación, pero si el nombramiento es de una Corte superior, también se publica en el periódico encargado de los avisos judiciales de la sede respectiva

señalados en el reglamento y, después de calificar los documentos presentados, se publica la nómina de postulantes aptos a ser considerados.

Cabe mencionar que la postulación es abierta y, solo en el caso de los Jueces Superiores y Supremos, se establece una reserva del 30% de plazas para quienes ya pertenecen a la carrera y puedan ascender.³¹ La fase siguiente consiste en un concurso de méritos y evaluación personal con tres etapas: i) Calificación de los méritos acreditados en el currículum vitae; ii) Examen escrito y iii) Evaluación personal. Si aprueban las etapas anteriores pasan a entrevista personal. Con los resultados del concurso y evaluación, el Consejo en pleno procede a nombrar al ministro respectivo, de acuerdo al artículo 182 de la Constitución Peruana.

Por otro lado, la LCJ se encarga de regular los requisitos para los postulantes a Juez Supremo (que es lo que nos compete para efectos de este trabajo), que son los siguientes: i) ser mayor de 45 años; ii) Haber ejercido el cargo de Juez superior o Fiscal 10 años, o bien, haber ejercido abogacía o docencia universitaria en materia jurídica por 15 años; iii) Haber superado la evaluación prevista por el Consejo; y iv) Participar del programa de inducción³².

Para la elección de los jueces en todos los niveles del Poder Judicial la postulación es siempre abierta, incluyendo aquellos de la Corte Suprema, y solo se menciona la antigüedad en cuanto a reservar un 30% de las plazas a quienes ya pertenecen a la carrera judicial.

b) España

En España el órgano de gobierno judicial del Poder Judicial es el Consejo General del Poder Judicial. Tiene a su cargo el nombramiento de los magistrados, especialmente de los Tribunales Superiores y del Tribunal Supremo y busca garantizar la independencia de los jueces³³.

Es liderado por un presidente, quien a su vez es Presidente del Tribunal Supremo. Para acceder a este cargo, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), debe ser miembro de la carrera judicial con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo o bien ser un o una jurista de reconocida competencia con más de veinticinco años de antigüedad en el ejercicio de su profesión.³⁴

La carrera judicial en España se estructura en tres categorías: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo. Se accede a la categoría de juez o a la carrera judicial propiamente tal

³¹ Artículo 3 LCJ

³² Artículo 6 LCJ

³³ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Que-es-el-CGPJ/Funciones-/> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2020].

³⁴ Artículo 586

mediante una oposición libre convocada bienalmente y un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial³⁵.

De jueces a magistrados, conforme a lo que prescribe la LOPJ, se establecen dos mecanismos de ascenso: el de antigüedad y el de pruebas selectivas o de especialización. Cada cuatro vacantes de magistrados, dos serán para los jueces con más antigüedad. Otra de las plazas se cubrirá mediante pruebas selectivas en las jurisdicciones civiles y penales y según el criterio de especialización en el orden contencioso-administrativo y social, y en materia mercantil y de violencia sobre la mujer. Por último, la plaza restante se otorgará a través de concurso a un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años en la profesión y, en caso de que no se cubra esta plaza por este medio, se cubrirán por antigüedad, pruebas selectivas o de especialización³⁶.

El nombramiento de magistrado a Jueces Supremos es regulado pormenorizadamente la LOPJ. De forma sintetizada podemos decir que cuatro de cada cinco plazas de magistrados del Tribunal Supremo serán para magistrados con diez años en el cargo y, al menos, quince en la carrera judicial. Dos de ellas serán cubiertas mediante pruebas selectivas o de especialización y las otras dos se proveerán entre magistrados mediante el criterio escalafonal, o sea, diez años en el cargo y, al menos, quince en la carrera judicial. La plaza restante será para juristas de reconocido prestigio con méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y más de quince años de ejercicio profesional preferente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados³⁷.

3. Observaciones

Del análisis de nuestro ordenamiento y del derecho comparado es posible colegir algunas importantes observaciones respecto al asunto que nos convoca.

En primer lugar, en lo que refiere a nuestra normativa nacional, contamos con un mandato expreso del legislador en la Constitución Política de la República, donde nos indica que, al momento de conformar una quina para el proceso de designación de un ministro de Corte Suprema, el mismo tribunal debe guardar un puesto exclusivo dentro de la nómina a ministro de la Corte más antiguo.

Lo mismo afirma el Código Orgánico de Tribunales, siendo la norma de rango legal más importante para estos efectos. Se queda con la misma idea, sin expresar mayores parámetros o explicaciones de este derecho preferente. Incluso, sigue remitiéndose en su artículo 281

³⁵ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a-Informacion-general/> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2021]

³⁶ Artículo 311

³⁷ Artículos 343, 344 y 345.

inciso segundo al artículo 75 de la Carta Fundamental, donde se haría mención del alcance del criterio de antigüedad, que por supuesto, no se encuentra en ese artículo, y habiendo pasado 15 años desde la reforma del año 2005³⁸, parece injustificable.

Al continuar con los auto acordados y a la espera de un mejor fundamento que respalde la existencia de este criterio en la materia, tenemos que el máximo tribunal se limita a indicar que da cumplimiento a lo mandado y a precisar su lectura sobre el criterio, expresando que la “antigüedad” será el tiempo de permanencia del candidato dentro de la corte de apelaciones.³⁹

Por lo tanto, nuestro ordenamiento es bastante egoísta en entregarnos claridad o supuestos. Por ejemplo, ¿qué hacer frente a dos miembros que cuenten con la misma antigüedad en el Poder Judicial? o ¿qué es lo que garantiza este derecho? Así como lo vemos, es un criterio con regulación, pero sin respaldo jurídico.

En segundo lugar, en lo que respecta al derecho comparado, observamos que el criterio de antigüedad no resulta tan imperativo como sucede en el caso chileno, que cuenta con un respaldo constitucional y legal. Resulta evidente la fuerza que tiene el criterio de antigüedad en nuestro sistema en comparación con el caso de Perú, por cuanto en este no es un mandato establecido por la Constitución, y sólo supone la posibilidad de guardar un 30% de las plazas a quienes ya forman parte del sistema judicial, contrario a lo que sucede en el caso chileno, en que de los 21 miembros de la Corte Suprema, sólo 5 deben ser externos al poder judicial, según dispone la Constitución.⁴⁰

Por otro lado, respecto de la situación de España podemos apreciar que el criterio de antigüedad cobra relevancia en los órganos y cargos de jerarquía superior en el Poder Judicial español, o sea, para el cargo de juez supremo. Con todo, no resulta determinante, pues los nombramientos se rigen por un sistema de promoción por turnos y no por antigüedad.

CAPÍTULO III: ESTUDIO EMPÍRICO

Analizado el criterio de antigüedad desde su historia, alcances y regulación nacional e internacional, en este capítulo se busca verificar la *efectiva* relevancia del criterio de

³⁸ Los primeros tres incisos del artículo 75 de la Constitución antes de la modificación que introduce el Decreto Supremo N°100 del año 2005, que son aquellos que son relevantes para efectos de este trabajo, rezaban lo siguiente: “En cuanto al nombramiento de los jueces la ley se ajustará a los siguientes preceptos generales. Los ministros y fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte. El ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos ocupará un lugar en la nómina señalada. Los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia. Los ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema”.

³⁹ Auto acordado Corte Suprema AD 896-2012 de 20 de julio de 2012

⁴⁰ Artículo 78 inciso 4.

antigüedad en el proceso de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema. Asimismo, se busca analizar este criterio desde la perspectiva de la figura de los abogados/as integrantes.

Para ello, en primer lugar, realizamos un examen sobre los resultados de los procesos de el nombramiento de los actuales ministros de la Corte Suprema y cómo opera en la práctica el criterio de antigüedad. En segundo lugar, ilustraremos a nuestro lector sobre los problemas que surgen día a día en relación a este supuesto y a la puesta en práctica del sistema de designación, en base a un análisis empírico sobre el funcionamiento diario de la Corte Suprema.

1. Tasa de elección bajo el criterio de antigüedad.

En esta parte del capítulo analizaremos la conformación de las quinas en la Corte Suprema, con el objetivo de conocer cómo ha influido el criterio de antigüedad en una posterior designación de los ministros.

Para esto hemos recopilado la información de la conformación de las quinas de los actuales ministros de la Corte Suprema mediante una solicitud de acceso a la información pública dirigida al Ministerio de Justicia. Para conocer quiénes, dentro de esa quina, fueron nombrados ministros utilizamos la información disponible mediante la transparencia pasiva en el Poder Judicial.⁴¹

Respecto de la primera recopilación de datos mencionada, es decir, respecto de la designación de los actuales ministros, nos focalizamos en conocer quiénes componían la quina en la que se encontraban cada uno de los que ocupan actualmente el cargo y quién de los cinco elegibles estaba haciendo uso de su derecho propio.

Los resultados de nuestra investigación, expresados en el cuadro que se muestra a continuación, nos permiten concluir que en los últimos diez años ninguno de los actuales ministros de la Corte Suprema ha sido designados en el cargo luego de haber ingresado a esta quina haciendo uso de su derecho propio.

Año de nombramiento	Conformación Quina	Derecho Propio	Ministro Designado
2008	Rosa María Maggi, Juan Manuel Muñoz, Eduardo Solís, Julio Torres Allú, Guillermo Silva	Julio Torres Allú	Guillermo Silva Gudelach
2005	Lenin Lillo Hunzinker, Julio Torres Allú, Margarita Herreros Martínez, Gabriela Pérez Paredes, Sergio Muñoz Gajardo	Julio Torres Allú	Sergio Muñoz Gajardo
2008	Julio César Torres Allú, Alfredo Pfeiffer Richter, Haroldo Brito Cruz, Guillermo Silva Gundelach, Rosa María Maggi Ducommun	Julio Torres Allú	Haroldo Brito
2009	Julio Torres Allú, Carlos Aránguiz, Alfredo Pfeiffer, Rosa Egnem, Rosa María Maggi	Julio Torres Allú	Rosa María Maggi

⁴¹ Disponible en: <https://www.pjud.cl/corte-suprema>

2009	Julio Torres Allú, Alfredo Pfeiffer, Carlos Aránguiz, Víctor Montiglio, Rosa Egnem	Julio Torres Allú	Rosa Egnem
2011	Juan Escobar Zepeda, Lamberto Cisternas, Alfredo Pfeiffer, Carlos Aránguiz, Juan Fuentes	Alfredo Pfeiffer	Juan Fuentes
2013	Alfredo Pfeiffer Richter, Carlos Cerda Fernández, Carlos Aránguiz Zúñiga, Juan Manuel Muñoz Pardo, Ricardo Blanco Herrera	Alfredo Pfeiffer	Ricardo Blanco
2013	Alfredo Pfeiffer Richter, Carlos Cerda Fernández, Carlos Aránguiz Zumiga, Juan Manuel Muñoz Pardo, Gloria Ana Chevesich Ruiz	Alfredo Pfeiffer	Gloria Chevesich
2015	Alfredo Pfeiffer Richter, Juan Escobar Zepeda, Carlos Cerda Fernández, Carlos Aránguiz Zúñiga, Raúl Mera Muñoz	Alfredo Pfeiffer	Carlos Aránguiz
2015	Alfredo Pfeiffer Richter, Jorge Dahm Oyarzún, Juan Pedro Shertzer Diaz, Roberto Contreras Olivares, Manuel Valderrama Rebolledo	Alfredo Pfeiffer	Manuel Valderrama
2019	Alfredo Pfeiffer Richter, Jorge Dahm Oyarzún, Mauricio Silva Cancino, Roberto Contreras Olivares, María Angélica Repetto García	Alfredo Pfeiffer	Jorge Dahm
2019	Sergio Mora Vallejos, Mauricio Silva Cancino, Roberto Contreras Olivares, Dobra Lusic Nadal, Javier Maya Cuadra	Sergio Mora Vallejos	Mauricio Silva
2019	Sergio Mora Vallejos, Miguel Vázquez Plaza, Roberto Contreras Olivares, Dobra Lusic Nadal, María Angélica Repetto García	Sergio Mora Vallejos	María Angelica Repetto
2020	Sergio Mora Vallejos, Miguel Vázquez Plaza, Roberto Contreras Olivares, Leopoldo Llanos Sagristá, Mario Carroza Espinoza	Sergio Mora Vallejos	Leopoldo Llanos
2020	Sergio Mora Vallejos, Adelita Ravanales Arriagada, María Soledad Melo Labra, Mario Carroza Espinoza; Jessica González Troncoso	Sergio Mora Vallejos	Adelita Ravanales

Fuente: Elaboración propia.

Los resultados aquí señalados nos llevan a preguntarnos lo siguiente: ¿Por qué seguimos utilizando un criterio que en la práctica ha quedado completamente obsoleto?

La respuesta a esta interrogante se verá al final de este capítulo.

2. Abogados integrantes y el criterio de antigüedad

Para esta segunda parte del capítulo, y a raíz de los datos obtenidos en el punto anterior, nos cuestionamos lo siguiente: si ningún ministro es elegido en base al criterio de antigüedad, ¿qué ocurre en la práctica cuando es necesario suplir a un ministro de la Corte Suprema?

Nos surgió así la inquietud de poder analizar el funcionamiento diario de la Corte Suprema, con el fin de ver si tiene algún respaldo práctico el criterio de antigüedad. Lo que buscamos es analizar, en la práctica, el quehacer diario de la Corte y cómo se suplen las inasistencias de los ministros, en base a datos empíricos que se encuentran disponibles en la página del Poder Judicial, y que consisten específicamente en la integración diaria de cada Sala de la Corte Suprema, que es publicada día a día en ella.⁴²

Nuestro objetivo es evidenciar qué ocurre diariamente en la Corte Suprema, quiénes integran cada sala de la Corte y quiénes reemplazan las inasistencias de los ministros, para luego con estos datos analizar si realmente tiene algún sentido práctico la existencia del criterio de antigüedad y su consagración constitucional.

Nuestra metodología consistió en analizar la integración de cada sala, tomando en cuenta todos los días en que se llevaron a cabo sesiones, en los 12 meses del año 2018. De esta manera, tratamos de tener a la vista la cantidad de asistencias de los ministros de la Corte Suprema y analizar con qué tanta frecuencia abogados/as integrantes son llamados a formar parte de las salas del máximo tribunal.

Nos gustaría destacar que el fin de esta recopilación de datos no es criticar las inasistencias de los ministros de la Corte Suprema ni cuestionar los motivos de ellas. Entendemos que tal como en cualquier trabajo hay derecho a feriados legales, permisos, licencias médicas y ausencias por comisiones de servicio.

Los abogados integrantes son agentes externos del Poder Judicial, que son designados por el Presidente de la República, a partir de una terna propuesta por la Corte Suprema⁴³. Su designación tiene una duración de tres años cuando son elegidos para integrar esta Corte.⁴⁴ Su principal función es subrogar a los ministros cuando éstos no pueden asistir.

José Miguel Aldunate sostiene que “Los abogados integrantes son una pieza muy relevante para el correcto funcionamiento de los tribunales de justicia. Con todo, mientras que la

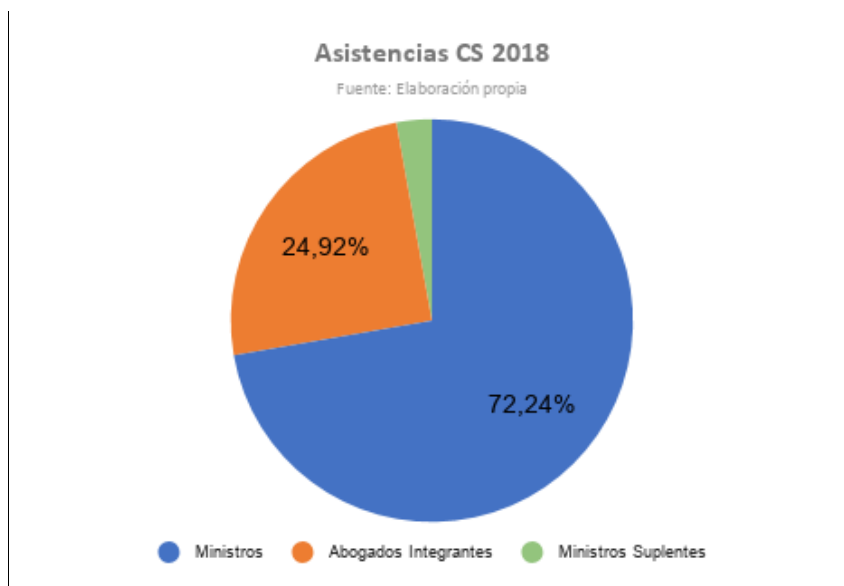
⁴²Integraciones de la Corte Suprema. Disponible en: <https://www.pjud.cl/integraciones> (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020).

⁴³Artículo 219 incisos primero y quinto del Código Orgánico de Tribunales. Para una normativa más completa sobre los abogados integrantes, revisar los artículos 215, 216, 217, 218, 219, 220 y 221 del mismo Código.

⁴⁴ ALDUNATE (2020) p. 7.

normativa establece su presencia en las salas de las cortes como un recurso excepcional, en la práctica, la regla general es que éstas cuenten con la integración de abogados externos⁴⁵.

En concordancia con la cita anterior y, según los datos recopilados, casi un cuarto de las integraciones de las salas de la Corte Suprema durante el año 2018 fue cubierto por abogados integrantes.



Tal como se observa en el gráfico anterior, un 24,92% de los reemplazos a ministros de la Corte Suprema en el año 2018 es hecho por los abogados integrantes. Esto viene a ilustrar el hecho de que la antigüedad, vinculada con la experiencia y las calificaciones de años de carrera judicial, no es un criterio aplicable a todos los ministros del máximo tribunal y que nos pueda asegurar el desempeño de un futuro ministro a la Corte Suprema.

El punto que queremos destacar es que a los abogados integrantes son agentes externos al Poder Judicial, por lo que no se les aplica el criterio de antigüedad al momento de ser elegidos. Ellos desempeñan el mismo rol que un ministro de Corte Suprema, estando igualmente habilitados a la hora de tomar decisiones. Esto nos demuestra que la capacidad de decidir en un juicio finalmente no radica en la antigüedad sino en otros elementos, como los conocimientos, la experiencia, entre otros.

¿Qué implicancias podemos deducir del hecho que, aun existiendo un sistema de nombramiento de ministros de la Corte Suprema regulado en auto acordados, en la ley e incluso en la Constitución, un cuarto de las causas vistas fueron atendidas por personas que no han sido llamadas al cargo de ministro de la Corte Suprema?

⁴⁵ Ibídem p. 6.

3. Observaciones

De los datos anteriores, podemos concluir que el criterio de antigüedad en la designación de las y los ministros de la Corte Suprema se encuentra por completo obsoleto o en desuso, ya que en los últimos diez años ninguno de los ministros actuales han sido nombrados en virtud de este supuesto.

Podemos reforzar esta idea mediante otra investigación hecha sobre el mismo tema en la que se tenía como objetivo conocer las edades de los nominados a convertirse en ministros de la Corte Suprema, pero que, pese a tener un fin distinto, logró concluir en que en el periodo entre los años 1990 y 2019 solo 3 de los nominados por su derecho propio llegaron a ser nombrados⁴⁶,.

A partir de los datos obtenidos planteados en la primera parte de este capítulo, nos encontramos luego con un segundo estudio empírico sobre los abogados integrantes, a quienes no les aplica el criterio en cuestión al momento de ser elegidos. Pese a esto, podemos corroborar que ellos desempeñan en la práctica un rol similar al de los ministros, estando ambos igualmente habilitados a la hora de tomar decisiones. Esto demuestra que la capacidad de decidir en un juicio finalmente no radica en la antigüedad sino en otros elementos, como los conocimientos, experiencia, entre otros.

En efecto, un cuarto de los reemplazos a ministros de la Corte Suprema en el año 2018 es suplidos por los abogados integrantes. Esto en ningún caso quiere decir que los abogados integrantes hagan el trabajo de mejor forma que los ministros, sino que son un ejemplo que viene a ilustrar el hecho de que la antigüedad, vinculada con la experiencia y calificaciones de años de carrera judicial no es un criterio que nos pueda asegurar el desempeño de un futuro ministro a la Corte Suprema.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y NUEVA CONSTITUCIÓN

Teniendo en consideración la investigación plasmada en los capítulos anteriores, a continuación, se presentarán algunas reflexiones sobre el criterio de antigüedad en el sistema de nombramiento de los ministros de Corte Suprema, así como también algunas recomendaciones de cara a un proceso constituyente.

Para ello, es necesario tener en cuenta lo siguiente. Como hemos mencionado, el artículo 78 inciso 4 de la Constitución dispone que en las quinas de candidatos internos presentadas para la posterior elección de un Ministro de Corte Suprema, debe ocupar un lugar aquel ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en la lista de méritos, para lo cual la misma Corte Suprema carece de potestad para excluir a dicho candidato de la quina, quien tiene el derecho a ser incluido en la misma.

⁴⁶ HERNANDO Y SIERRA (2019) p. 9

Ahora bien, es necesario aclarar que el ministro de corte de apelaciones más antiguo tiene un derecho a formar parte de la quina, mas no a ser elegido como ministro de la Corte Suprema. De hecho, mediante nuestro estudio empírico se ha podido evidenciar que en el periodo investigado ninguno de los ministros que formaron parte de la quina por este derecho fueron escogidos finalmente como ministro de la Corte Suprema.

1. ¿Es pertinente mantener el criterio de antigüedad en una nueva Constitución?

a) Ausencia de fundamento en la Constitución de 1925 y repetición en la Constitución de 1980.

Dada la información recogida por el equipo de Semillero de Derecho Procesal de nuestra universidad y plasmada a lo largo de esta investigación, la pertinencia del criterio de antigüedad parece bastante cuestionable. Los motivos que nos llevan a esta conclusión se hallan expresados en el capítulo I.2 referente a la historia constitucional de este derecho.

Si recordamos, la incorporación del criterio de antigüedad se planteó en las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución de 1925. En ellas, se propuso por parte de Eliodoro Yáñez reservar tres cupos en la conformación de la quina para el nombramiento de un ministro de la Corte Suprema, exclusivamente a los miembros más antiguos del Poder Judicial. Si bien, su propuesta gozó de vasta aceptación por el resto de los miembros de la comisión, ella no cuenta con justificación alguna, ya que, no se entregaron argumentos en favor de su incorporación que sustentaran la necesidad de crear este derecho propio.

Esta ausencia de razonamiento se mantuvo en las discusiones que dieron lugar a nuestra actual Constitución, donde el constituyente solo limitó a reducir el número de beneficiados por este derecho, pero la decisión tampoco fue debidamente fundamentada.

Por lo anterior, es criticable la existencia de un criterio de tal relevancia que por 96 años no se hayan sustentado argumentos razonables y concretos y que siga vigente hasta hoy en día sin ningún tipo de cuestionamientos.

b) Irrelevancia práctica.

Siguiendo la línea argumentativa anterior, ante la falta de fundamentación del criterio de antigüedad pareciera ser necesario darle un sentido práctico a dicho criterio para entender su existencia y utilidad. De esta forma podremos concluir si efectivamente es relevante su existencia y si cumple un rol fundamental en el sistema de nombramientos.

Tal como pudimos apreciar en el capítulo anterior, en el primer estudio empírico realizado quedó de manifiesto que en los últimos 10 años aquel candidato o candidata que llega a integrar la quina por criterio de antigüedad no es elegido finalmente como ministro. Ello hace

perder toda relevancia práctica a la existencia del criterio de antigüedad en la misma Constitución, pareciendo ser determinantes otros criterios a la hora de elegir al ministro o ministra de la respectiva quina.

Ahora, ¿Cómo relacionamos el segundo estudio empírico realizado en esta investigación con el criterio de antigüedad en el nombramiento de ministros de la Corte Suprema, a pesar de la falta de fundamentación de este criterio? ¿Es relevante en la práctica un criterio como este? Para responder a esta pregunta, nos gustaría analizar el criterio de antigüedad visto desde un punto de vista sistémico.

Si entendemos que un juez de mayor antigüedad es aquel que debería ser más idóneo para el cargo de ministro de la Corte Suprema y por ello le garantizamos un lugar en la quina de candidatos es porque asumimos que dicho juez es aquel que ha obtenido calificaciones sobresalientes durante todas las evaluaciones del Poder Judicial a lo largo de su carrera. Así, el criterio de antigüedad vendría a positivizar una situación, que es que un juez antiguo ha sido evaluado bien durante su carrera judicial, lo cual se vincula estrechamente con una acumulación de buenos resultados.

Por lo tanto, analizando el criterio de antigüedad desde este punto de vista, en virtud del cual este criterio no opera de forma única, sino que en conjunto con otros mecanismos como el sistema de evaluaciones que le ayudan a encontrar un significado práctico, no podemos tener certeza de que el juez más antiguo sea necesariamente el juez más idóneo para el cargo, porque la antigüedad no puede ser entendida como sinónimo de un juez sobresaliente, tomando en cuenta las críticas y deficiencias del sistema de evaluación del Poder Judicial.

Como sabemos, el sistema de calificaciones es muy relevante en el Poder Judicial a la hora de poder ascender jerárquicamente y llegar a escalafones más altos. El problema de este sistema de evaluaciones -lo que coincide con una de las reiteradas críticas que se le ha hecho al Poder Judicial- es que este no refleja la realidad del mundo judicial, ya que en la práctica un alto porcentaje de jueces y juezas de diversos escalafones obtienen evaluaciones o calificaciones sobresalientes, lo cual pone en duda la veracidad y transparencia de dichas evaluaciones que posteriormente les permiten ascender en el Poder Judicial. Entonces, si tenemos un sistema de evaluaciones que podría caracterizarse de deficiente o poco fiel a la *práctica* judicial, ello se traduce en que un juez que lleva casi toda su vida ejerciendo la judicatura no es *realmente* el candidato adecuado para un cargo de tanta relevancia como ser ministro del Tribunal Supremo de nuestro país.

Finalmente, y relacionado con el argumento recién presentado, en el funcionamiento de la Corte Suprema tampoco vemos que tenga relevancia alguna el criterio de antigüedad. Como evidenciamos en el capítulo anterior, durante el año 2018 casi un cuarto de los reemplazos en las sesiones del Tribunal Supremo fue efectuados por abogados integrantes, quienes son preferidos incluso antes que los ministros suplentes. En este sentido, la figura de los abogados integrantes viene a ilustrar el hecho de que el criterio de antigüedad no cuenta con apoyo

empírico, ya que nos encontramos con profesionales que suplen la labor de los ministros, pero que para su elección la antigüedad no es requisito de un desempeño satisfactorio, ni tampoco son sometidos al mismo sistema de evaluación o calificación de los ministros.

c) El criterio de antigüedad no garantiza idoneidad y calificación de los ministros.

Uno de los principales problemas que identificamos en la aplicación de este criterio en la práctica judicial es que acceder a un cargo, como lo es ser juez de la Corte Suprema, a través de la antigüedad no implica necesariamente expertiz respecto de la materia que deberá fallar. En efecto, si en virtud del criterio de antigüedad se llega a asignar a dicho cargo un ministro de avanzada edad no podríamos negar que tendrá un real conocimiento sobre aspectos formales del funcionamiento del sistema judicial, pero en lo que respecta a temas de fondo que están en boga hoy en día como lo son los derechos humanos, familia o género, la administración de la justicia que lleve a cabo puede ser deficiente. Ello, pues se corre el riesgo de que el juez que esté a cargo de fallar este tipo de asuntos pueda replicar doctrinas acorde a su tiempo y edad, las cuales no siempre favorecen a los involucrados, sino que derechamente las perjudican, estancando evidentemente el desarrollo de estas materias a nivel jurisprudencial y contrariando lo mandatado por las cortes internacionales.

En definitiva, creemos que en virtud del criterio de antigüedad se pueden reforzar e, incluso, afianzar ciertas ideas o razonamientos en la Corte Suprema que, si bien en su momento eran las comunes o las más aceptadas, hoy en día no se condicen con las exigencias y los desafíos que se le plantean al derecho como fenómeno normativo a nivel social.

Cabe agregar, que también existen implicancias desde la perspectiva de la igualdad de género en el Poder Judicial en relación al criterio de antigüedad. Como consta en la tabla de las páginas 16 y 17, quienes han integrado la quina en base a este supuesto han sido siempre hombres. La razón de ello es que justamente los miembros más antiguos en el Poder Judicial son hombres y la gran mayoría de ellos se encuentran en las Cortes de Apelaciones. Si bien durante las últimas décadas cada vez más mujeres se han ido integrando al Poder Judicial y se ha podido ir paulatinamente igualando el porcentaje de géneros en la 2º y 3º Categoría del Escalafón Primario⁴⁷, la mayor disparidad se encuentra en la 1º Categoría, que corresponde precisamente a la Corte de Apelaciones.⁴⁸ Hay una alta participación masculina en las cortes de apelaciones (59,3%), lo cual implica que la mayoría de sus miembros y los más antiguos son hombres. Consecuencia de lo anterior es que cada vez que deba conformarse una quina para elegir a un futuro ministro de la Corte Suprema, la probabilidad de que dicho candidato sea hombre es más alta en comparación a las probabilidades de una ministra mujer.

⁴⁷ La 2º Categoría del Escalafón Primario del Poder Judicial, que corresponde a Cortes de Apelaciones, está compuesto por un 40,6% de mujeres y 59,3% de hombres. Por su lado, la 3º Categoría del Escalafón Primario del Poder Judicial, que corresponde a tribunales de primera instancia, está compuesto por un 56% de mujeres y 44% de hombres. MILLÁN ZAPATA (2019). Lámina 2.

⁴⁸ La 1º Categoría del Escalafón Primario del Poder Judicial está compuesta por un 27,2% de mujeres y 72,7% de hombres. Ídem.

Sin embargo, cabe advertir que esta es una situación que puede revertirse a futuro por medio de la mayor participación de magistradas en las cortes de apelaciones de nuestro país, la cual si bien actualmente no es baja (40,6%), sí podría ser más alta, ya que incluso es posible observar a la fecha que existen dos cortes de apelaciones en todo Chile que no cuentan con ninguna magistrada chilena.⁴⁹ Por lo tanto, a medida que más mujeres asuman cargos en la 2º Categoría, mayor será la posibilidad de que ellas también tengan la oportunidad de contar con su derecho propio a conformar la quina de candidatos a ministros de la Corte Suprema.

2. Recomendaciones para una nueva Constitución.

a) Eliminar el criterio de antigüedad en el proceso de nombramiento de ministros de la Corte Suprema.

En primer lugar, analizando el origen del criterio de antigüedad, podemos concluir que no existe un fundamento, como se ha señalado, de su incorporación en la Constitución de 1980, pues no se esgrimen razones de peso que hayan justificado su incorporación y posterior mantención en el texto constitucional actualmente vigente.

En segundo lugar, a partir del análisis empírico realizado, se concluye que este criterio no tiene aplicación práctica en la medida que los postulantes que integran las quinas en ejercicio del derecho de preferencia por antigüedad no han sido nombrados ministros para integrar el máximo tribunal en los últimos 11 años. En otras palabras, este derecho de preferencia únicamente les asegura un cupo en la lista, mas no su elección.

En tercer lugar, en relación con su aplicación práctica, podemos evidenciar que este criterio fomenta la consolidación de una discriminación de género histórica en nuestro país, esto porque las mujeres han tenido un acceso tardío a los máximos tribunales, sobre todo a la Corte Suprema, mientras que los hombres históricamente llevan más tiempo en la carrera judicial en comparación a éstas, de modo que tienen más posibilidades de ocupar un puesto en la quina por antigüedad. Queda de manifiesto la desventaja que tienen las primeras por sobre los segundos al integrar los tribunales superiores de justicia y que termina acentuándose con este criterio.

En cuarto lugar, reducir de cinco a cuatro los cupos reales solamente porque uno de ellos está reservado a la persona que lleva más tiempo como ministro de la corte de apelaciones, no significa necesariamente que esta persona sea la más apta para integrar el máximo tribunal, dicho de otra forma, antigüedad no es sinónimo de capacidad e idoneidad.

En consecuencia, y con el mérito de lo expuesto, proponemos la eliminación del criterio de antigüedad del texto constitucional.

⁴⁹ Del total de 17 Cortes de Apelaciones de nuestro país, existen dos que no cuentan con magistradas chilenas y corresponden a las Cortes de Rancagua y Chillán. Fuente: *Ibidem*, lámina 24.

En lo relativo a la importancia de la distinción entre antigüedad y experiencia, esperamos de los próximos procesos de nombramiento de jueces de la Corte Suprema un cambio de perspectiva, considerando diversos factores que podrían influir en el candidato electo. Factores como los conocimientos jurídicos del postulante, manifestado no solamente en las calificaciones que obtenga dentro del sistema judicial, sino también incluyendo los conocimientos que el candidato ha adquirido a lo largo de su trayectoria, que pueden expresarse en estudios de post grado obras publicadas o participación en congresos o seminarios tanto nacionales como internacionales, entre otros, podrían considerarse en este proceso. Esto tiene una relevancia difícil de exagerar, ya que las decisiones plasmadas en las sentencias llevan implícitas un elemento epistemológico, en el sentido de que los jueces al fallar aplican los conocimientos que han adquirido y demuestran que existe una solución específica para una controversia particular, lo que supone una correcta aplicación y creación del derecho.

Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el criterio de antigüedad podría reemplazarse por un criterio de cuotas que puedan determinarse en base al género.

La posibilidad de establecer cuotas de género es una idea que ya ha surgido con anterioridad, esto debido a la falta de representación igualitaria de las mujeres en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema. Este tema fue tratado en el Informe Final de la Mesa Interinstitucional que surgió como parte del trabajo llevado a cabo en el año 2018 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en busca de perfeccionar el sistema de nombramiento en el ámbito judicial.

En el mencionado informe se hizo énfasis en la falta de representación igualitaria de las mujeres, tanto en las cortes de apelaciones como en la Corte Suprema, ante lo cual se recomendó introducir el género como un elemento dirimente al realizar las ternas y quinas, pero con una vigencia limitada, hasta alcanzar una representación equitativa. Incluso, se sostuvo que en la medida que se quite el peso al criterio de antigüedad se estaría también eliminando una barrera para el ascenso de las mujeres. Citar Ahora, la discriminación de género se puede observar en todos los aspectos cotidianos, es por ello que no resulta novedoso que se vea como un problema también en la carrera judicial. De acuerdo, a las cifras obtenidas por la Secretaria Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema, al año 2014 se podía observar que 14 hombres eran ministros de la Corte Suprema y 5 eran mujeres, y en el caso de las cortes de apelaciones 78 hombres y 57 mujeres.⁵⁰ Con ello se constata la falta de igualdad en la toma de cargos altos por parte de mujeres, y se señala que la razón de esto “no se encuentra en que las mujeres hayan accedido recientemente a la carrera judicial -de hecho ya llevan accediendo a ella desde hace casi 40 años, últimamente en marcada mayoría numérica-, ni tampoco en designaciones abiertamente discriminatorias del Consejo General del Poder Judicial -lo que, por muy

⁵⁰ Estudio de diagnóstico sobre perspectiva de género (2015). Pág. 60. Disponible en: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/2-central/28-estudio-genero-poder-judicial-chile>

poca confianza que se tenga en su política de nombramientos, resulta afirmación bastante excesiva-. La razón última del techo de cristal es que el perfil de un juez de altos tribunales es marcadamente masculino, pues debe estar dedicado a su vida profesional con olvido, a veces absoluto, de su vida personal y familiar, y obligando ocasionalmente a una separación geográfica de la sede familiar”.⁵¹

En razón de ello, es que surge la propuesta de considerar establecer cuotas de género como criterio para la formación de las quinas propuestas para elegir ministros de la Corte Suprema en reemplazo del derecho propio que genera el criterio de antigüedad. Con esta reforma, nuestras expectativas van dirigidas a la posibilidad de que se reduzca la brecha de género existente en el Poder Judicial, específicamente respecto al puesto de ministros de la corte de apelaciones o de la Corte Suprema, porque de esta forma se daría una mayor visibilidad a aquellas mujeres que no han podido contar con las mismas oportunidades.

Conclusiones

El criterio de antigüedad consiste en la posibilidad de reservar uno de los puestos que conforman la quina que propone la Corte Suprema para la designación de sus ministros. Este criterio ha sido estudiando a lo largo del presente trabajo y ha llamado nuestra atención que no tiene un único significado, sino que más bien es susceptible de contener al menos tres , por lo tanto, no se trataría de un criterio pacífico.

Por otro lado, este criterio fue incorporado en la Constitución del año 1925 sin mayor justificación de fondo, lo cual ha perpetuado hasta nuestra Constitución actual sin tener razón de su existencia. Además, no solo encuentra consagración a nivel constitucional en el artículo 78 de la actual Carta Fundamental, sino que también nivel legal, específicamente en el artículo 281 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, y en ninguno de los dos casos existe un respaldo jurídico que justifique su existencia.

Si comparamos nuestra legislación con la que existe a nivel comparado (Perú y España), se evidencia que la antigüedad como criterio no resulta determinante a la hora de elegir un miembro de su órgano superior de justicia. Incluso, en ambos países dicho criterio sólo está consagrado a nivel legal, mas no constitucional.

A partir de un estudio empírico de la aplicación del criterio en el proceso de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, es posible constatar que no tiene una aplicación práctica, es decir, se encuentra en desuso, ya que como bien quedó establecido en este trabajo, ninguno de los ministros actuales y de los últimos 11 años aproximadamente han sido nombrados en virtud de este factor.

⁵¹ LOUSADA (2020).

Por lo tanto, la falta de fundamento normativo de este criterio, su aplicación sin resultados efectivos en el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema y su evidente fomento de desigualdad de género debido a la histórica desventaja que las mujeres han tenido para lograr ocupar altos cargos en la magistratura nos ha llevado a cuestionar su permanencia. Por ende, consideramos que esta debe ser discutida en el proceso constituyente que Chile experimentará en los próximos meses.

Como propuesta a dicha discusión, por un lado y en virtud de este análisis, como Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales estimamos pertinente o eliminar la antigüedad como criterio en nuestra nueva Constitución sin más. O bien, si ha de mantenerse, que la antigüedad considerada como criterio haga referencia a cuánta experiencia y conocimientos adquiridos ha logrado obtener el o la candidata y no sea determinante su edad.

Por último, proponemos como alternativa cambiar este criterio por la existencia de cuotas de género, puesto que la antigüedad fomenta la desigualdad que existe históricamente entre mujeres y hombres para acceder a los altos cargos de la magistratura. Sin embargo, y siguiendo la misma línea, somos conscientes que además existen otros grupos que no han sido considerados históricamente y siempre han tenido una baja o nula participación en las decisiones y representatividad que existe en el país, tales como, los pueblos indígenas. Por razones de extensión hemos decidido no ahondar más allá en el tema, pero si buscamos que a raíz de nuestro análisis se abra la discusión para su posible integración como una cuota que asegure su participación y representatividad en el máximo tribunal para que este comience a ser realmente reflejo de la diversidad del Chile en que vivimos.

Es de vital importancia considerar las propuestas anteriormente señaladas, ya que atendiendo el resultado del plebiscito que tuvo lugar el 25 de octubre del año 2020, nuestros ciudadanos y ciudadanas buscan un cambio desde las estructuras más relevantes de nuestro país, como lo es la Carta Fundamental y los parámetros que ella contiene, tales como, el criterio de antigüedad analizado en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFIA CITADA

1. ALDUNATE, José Miguel (2020). “¿Cuánto pesan en la Corte Suprema los abogados integrantes?” Serie Informe de Justicia, N°21, enero 2020. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, pág. 7
2. ESTUDIO DE DIAGNÓSTICO SOBRE PERSPECTIVA DE GÉNERO (2015). Poder Judicial de Chile. Pág. 60. Disponible en: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/2-central/28-estudio-genero-poder-judicial-chile>
3. GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki (2002). “La carrera judicial en el Perú: estudio analítico y comparativo”, en Revista Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. 8 N°8.
4. HERNANDO, Andrés y SIERRA, Lucas (2019). “El nombramiento de ministros de la Corte Suprema: Caracterización de una práctica (1990-2019)”. Centro de Estudios Públicos, n° 501, enero 2019, pág.9. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190118/20190118132757/pder501_lsierra_ahernando.pdf
5. LOUSADA, J. Fernando (2020). “Discriminación de género y carrera judicial”. Revista con la a, N° 72. Disponible en: <https://conlaa.com/discriminacion-de-genero-carrera-judicial/>
6. MACCLURE BRINTRUP, Lucas (2019). “Debates de Política Pública: Nombramientos de ministro de las Corte Apelaciones y de la Corte Suprema: síntesis y sistematización de su regulación”. Centro de Estudios Públicos, N° 32, mayo 2019. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190523/20190523170012/dpp_032_macclure_mayo2019.pdf
7. MENA LETELIER, Nicolás (2013). Voto obligatorio: Herramienta para el fortalecimiento democrático. (Tesis Magíster en Derecho Mención Derecho Público) Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago. Pág. 24. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114985/MENA%20LETELIER%20NICOLAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> , (Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2009.).
8. MILLÁN ZAPATA, Francisca (2019). “Participación de mujeres en el Sistema Judicial: La realidad de la verticalización del poder.” Asociación Magistradas Chilenas, lámina 2. Disponible en: <http://www.magistradaschilenas.cl/wp-content/uploads/2020/01/Participaci%C3%B3n-de-mujeres-en-el-Sistema-Judicial.pdf>.
9. VARGAS, Juan Enrique (2007). “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces.” en Couso Salas y Atria Lemaitre (edit.), La judicatura como organización. Santiago: Editorial Expansiva e Instituto de Estudios judiciales, pág. 103.

NORMATIVA CITADA

1. Decreto N° 100. Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. 22 de septiembre de 2005.

2. Ley N°7421. Código Orgánico de Tribunales. Diario Oficial. 09 de julio de 1943.
3. Ley N°26.397. Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Diario Oficial el peruano, 07 de diciembre de 1994.
4. Ley N°29.277. Ley de Carrera Judicial del Perú. Diario Oficial el peruano. 07 de noviembre de 2008.
5. Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España. Boletín Oficial del Estado. 01 de julio de 1985.
6. Auto acordado Corte Suprema Acta N°896-2012 de 20 de julio de 2012.