



SUPREMO CONSEJO DEL GRADO XXXIII PARA LA REPÚBLICA DE CHILE

Nombre del Cuerpo Escocés: **Luis Alberto Navarrete y López**

Grado del Cuerpo Escocés: **XIV** N°: **7** Ciudad: **SANTIAGO**

Título del Tema: **LA LLAMADA CRISIS DE LA JUSTICIA**

N° del Tema según el Plan General de Docencia: **_____** (P. Ej.: C-5)

Tipo de
Trabajo:
(marque
con una X)

- Individual: ☒

- Grupal: ☐

Sólo si es Grupal, indique el Tipo de Trabajo:

— Seminario

— Simposio

— Mesa Redonda

— Foro

— Panel

— Otro (indicar):

Fecha de

Presentación: **19-10-2024**
(dd-mm-aaaa)

Nombres de los Autores del Trabajo:

1:	Pedro García Muñoz
2:	
3:	
4:	
5:	
6:	

Firmas de los Autores:

(Si participan más de 10 hermanos (lo que no es recomendable), use el reverso de esta hoja).

Remitido al Sob.: Trib.: Gr.: XXXI el (dd-mm-aaaa): **_____**

Nombre del Presidente: **Leonel Barba González** Grado: **XXX**

Título del Presidente: **Tres Veces Poderoso Gran Maestro**

Firma del Presidente: _____

A.:L.:G.:D.:G.:A.:D.:U.:

T.:V.:P.:G.:M.:, VV.:HH.:GG.:EE.:, PP.: Y SS.:MM.:

Del sinnúmero de comentarios, análisis o dichos, que de diverso orden se han enarbolado ante la denominada crisis de la justicia en Chile, quizás, aquellas opiniones plasmadas por el Profesor Carlos Peña en diversas publicaciones y entrevistas han sido, a mi juicio, las más certeras.

Pero antes de referirme a ello, quizás convenga precisar cuál es la importancia de lo que ocurre en un contexto histórico, o tal vez, filosófico.

El derecho es un poder moral. Se fundamenta en una ley que determina los límites dentro los cuales el hombre puede ejercitar libremente su actividad, empleando los medios necesarios y útiles para su propia realización. La ley (natural y/o positiva) se fundamenta, a su vez, en la noción de que preexiste un modelo original de conducta humana al cual deben someterse todas las personas, como fundamento de la vida social.

La justicia¹, por otra parte, entendida como un ideal, comprende la idea clásica emanada de Justiniano que es un supremo ideal que consiste en la voluntad firme de dar a cada uno lo suyo. Aunque dicha noción ha tenido en el mundo clásico un extenso desarrollo, para los fines que queremos plasmar en esta exposición, conviene detenerse primero en una más contemporánea: la de Hans Kelsen, y luego, mirando hacia atrás, la de Tomás de Aquino.

Para el primero, la ciencia jurídica, o el derecho, debe estar separado de consideraciones de tipo emotivo, subjetivo y, en todo caso, personalísimo. Kelsen estaba convencido de la existencia de múltiples órdenes de normas, de los cuales unos responden a criterios racionales y científicos y otros a criterios de opinión, fe, sentimientos u otras consideraciones personales.

La idea de Justicia de dar a cada cual lo que le corresponde, para Kelsen, supone dejar de lado la cuestión principal: ¿qué corresponde a cada cual? El único

¹ Ávila Mayor, Alfonso. ¿Qué es la Justicia?: de Hans Kelsen. Frónesis [online]. 2008, vol.15, n.3 [2024-10-04], pp.151-157.
Disponible en: <http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000300009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-6268.

camino posible es que las leyes o las costumbres hayan resuelto el asunto, lo que significará que el criterio de Justicia no será otra cosa que un criterio de poder – quién dice qué corresponde y qué no corresponde a cada cual – y, por tanto, servirá para justificar cualquier orden político, incluso si son contradictorios o abiertamente injustos². El ejercicio de esta noción, más asentada en el Siglo XX, lleva a la idea que la justicia se plasma en la existencia de una ley decidida por los órganos legisladores, al menos democráticamente elegidos, y cuya aplicación queda en manos de un funcionario diverso a quien la dicta, pero limitada a un caso específico: un juez.

Para Kelsen, la norma individual en ningún caso determina la decisión judicial, pero, para él, la decisión jurídica depende de las circunstancias particulares del caso, de modo que si estas - es decir, las reacciones de los jueces ante tales circunstancias - determinan causalmente el contenido de las decisiones judiciales, acudir exclusivamente a la norma aplicada en el pasado por los tribunales - y no también a hechos particulares de cada caso - no constituye material suficiente para prever ninguna decisión judicial.

Sin embargo, aquella visión seca del juez que plantea Kelsen, no se aviene con una respuesta más noble a la función que desarrolla, como sí parece expresarlo Tomás de Aquino: La justicia, en cuanto virtud, entraña siempre una bilateralidad o relación intersubjetiva o la co-presencia de individuos enteramente diversos, y bajo algún aspecto, iguales entre sí, de modo que no hay justicia respecto de uno mismo ni respecto de personas tan ligadas a uno que, hasta cierto punto, constituyan unidad, como ocurre con un hijo o con un amigo. Y tampoco la hay con otro ser respecto de quien no se tiene igualdad. Todo acto de favoritismo o de odiosidad que rompa la imparcialidad del juez constituye un injusto por acepción o aceptación de personas, porque hay una desigualdad en el trato fundada en algo que no le es debido³.

He aquí la complejidad de las dificultades que se advierten en el contexto de actualidad respecto de la justicia.

De ahí que Carlos Peña⁴ se pregunte: ¿Acaso no es amargo enterarse de que una ministra de la Corte Suprema tiene tratos con un abogado que rompen la

² Camacho-Castro, J. M. (2016). Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen. Estudios de Derecho. 73 (161), 251-270. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a12.

³ Williams Benavente, Jaime (2001). El juez y el juicio en Tomás de Aquino. Revista Actualidad Jurídica N° 3, enero 2001.

⁴ <https://www.nuevopoder.cl/la-justicia-como-profesion/> Opinión del Profesor Carlos Peña O., expresada en El Mercurio, el 15 de septiembre de 2024.

imparcialidad a que estaba obligada; que un ministro entregue información a su hija acerca de una causa en curso o que otro ministro niegue comunicaciones que apenas algunos días después se vio obligado a revelar?

Es dura su crítica, por cuanto si aquello se trata de una conducta reprochable en el común de las personas, en el caso de ministros de la Corte Suprema, a cuyo cargo está decir de manera definitiva qué es derecho y que no lo es, es, a su juicio, “simplemente inaceptable”. Por eso, hayan cometido o no delito en sentido jurídico penal, no hay duda – dice - de que han abandonado las reglas del oficio y eso merece una sanción, más grave en algunos casos que en otros, pero una sanción.

Lo señalado, precisa este pensador, deja en evidencia no sólo el desempeño de quienes han ejecutado la conducta que se investiga (en este caso los jueces), sino también la actitud y la conducta y la circunstancia de quienes, como consecuencia de su oficio u otros deberes, han debido relacionarse con ellos, como son los abogados.

Si bien los hechos que han significado el inicio de procesos constitucionales, penales o administrativos abarcan diversos aspectos de las conductas investigadas, la duda que se cierne sobre todo un sistema es simplemente si el ejercicio de aquella función está revestido de una verdadera aplicación de la ley, desprovista de motivación subjetiva individual del juez (Kelsen) y de una forma que aleje cualquier duda sobre el modo que imparcialmente debe ser ejercido dicho juicio (Tomás de Aquino).

Pero el gran foco de todo estriba en saber entonces, como puede ello lograrse en un sistema en que la definición de quien ejerce la función de juez está cruzada por componentes políticos, cuyas disquisiciones distan grandemente de los principios de certeza e imparcialidad que se busca.

Es por ello por lo que la gran pregunta del tema de actualidad no está en las conductas de jueces, sino en el modo en que se procede al nombramiento de estos, especialmente a aquellos que se encuentran en la cúpula del sistema judicial.

En nuestra organicidad, en la época pre-independencia, el Rey ejercía el gobierno judicial. Esto implica que nombraba a los jueces, ejercía un control disciplinario sobre ellos, decidía sobre su carrera, etc. Al mismo tiempo, ejercía funciones jurisdiccionales, ya que se reserva la última palabra en toda cuestión que pudiera ser tratada por sus jueces, ya sea en su calidad de última instancia jurisdiccional, ya sea ejerciendo el derecho de avocación. Y esto no puede ser de otra manera, ya que se trata de un sistema de justicia retenida, en que la justicia

que imparten los jueces la hacen a nombre del Rey, el que era, por derecho divino, siempre la última garantía de los derechos de sus súbditos, que podían recurrir a él si no había otro remedio, por la simple vía de una petición de gracia, en contra de lo resuelto por sus funcionarios de justicia⁵.

La estructura judicial queda configurada en nuestro país a partir de la Constitución de 1823. Las atribuciones concedidas al Ejecutivo y a la Corte Suprema (creada ese año) dan cuenta de esa herencia monárquica, pues el gobierno judicial se desplaza de los órganos reales a la Corte Suprema, a la que se le otorga la superintendencia directiva, correccional, económica y **moral ministerial** sobre los tribunales y juzgados de la Nación, que con mayor precisión es consignada más adelante en la Constitución de 1833 y en 1875 con la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales, profundizándose esa noción estructural, pero eliminando la noción moral del control jerárquico.

El principio de inamovilidad de los jueces parece haber sido correctamente entendido, en los términos del artículo 110 de la Constitución de 1833, de tal modo que la separación de funciones de un juez sólo podía ser el resultado de un proceso judicial en que se declarara la falta de su buen comportamiento.

Sin embargo, en la Carta de 1925, se consagra la facultad de la Corte Suprema para remover a un juez, sin formación de juicio o de trasladarlo sin su consentimiento. Con esta modificación se recupera, para la Corte Suprema, una atribución que completa el conjunto de rasgos históricos propios del órgano de gobierno judicial monárquico. Ella es la que determina la composición de las Cortes de Apelaciones y la suya propia, ya que el nombramiento del Presidente de la República es simplemente la designación de uno de los tres o cinco candidatos a los cuales la Corte ha propuesto, correspondiéndole, por tanto, a la Corte la verdadera elección de los futuros miembros de los tribunales superiores de justicia.

Estas nociones jurídicas se incorporan luego en la Constitución de 1980.

El Profesor de Derecho Constitucional, Eduardo Aldunate, en el artículo que ha servido de base a esta parte de la exposición, es crítico de la composición que fue tomando el gobierno judicial, y así plantea que la creación de una Comisión de Ética constituyó un último hito en el retorno al modelo monárquico, sin objeción de quienes postulan que los órganos del estado no pueden ejercer funciones distintas

⁵ Aldunate Lizana, E. (2010). La constitución monárquica del poder judicial. *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (22). Recuperado a partir de <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/477>

a las que les otorga la ley, y por lo mismo, - dice -, *“Si se ha creado, entonces, y con ese nombre, no cabe sino pensar que la Corte Suprema vuelve sobre la disposición del artículo 148 de la Constitución de 1823, para velar sobre la **moral ministerial** de los jueces... con una concepción de la moral ministerial sólo equiparable a aquella en la que reposaba la literatura del siglo XVII en relación a los deberes del juez (...) arrogándose funciones de control ético expresamente eliminadas de su ámbito de superintendencia a partir de 1833 y en 1875.”*

Aunque esta posición pareciera dura y divergente, devela una carencia evidente en nuestro país: la ausencia de una oportuna y efectiva regulación de las funciones de control conductual no propias del cargo ya sea de jueces, fiscales, funcionarios de gobierno y del poder legislativo. La rectitud del trabajo judicial va de la mano de la interacción de los diversos órganos de los que se dota el Estado en su organicidad, y el principio de probidad trasunta a toda su organización.

En el caso del Poder Judicial, la Comisión de Ética ha sido creada en 2007 para prestar cooperación al Pleno de la Corte Suprema (instancia legal de deliberación administrativa de la Corte Suprema), en el ejercicio de funciones de prevención, control y corrección del comportamiento de Ministros y Fiscal del Tribunal, sin perjuicio de las faltas de orden administrativo y se forma por el Presidente titular del Tribunal y dos ministros titulares nombrados por el Pleno a proposición de su presidente. Conocerá de las conductas de Ministros y Fiscales Judiciales de la Corte Suprema que puedan importar una contravención a la ética judicial o que sean reñidas con la probidad y la moral y, desempeñará su misión con miras a su prevención, control y corrección; su procedimiento es reservado y sus actas serán microfilmadas y guardadas en custodia, destruyéndose los demás antecedentes físicos.

El llamado “Caso Hermosilla” ha expuesto la imperiosa necesidad de efectuar reformas constitucionales o legales al sistema de nombramiento de jueces, sobre todo de los ministros de la Corte Suprema. Las propuestas de cambio en este ámbito no son nuevas ni recientes, pero ellas se han enfocado principalmente en el problema de la independencia judicial interna en relación con el modelo vigente de gobierno judicial. Hoy, el escenario es más complejo y grave, toda vez que comprende, además, la dimensión externa de la independencia judicial, esto es que el sistema de nombramientos esté exento de injerencias indebidas de particulares o de grupos de interés.

Bajo la vigencia de la Constitución actual, el Presidente de la República nombra a todos los jueces del Poder Judicial. Esta facultad del Presidente se contrapesa, en el caso de los ministros de la Corte Suprema, con la aprobación o

rechazo del Senado del candidato que elija el gobierno de entre una quina propuesta por el máximo tribunal. La crítica a este sistema no sólo se centra en la mencionada preeminencia de las potestades presidenciales, sino en que el quórum de dos tercios con que el Senado debe aprobar su propuesta sería un terreno propicio para el llamado cuoteo político.

Desde esta reforma constitucional, se ha observado la idea de cuoteo como una componenda política que supone que los jueces deben ser elegidos por la estimación de su sensibilidad política, generando una serie de relaciones institucionales de coordinación y acuerdo que no pocas veces resulta inaudito para el lector externo.

Ahí está, para muchos, la causa de todos los males.

Dentro de la diversidad creativa para buscar soluciones a estos temas, en la Cámara de Diputados se ha presentado un proyecto de reforma que pretende que los nuevos magistrados sean seleccionados mediante un sorteo público, garantizando que cumplan con requisitos de antigüedad y mérito, alejando así la influencia política. Tal procedimiento entregaría también al azar el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. En México se acaba de aprobar una reforma que permite elegir por votación popular a los jueces, como parte de la lucha contra la corrupción. Otros postulan que sean los concejales quienes, por votación, elijan a los Ministros de la Corte Suprema y, por regiones, a los jueces de las Cortes de Apelaciones.

Todos los jueces son elegidos por el Presidente de la República de entre una terna que elaborada la Corte de Apelaciones respectiva. Para el caso de un ministro de Corte de Apelaciones la diferencia es que la terna la elabora la Corte Suprema. Finalmente, para el nombramiento de un ministro de la Corte Suprema, la misma Corte elabora una quina y el Presidente de la República efectúa el nombramiento con ratificación del Senado. Todos los postulantes que integran la terna o quina debieran cumplir los requisitos legales y constitucionales para desempeñar el cargo en cuestión. Luego viene una etapa 100% política en el entendido que todos los candidatos tienen la idoneidad para desempeñar el cargo, de otro modo no podrían integrar la terna o quina. Eso hace que los candidatos salgan a buscar la confianza política para ser elegidos.

Carlos Peña, en el artículo señalado, observa cuan necesario es que los propios jueces deban cultivar una cierta ética de la profesión “ya que todas las profesiones cuentan por eso con una cierta ideología de servicio, que alimenta su dimensión de llamado; una idea de los bienes que deben servir (la vida y la salud,

en el caso del médico, es un buen ejemplo) y que fortalecen el espíritu de ascetismo que es propio de los jueces vocacionales, de aquellos, la mayoría, cuya carrera se confunde con el sentido de su trayectoria vital. Esa idea contenida en un relato alimenta el orgullo profesional, que es la base de la libertad y de la independencia”.

Concluye que “mucho de la mala conducta que se ha constatado en estos días (propia de frívolos o de pícaros, cuando no de algo peor) hiere y daña ese orgullo y ese espíritu de *ascetismo* de la mayor parte de los jueces quienes, inclinados sobre su escritorio, y al revés de los casos que se han denunciado, ejercen su quehacer con distancia hacia las cosas y hacia las personas y sienten orgullo - en vez de cansancio o desaprensión o envidia - cuando intentan discernir con imparcialidad lo que ante ellos comparece”.

Hoy vemos caer justos y pecadores, y muchos de estos últimos tirando piedras sin pudor.

La noción de un juez técnico e independiente resulta esencial para asegurar la noción de imparcialidad que advertía Tomás de Aquino, y la imparcialidad es necesaria para aplicar la ley de manera pura y desprovista de prejuicio subjetivo, como pide Kelsen. Sin embargo, la intervención decisiva de un órgano con discrecionalidad política constituye una distorsión extraña a la naturaleza de las funciones de los jueces y el ciudadano que es juzgado, espera que ello no distorsione finalmente el juicio sobre su conducta o la disposición de su vida y bienes.

S.:E.:P.:

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Ávila Mayor, Alfonso. ¿Qué es la Justicia?: de Hans Kelsen. Frónesis [online]. 2008, vol.15, n.3 pp.151-157.
- 2.- Aldunate Lizana, E. (2010). La constitución monárquica del poder judicial. *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (22). Recuperado a partir de <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/>
- 3.- Camacho-Castro, J. M. (2016). Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen. *Estudios de Derecho*, 73 (161), 251-270. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a12.
- 4.- Opinión del Profesor Carlos Peña O., en el periódico El Mercurio el 15 de septiembre de 2024 y publicada en: <https://www.nuevopoder.cl/la-justicia-como-profesion/>
- 5.- Williams Benavente, Jaime (2001). El juez y el juicio en Tomás de Aquino. *Revista Actualidad Jurídica* N°3, enero 2001.