

Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional

Arturo Fermandois

Este documento comenta algunos de los tópicos sugeridos por el CEP para la discusión de un modelo de régimen jurisdiccional en una posible nueva Constitución, o en una Constitución reformada.

Para fundar nuestra opinión ante ellas, cada tema será antecedido por un breve diagnóstico que refleja nuestra evaluación en la materia, responsabilidad exclusiva de este profesor.

De este modo, la idea es proveer al grupo de profesores convocados por el CEP de un primer documento marco que aborda fundamentalmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional con algunas reflexiones sobre la Contraloría.

Atendido el carácter sumario y no académico de este memorando, haremos afirmaciones que no irán acompañadas de todas las fuentes y respaldos que hubiésemos deseado, para evitar su excesiva extensión.

1. Una cuestión previa: el fortalecimiento del papel de la Corte Suprema

Una primera aproximación a un modelo de régimen jurisdiccional debe comenzar evaluando a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional.

Dos elementos han sido fundamentales estos últimos años para fortalecer positivamente el papel de la Corte Suprema y del Poder Judicial con respecto a los demás poderes y órganos del Estado:

1.1. Especialización de las salas¹

1.1.1. Ha contribuido a uniformar criterios jurisprudenciales.

¹ Proveniente de la ley N° 19.374, de 1995, que introdujo un nuevo artículo 95 del Código Orgánico de Tribunales, complementado con el primer auto acordado de 10 de marzo 1995 y los sucesivos, hasta el actualmente vigente de 3 de marzo de 2014.

- 1.1.2. Ha permitido reconocer a los ministros que las integran por sus criterios, trayectoria judicial, académica y profesional, lo que añade grados de seguridad jurídica a los actores, con independencia de la evaluación académica de su actuar.
- 1.1.3. Ha contribuido a un mejor escrutinio público de la Corte y de su gobierno, dotando de mayor claridad al Presidente de la República y al Congreso Nacional en el proceso de nombramiento de nuevos ministros.

1.2. Adopción de criterios de ponderación, de la mano del principio de proporcionalidad

- 1.2.1. Se constata un aumento de intensidad y sentido crítico en la revisión judicial sobre actos de la Administración. Nos parece que el proceso es coherente con la evolución del rol del juez en derecho comparado, de la mano del principio de proporcionalidad. Este se transforma en una herramienta que, usada dentro del marco constitucional y sin sustituir funciones legislativas ni de gobierno, permite un control más eficiente a la arbitrariedad del Ejecutivo, reduciendo los espacios de deferencia.
- 1.2.2. El fortalecimiento de la Corte Suprema, en este marco, es a nuestro juicio positivo y responde a las demandas modernas al llamado *judicial review*. La doctrina europea, por ejemplo, respalda el proceso que llevó al Reino Unido en 2009 a la sustitución de la Cámara de los Lores por una Corte Suprema, órgano aquel que ya venía abandonando el criterio de la deferencia por el del control estricto regido por una ponderación de proporcionalidad (Masterman 2001, p. 115). El proceso se consolida con la nueva Corte.
- 1.2.3. En Estados Unidos el rol crecientemente inquisitivo del máximo tribunal sobre la Administración es también respaldado. El influyente juez supremo y administrativista Stephen Breyer (Breyer 2008, pp. 38-55; Comella 1997). afirma, por ejemplo, que un control judicial deferente es enemigo del principio de la revisión judicial independiente.

2. Poder Judicial y órganos administrativos: remoción de la frontera de lo jurisdiccional

2.1. Diagnóstico en Chile

- 2.1.1. Se constata que la vida en sociedad se va haciendo más compleja y sofisticada, fruto del progreso del país y de las consiguientes nuevas y legítimas

demandas de sus ciudadanos al Estado en todos los ámbitos de la actividad humana, lo que determina una agenda legislativa y administrativa cada vez más intensa.

- 2.1.2. Se constata también un consiguiente aumento progresivo de órganos administrativos polifuncionales del tipo superintendencia, de naturaleza fundamentalmente fiscalizadora, pero dotados también de potestades *normativas* e incluso, y crecientemente, jurisdiccionales². A las once superintendencias actuales se suman dos proyectos de ley creando las correspondientes nuevas superintendencias, que se tramitan en el Congreso³.
- 2.1.3. Se constata también una tendencia hacia el fortalecimiento de órganos administrativos ya existentes, los que, sin corresponder a superintendencias, se ven vigorizados con propuestas de nuevas y más potentes facultades, como es el caso del SERNAC, según proyecto de ley iniciado por Mensaje presidencial de fecha 2 de junio de 2014.⁴
- 2.1.4. Por último, se constata la llegada a Chile de nuevos órganos administrativos que siguen el modelo extranjero de la agencia independiente. Se trata de un esquema de agencia regulatoria dotada de cierta autonomía en relación con la Administración central, con pérdida o reducción del control o supervigilancia por el Presidente de la República. Los modelos han sido distintos, desde las mismas superintendencias que –por excepción– ven reducida, en algún grado, la tutela plena tradicional del Presidente de la República a otros órganos autónomos que están dotados de una dirección colegiada (por ejemplo, el Consejo para la Transparencia).
- 2.1.5. Pese a la explosiva creación o fortalecimiento de reguladores administrativos, la Constitución es escueta o silente en este ámbito; así, el único órgano con reconocimiento constitucional expreso es el Consejo Nacional de Televisión. No obstante, estos órganos gozan de crecientes potestades regulatorias (emisión de circulares y otras normas obligatorias de aplicación general), fiscalizadoras y jurisdiccionales.

² Existen en Chile once superintendencias: Bancos e Instituciones Financieras (1925), Seguridad Social (1953), Valores y Seguros (1980), Electricidad y Combustibles (1985), Servicios Sanitarios (1990), Salud (2005), Casinos (2005), Pensiones (2008), Medio Ambiente (2012), Educación Escolar (2012), Insolvencia y Reemprendimiento (2013).

³ Educación Superior (Boletín N° 8041-04) y Telecomunicaciones (Boletín N° 8034-15).

⁴ Boletín N° 9369-03.

2.1.6. En lo funcional, el deslinde entre lo administrativo-sancionatorio y lo jurisdiccional –otrora nítido– se ha venido desplazando y complejizándose. El tradicional ámbito administrativo que autorizaba la intervención del órgano del Estado para proceder a una simple constatación de la infracción legal y aplicación de una multa, se hace menos nítido y se extiende conceptualmente a terrenos propios de la jurisdicción. Lo anterior lo estimo por las siguientes circunstancias:

2.1.6.1. La complejidad creciente de las normas regulatorias administrativas: las normas administrativas actuales –en un Estado proactivo y en una sociedad compleja– ya no regulan con simples parámetros objetivos, como el clásico ejemplo del límite de velocidad vehicular. Hoy se agregan conceptos más complejos, como se hace en materia de consumidores con la “publicidad falsa o engañosa” (proyecto SERNAC, Art. 34), “correcto funcionamiento” (en el CNTV) y otros.

2.1.6.2. La dificultad de identificar una simple infracción sin algún grado de calificación jurídica de las conductas y hechos: como consecuencia de la complejidad de las normas, el funcionario administrativo ya no está llamado a la simple constatación de infracciones patentes y objetivas, sino que debe aventurarse en calificar jurídicamente las conductas.

2.1.6.3. Los altos montos y reprochabilidad jurídica de las sanciones que aplican los órganos administrativos. En cuanto a los montos, las leyes y reglamentos autorizan multas de alta cuantía, alejados de la esfera tradicional del ámbito administrativo. Bajo el criterio jurisprudencial del *quebranto del orden jurídico* (por oposición a infracciones menores, propio de lo administrativo), las actuaciones administrativas suelen ingresar a terreno jurisdiccional, terreno vedado según la Constitución al Presidente de la República. En efecto, si se atiende a la valoración pública creciente y evidente de la protección de los derechos de los administrados y los bienes jurídicos hoy tutelados en leyes sectoriales, el conocimiento de sus violaciones cae en el concepto doctrinario de jurisdicción.

2.1.7. La Administración del Estado, así potenciada, va abriendo crecientes espacios de actividad administrativo-jurisdiccional, que

levantan objetivos constitucionales en cuanto a su relación con la Corte Suprema y el Poder Judicial.

2.2. Objetivos constitucionales frente al fortalecimiento de la Administración del Estado. Papel de la Corte Suprema

Frente al diagnóstico anterior, este profesor estima que un proceso de reforma constitucional debiese considerar los siguientes objetivos:

2.2.1. Profundizar la independencia objetiva e imparcialidad subjetiva de los órganos administrativos que ejercen jurisdicción.

Este objetivo se deriva del derecho constitucional al justo y racional procedimiento y del derecho al juez natural. Las facultades jurisdiccionales, conforme al actual texto constitucional, no pueden ser atribuidas a un órgano perteneciente a la Administración del Estado sin colisionar –en diversas intensidades– con el Art. 76 de la Constitución, que prohíbe al Presidente de la República “ejercer funciones judiciales”. Empero, como se describió, se observan en el ordenamiento jurídico chileno numerosos órganos administrativos ejerciendo facultades jurisdiccionales⁵, en el convencimiento que se trata de meras facultades administrativo-sancionatorias⁶. El Tribunal Constitucional, sin invalidar aún proyectos de ley por esta causa, ha emitido diversas prevenciones, advertencias y acogido crecientes votos de minoría⁷. Luego, es prioritario para el rol de la Corte Suprema constar con instrumentos para identificar mejor las atribuciones de naturaleza jurisdiccional y las meramente administrativas; de ello dependerá el respeto a la exigencia del Art. 76 de la Constitución y la intensidad en la aplicación de las garantías del justo y racional procedimiento (Art. 19 N° 3 inc. 6).

⁵ En la materia se registran advertencias de la doctrina internacional (Sunstein en Estados Unidos, y García de Enterría en España) y disidencias en el Tribunal Constitucional, que van conformando una molestia creciente con la idea de potenciar jurisdiccionalmente a la Administración del Estado. En este sentido, se constata además que el derecho constitucional moderno prefiere la creación de jurisdicciones especializadas (como en el caso de los Tribunales Tributarios y Aduaneros y de los Tribunales Ambientales), dotando a estas magistraturas de suficiente independencia orgánica e imparcialidad para satisfacer el derecho constitucional al juez natural.

⁶ Alegación normalmente fundada en criterios meramente orgánicos (de ubicación del órgano) y no sustantivos.

⁷ STC Roles N° 248-96, N° 499-06, N° 616-07, N° 2111-11, N° 2041-11.

Para ello, la Constitución debiese emitir algún criterio que permita deducir de mejor forma la frontera entre lo administrativo-sancionatorio y lo jurisdiccional. Y hecho eso, debiese agregar una exigencia sustantiva al legislador al configurar estos órganos, visualizándose para ello dos opciones:

- 2.2.1.1. Radicar estos órganos o las funciones jurisdiccionales directamente en el Poder Judicial.
 - 2.2.1.2. Radicar estos órganos o sus atribuciones jurisdiccionales en órganos administrativos que respondan al modelo de agencia regulatoria independiente, preferentemente con dirección colegiada y profesional, con influencia reducida, acotada y decreciente del Presidente de la República.
- 2.2.2. Asegurar constitucionalmente el respeto a las garantías de un justo y racional procedimiento en el seno de la Administración del Estado.
- 2.2.3. Encuadrar constitucionalmente la existencia, función genérica y límites de las superintendencias y otros órganos análogos más relevantes de la Administración del Estado. Hoy la Carta Fundamental sólo menciona a los ministros, los ministerios y los órganos territoriales (municipalidades, gobernaciones, gobierno regional).

En este ejercicio, la Carta debería resolver aspectos como:

- 2.2.3.1. El rango de las potestades normativas de estos órganos y su eventual subordinación a la ley. Hoy se observa un descuido del legislador en orden a supeditar jerárquicamente esta competencia a la ley. Hay casos en que se mezcla una interpretación legal con el ejercicio de un poder de regulación. Hay dudas sobre la constitucionalidad de tal potestad. Lo central es resolver si dicha potestad participa o no de la que se ha confiado al Presidente de la República. ¿Podría, por ejemplo, el Presidente por vía de decreto supremo dejar sin efecto una circular de una superintendencia?
- 2.2.3.2. La intervención de los Tribunales Superiores de Justicia y especialmente de la Corte Suprema al conocer de recursos o acciones deducidos contra las decisiones o normas emanadas de los órganos administrativos reguladores, administrativo sancionatorios o reguladores. Este punto se desarrolla a continuación.

2.2.4. Precisar la naturaleza de la revisión judicial de la Corte Suprema sobre las normas y decisiones emanadas de los órganos administrativos más relevantes.

3. Corte Suprema y tribunales especializados

En esta materia, constatamos:

3.1. El aumento de los tribunales especializados, constitutivos de una tendencia legislativa clara⁸.

3.2. La subordinación de estos tribunales a la superintendencia de la Corte Suprema, especialmente por vía de recursos contenidos en sus propias leyes orgánicas.

3.3. La falta de una definición precisa de la naturaleza procesal-constitucional de la revisión judicial que practica la Corte sobre lo resuelto por tribunales especializados. Normalmente se conduce mediante la llamada “reclamación” (caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). Sin embargo, las leyes no precisan cuál será el criterio de revisión de parte de los tribunales al respecto. ¿Tiene naturaleza de casación o de apelación? ¿Cabe la revisión de los hechos, del mérito teórico, o se trata de un control estricto de derecho?

3.4. La respuesta a estas preguntas es relevante desde la perspectiva del diseño institucional. El legislador dispuso altas exigencias de especialización para los miembros de estas judicaturas especializadas, incluso con profesionales ajenos al derecho. Luego, y a diferencia de lo que ocurre con los órganos administrativo-jurisdiccionales, es deseable que lo establecido en lo técnico por los tribunales especializados –dotados de mayor independencia que los anteriores– sólo sea casable por la Corte, esto es, anulable en cuanto envuelva una infracción de derecho.

3.5. Si la reclamación es una apelación, para ser consecuente con el diseño legislativo debió haberse dotado al Poder Judicial de mayores recursos y de un apoyo especializado, por ejemplo, en materias económicas, de aguas, de protección al consumidor, etc.

⁸ Por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211 de 1973), los Tribunales Tributarios y Aduaneros (ley N° 20.322), los Tribunales Ambientales (ley N° 20.600).

3.6. Pero si la reclamación tiene una función más bien de casación, como unificador de jurisprudencia, control de abusos procesales que cometan los reguladores, o afectación a derechos fundamentales de las partes, entonces el recurso de casación se armonizará mejor con la revisión judicial que se desprende del Art. 38 de la Constitución.

Es tarea de una reforma constitucional, entonces, abordar lo siguiente:

3.7. Asegurar la debida independencia de los tribunales especializados, sea que se les ubique dentro o fuera del Poder Judicial.

3.8. Asegurar el sometimiento de los tribunales especializados a la superintendencia de la Corte Suprema.

3.9. Configurar un sistema en que la revisión de lo fallado por los tribunales especializados se conduzca mediante recursos o reclamaciones con naturaleza de casación, esto es, infracciones de derecho que influyan en lo dispositivo de la sentencia o que representen quebrantos al debido proceso.

4. Corte Suprema y Tribunal Constitucional

En este punto, y ante las posibles reformas constitucionales que le atañen, nuestro diagnóstico es el siguiente:

4.1. En cuanto al control preventivo del Tribunal Constitucional e inaplicabilidad

4.1.1. Existe un cierto y variable cuestionamiento a ciertas atribuciones del Tribunal Constitucional. El programa de la Nueva Mayoría plantea, como uno de sus ejes en la materia, la supresión del control preventivo de leyes (proyectos) por parte del Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 y 3).

4.1.2. El planteamiento anterior no es compartido por un sector significativo de la academia y de las fuerzas parlamentarias, que ven como esencial de un Estado de Derecho la existencia de algún mecanismo de resolución de las controversias que surgen en el seno del Congreso con motivo del ejercicio de su potestad de legislar y antes de la promulgación de la ley, como asimismo que resuelva las diferencias entre el Congreso mismo con el Presidente de la República. Se recuerda, al respecto, que un mecanismo análogo fue

incorporado ya en 1970 a la Constitución de 1925 con ocasión de la creación del Tribunal Constitucional⁹.

- 4.1.3. La defensa del control preventivo de constitucionalidad, sin embargo, reconoce dos intensidades. Pareciera existir un creciente consenso en que una de las variantes del control preventivo, el forzoso (Art. 93 N° 1), que recae sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales y tratados internacionales que recaigan en dichas materias, no está produciendo beneficios nítidos en la supremacía constitucional. Por el contrario, el control preventivo eventual (o facultativo) del Tribunal Constitucional en manos de un minoría de las Cámaras (Art. 93 N° 3) tiene defensores transversales y quienes lo estiman esencial para la supremacía constitucional.
- 4.1.4. En paralelo, y a casi 10 años de la reforma de 2005, que trasladó la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional (ley N° 20.050), ya existen trabajos estadísticos con recopilación de la jurisprudencia del Tribunal conociendo de este control. Las obras de los profesores Gómez Bernaldes (Gómez 2013) y Núñez Poblete (Núñez 2012, pp. 15-64), interpretadas en sus datos por este profesor que suscribe, sugieren:
 - 4.1.4.1. Que del total de recursos de inaplicabilidad acogidos por el Tribunal Constitucional, a contar de 2005 (2006) y hasta 2013, aproximadamente un tercio de ellos no ha producido efectos en la respectiva gestión pendiente ante la justicia ordinaria, ineficacia que se explica por razones procesales diversas, abandono, desidia de los abogados, etc.
 - 4.1.4.2. Que en aproximadamente otro tercio de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad (recursos acogidos por el Tribunal Constitucional), la justicia ordinaria, y especialmente la Corte Suprema, aplican criterios que en apariencia pueden no armonizar con el sentido y efectos finales que buscó el requirente al recurrir al Tribunal Constitucional y obtener su respaldo para la inaplicación de la norma decisiva inconstitucional. Ello se debe normalmente

⁹ Art. 78 b), Constitución de 1925: “El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones: a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

a criterios divergentes del máximo tribunal con el Tribunal Constitucional en cuanto a cuál es la norma decisiva para resolver la gestión pendiente en que incide la inaplicabilidad, o bien a una interpretación que reduce el efecto práctico que posiblemente el recurrente tuvo en mente al apersonarse a esa magistratura. Como ejemplo puede citarse el recurso de protección rechazado pese a la inaplicabilidad del Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales por el Tribunal Constitucional (2009)¹⁰.

- 4.1.4.3. Que, en consecuencia, según los datos de Gómez Bernales, sólo un tercio de los recursos acogidos en el Tribunal Constitucional producen efectos precisos y aparentemente simétricos con su intención en la gestión pendiente que debe fallar la Corte Suprema¹¹.
- 4.1.4.4. Que, en efecto, según Núñez Poblete, la Corte Suprema ha dado origen a la doctrina de la llamada “inaplicabilidad de la inaplicabilidad”, privando crecientemente de efectos a la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, por la vía de: a) desestimar el precepto declarado inaplicable como el decisivo para resolver el asunto (Art. 93 inc. 11), o bien jugando con el factor de la retroactividad (obligando al recurrente a un imposible procesal).
- 4.1.4.5. Por consiguiente, los datos anteriores son relevantes para la decisión que corresponda adoptar sobre el control preventivo del Tribunal Constitucional. Ella se conecta directamente con la Corte Suprema y la evaluación que se haga del funcionamiento del control represivo. En efecto, como se observa, este último es un resorte jurisdiccional que pende del criterio del máximo tribunal. Luego, si el objetivo jurídico-constitucional a tutelar es la supremacía constitucional, entonces los instrumentos para ello en materia de ley son tanto el control preventivo y el control represivo. La supresión de uno debiese exigir la fortaleza –y no debilidad– del otro. Hoy el control represivo –como se ha visto– se ejerce por vía de inaplicabilidad (control concreto, Art. 93 N° 6) y la acción de inconstitucionalidad, que lleva a la derogación del precepto legal (Art. 93 N° 7).

¹⁰ SCS Rol N° 6626-2006, “Sergio Toloza Rodríguez con juez de Familia de Osorno”.

¹¹ 48 sentencias, de un total de 162 inaplicabilidades acogidas.

En síntesis, nuestra evaluación en la materia es que, si el funcionamiento del control represivo de constitucionalidad de las leyes vigentes no demuestra vigor –como lo exhibe por ejemplo en Estados Unidos por vía del recurso *certiorari* en manos de la Corte Suprema–, la eliminación o debilitamiento del control preventivo eventual del Tribunal Constitucional es injustificada y envuelve un deterioro del Estado de derecho y de la democracia constitucional. El bien jurídico a tutelar es, en definitiva, la supremacía constitucional.

4.2. En cuanto a un posible amparo judicial de derechos

En esta materia es útil tener presente:

- 4.2.1. Que si bien son sólo dos los elementos concretos del programa de la Nueva Mayoría en torno al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (remoción de la Corte Suprema en designación de ministros del Tribunal Constitucional y la exigencia de instancias de coordinación entre ambos), hay una idea que emerge en foros y círculos académicos cercanos a la coalición gobernante. Se trata de la creación de un posible control pleno constitucional radicado en el Tribunal Constitucional, mediante una acción de amparo de derechos constitucionales.
- 4.2.2. Algunos sistemas constitucionales activos en garantizar derechos sociales suelen recurrir a una acción de amparo general radicada en el Tribunal Constitucional, apta para revisar lo fallado por la justicia ordinaria. Un ejemplo es España (Art. 53.2 Constitución de España y Arts. 43 y 44 de la ley del Tribunal Constitucional), donde el Tribunal Constitucional conoce de la vulneración de derechos fundamentales, y muy especialmente cuando se trata de procesos judiciales¹². Estadísticas arrojan que en un 82 por ciento de las causas de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que por tal vía se puede exigir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español respecto

¹² Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, Art. 41.2: “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. De esta forma, el rol de la Corte Suprema, no sólo en materia constitucional sino que también institucional, ha sido relegado por el Tribunal Constitucional, que es definido como el “intérprete supremo de la Constitución”.

4.2.3. Hasta hoy, la idea de un amparo general de derechos en el Tribunal Constitucional parece no tomar fuerza en la agenda de la academia ni de la política judicial. Efectivamente, de implementarse, se desbalancearía el control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional en un sistema en que la justicia ordinaria y la Corte Suprema aportan bienes relevantes: razonable independencia y tradición de razonamiento en derecho. No obstante, nuestra opinión sobre este punto estará directamente asociada al futuro de la inaplicabilidad y de las posibles correcciones y potenciamientos que puedan introducirse. En efecto, si se consolida la actual tendencia de la Corte Suprema en cuanto a la débil aplicación del fallo de inaplicabilidad, y si se mantiene la tendencia de creación de múltiples órganos administrativos, regionales y especializados con facultades propiamente jurisdiccionales, estos serán dos factores determinantes para pensar un sistema en que el Tribunal Constitucional fortalezca su aún pendiente rol de supremo intérprete de la Constitución, que respaldamos (siempre con las reformas orgánicas que a su vez sugerimos para esta magistratura).

5. Actos jurisdiccionales del Contralor General de la República

En esta materia, nuestras reflexiones son las siguientes:

5.1. Algunos de los documentos del programa de la Nueva Mayoría han propuesto la eliminación del control preventivo de legalidad que ejerce el Contralor sobre los actos de la Administración (Art. 98). Sólo se conservarían sus facultades de control de legalidad y fiscalización del ingreso e inversión de los fondos fiscales, con un control judicial represivo en manos de tribunales administrativos¹³.

5.2. La reforma anterior parece inconveniente, en el marco de lo que se dirá más adelante. El control preventivo de legalidad o toma de razón por este

¹³ Documento “Segundo Informe Final Comisión Programática ‘Nueva Constitución’ del Comando de la Candidata Presidencial doña Michelle Bachelet Jeria”, p. 16.

órgano constitucionalmente autónomo ha construido, en la Administración del Estado y por décadas, una cultura valiosa de apego a la legalidad y de inhibición de desbordes. Aún con sus tareas pendientes, este control ha sido una contribución encomiable al Estado de Derecho en Chile, primero en Latinoamérica según los rankings internacionales.

5.3. No obstante lo dicho, este profesor estima que una reforma constitucional debiese abordar, en torno a la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, los siguientes objetivos:

5.3.1. Dotar de una fuente constitucional a la facultad de dictaminar del Contralor General, hoy anclada en el Art. 6 de la ley N° 10.336, remisión que parece anticuada e insuficiente.

5.3.2. Hacer expresamente impugnables los dictámenes del Contralor ante la justicia ordinaria, precisando que cuando se contienen declaraciones de voluntad y dispone instrucciones, adquieren el carácter de actos administrativos.

5.3.3. En este sentido, una reforma constitucional y su complemento legal debiese recoger la doctrina de la Corte Suprema en la materia, pero ampliándola y haciendo de la impugnabilidad judicial de los dictámenes una regla general y no excepcional. La Corte ha delimitado su aplicación¹⁴, restringiendo la aptitud del recurso de protección a aquellos que son actos administrativos terminales (constitutivos de decisiones) o de trámite (pueden dar lugar a actos administrativos posteriores), excluyendo las “circulares” (no serían creadores de derecho y sólo tendrían por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal)¹⁵.

5.3.4. Los actos del Contralor emitidos en ejercicio de la toma de razón, en tanto, deben mantenerse como sustraídos de la revisión judicial, como es la doctrina vigente de la Corte y del Senado en sus resoluciones de contiendas de competencia en su momento trabadas.

¹⁴ SCS Rol N° 10.499-2011.

¹⁵ En cuanto a la toma de razón, no puede ser impugnada ante el Poder Judicial. Así lo ha resuelto el Senado resolviendo contiendas de competencia suscitadas entre las Cortes de Apelaciones y la Contraloría General de la República, fundado en las facultades constitucionales de control de legalidad de dicho órgano (Arts. 98 y 99 de la Constitución).

6. El recurso de protección

6.1. Aspectos procesales del recurso de protección

- 6.1.1. Tenemos una evaluación muy positiva de la forma en que la Constitución de 1980 diseñó el recurso o acción de protección, tanto en cuanto a su rango normativo como a su flexibilidad, jerarquía del tribunal que conoce, amplia dimensión protectora de derechos fundamentales, personas o entidades respecto de las que procede, ámbito de medidas para el restablecimiento del imperio del derecho, etc.
- 6.1.2. No parece conveniente, entonces, que una reforma constitucional altere la norma matriz del recurso de protección (Art. 20), sin perjuicio de lo que se dirá en materia de derechos sociales.
- 6.1.3. Tampoco parece prudente introducir innovaciones por vía legal al recurso, porque con ello se arriesga deteriorar su flexibilidad y riqueza jurisprudencial, que es su mayor virtud.
- 6.1.4. El auto acordado, empero, debería adoptar algunas innovaciones tendientes a perfeccionarse en materias como el *emplazamiento* y la *legitimación activa*. En lo primero, una vez interpuesto y declarado admisible un recurso, la Corte debiese pedir informe al recurrido y, adicionalmente, a quienes aparezcan como beneficiarios o afectados por el acto que el recurrente desea dejar sin efecto. Con la llegada de la invalidación administrativa (Art. 53, ley N° 19.880) se ha hecho corriente que el beneficiado por un acto administrativo se entere de una sentencia de la Corte dejándolo sin efecto una vez que ésta se ha pronunciado. Ello porque el recurrente lo intenta sólo contra la autoridad a la que estima responsable de su emisión omitiendo a este indispensable tercero. En cuanto a su legitimación activa, el auto acordado podría precisar con mejor detalle a quiénes se entenderá legitimados en casos de pluralidad de recurrentes.

6.2. Los DESC y el recurso de protección

En este punto, nos parece que:

- 6.2.1. El uso de la fórmula llamada *propietarización de los derechos* como mecanismo para obtener la protección de derechos sociales inicialmente no

cubiertos por el Art. 20 de la Carta, no puede reprocharse. Nos parece éste un ejercicio legítimo y que ha sido usado con prudencia por las cortes.

6.2.2. No obstante, si el avance a un Estado más involucrado en garantizar derechos sociales exige agregar éstos al Art. 20, ello nos parece perfectamente procedente, en cuanto tanto la ley franquee procedimientos, medios y prestaciones que permitan al juez, sin quiebre de la legalidad, concurrir al amparo solicitado.

6.2.3. Aun cuando autores de diversas tendencias se oponen –con buenos argumentos– a constitucionalizar la garantía de derechos sociales, dejándolos al libre flujo legislativo (minimalismo), a este profesor no le parece impropio imponer mandatos sociales genéricos al Estado o garantías sociales precisas en la Carta Fundamental, cuidando de entregar los instrumentos de política pública necesarios para que el juez otorgue la debida protección.

6.3. Autos acordados

La reforma de 2005 agregó acertadamente a los autos acordados entre las normas o actos susceptibles de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 2). Los autos acordados integraban una de las “lagunas” normativas de control de constitucionalidad en el articulado original de la Carta de 1980.

Este control no ha funcionado adecuadamente. La Corte Suprema ha venido mostrando una tendencia a emitir normas formalmente distintas al auto acordado, denominándolas “actas” o “resoluciones”, pero todas en ejercicio de su superintendencia económica. Con este proceder, se ha sustraído del control del Tribunal Constitucional justo en el momento en que la Corte profundiza su regulación orgánica, en algunos casos recayendo inobjetablemente sobre materias de ley. Luego, el N° 2 del Art. 93 debiese incluir todas las normas emanadas de la Corte en ejercicio de su respectiva superintendencia.

7. Opinión frente a otras reformas que se han propuesto al Poder Judicial

7.1. Nombramiento de ministros de la Corte Suprema

Este es un tema suficientemente relevante como para una minuta completa e independiente. Por ahora cabe consignar que la candidatura presidencial

de la Alianza propuso en 2013 algunos cambios que parecen despertar apoyo transversal. Ellos persiguen tanto aumentar el escrutinio público al proceso como evitar dilaciones que afecten la dignidad de la investidura judicial del candidato sometido a aprobación del Senado.

Se propone que las quinas preparadas por la Corte estén dotadas de un fundamento en torno a los méritos de los ministros incluidos, fundamento que también tendrá que exhibir la propuesta individual del Presidente de la República al Senado. A la Cámara alta se le fijaría un plazo de 30 días para pronunciarse, transcurrido el cual se entendería aprobada la propuesta del Presidente.

7.2. Autonomía financiera del Poder Judicial

Nos parece que toda nueva reforma constitucional debiese aumentar la autonomía financiera del Poder Judicial como un instrumento indispensable de su independencia. No hemos tenido acceso a estudios que propongan instrumentos en la materia, pero quienes proponen esta medida suelen exigir, como contrapartida, el aumento en medidas de rendición pública de cuentas por parte del Poder Judicial.

7.3. Consejo Nacional de la Magistratura

La Presidenta de la República propuso en 2013, en uno de los documentos de su entonces candidatura, modificaciones al gobierno del Poder Judicial. Sugiere éste sea entregado a un “órgano integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos y con cual se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial”¹⁶.

No conocemos detalles de la propuesta y resulta entonces imposible emitir una opinión precisa sobre esta poderosa innovación.

No obstante, en términos generales, a este profesor no le parece justificada esta clase de innovación constitucional, ajena a la tradición republicana reciente de Chile. En especial, estimamos riesgoso para la independencia constitucional del Poder Judicial la creación de órganos superiores que,

¹⁶ “Programa candidata Michelle Bachelet”, documento consolidado, p. 22.

bajo la pretensión de gobernar el Poder Judicial, puedan crear en su interior esferas de influencia política por parte del Presidente de la República o del Congreso Nacional. Ello colisionaría con el mandato del Art. 76 de la Carta Fundamental.

