COMENTARIOS A LAS NORMAS DEl antePROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE ELABORADO POR LA COMISIÒN DE EXPERTOS

**Alejandro Romero Seguel**

**Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)**

**Profesor de Derecho Procesal**

**I. PROBLEMAS TÉCNICOS QUE TRAERÍA APROBAR ALGUNAS NORMAS DEL CAPITULO VII**

**1. En la regla de la radicación**

##  Es un error técnico la referencia en el numeral 1 del art. 153 del Proyecto indicar que la función jurisdiccional la deben cumplir *“tribunales previamente establecidos por la ley”.*

##  La expresión indicada no se aviene con nuestra tradición constitucional, en la forma como se determina la competencia.

##  Con esa limitación podría surgir un problema que hasta la fecha no se ha presentado cuando se crean Tribunales a los que la ley les encomienda seguir conociendo de asuntos o de juicios pendientes o en tramitación. Con esta norma se obligará a mantener a órganos jurisdiccionales hasta que concluyan las causas iniciadas antes del surgimiento del nuevo Tribunal.

##  Por ejemplo, si un determinado asunto se radicó en un juzgado de letras con competencia en lo civil y en el curso de la causa se modifica su competencia, pasando el asunto a la esfera de atribuciones de un nuevo tribunal, ello lo impedirá la nueva norma.

##  Hasta este momento el legislador chileno ha permitido que se traspasen juicios pendientes a nuevos tribunales que se incorporan a la estructura jurisdiccional, sin promover problemas de constitucionalidad, como el que inequívocamente provocará esta propuesta.

##  Dentro de las razones que han validado esta posibilidad esta el deseo de impedir prolongar la actuación de un órgano jurisdiccional que el legislador ha decidido suprimir. Y también el propósito de evitar el fenómeno de la *ultra actividad de la ley*, optando por aplicar el principio que la vigencia de las normas procesales debe operar *in actum*.

##  La única excepción que se justifica es lo que acontece en el proceso penal. Para dicho ámbito el artículo 19 Nº 3 inc. 4º de la actual CPR establece que *“nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho”.*

**2. En el sistema de fuentes**

El art. 153 numeral 2 dispone: *2. Los jueces se sujetarán a la Constitución y a la ley y no podrán en caso alguno ejercer potestades de otros poderes públicos.*

No queda claro el sentido de esta norma, que es redundante. Cuando los jueces no se sujetan a la Constitución, en ese país no hay Estado de Derecho…

La norma puede provocar problemas en el sistema de fuentes, ya que podría llevar a un retroceso que no es deseable.

Para nuestra cultura jurídica es un hecho que a la hora de impartir justicia nuestros jueces acuden a distintas fuentes. La determinación de lo *que es debido a otro,* junto a ley, también concurren la equidad, la doctrina científica, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Esto ha significado un gran avance jurídico y ha permitido renovar en muchos aspectos nuestro Sistema jurídico.

Aunque los ejemplos que se podrían citar aquí son variados, menciono algunos que con esta norma jamás habrían podido surgir:

- La tercería de posesión, surgida como una creación jurisprudencial. Sólo en 1988 fue introducida al Código de Procedimiento Civil, por la Ley N° 18.705, del 24 de mayo de 1988.

- La regulación de los principios que limitan la nulidad procesal (actual art. 83 CPC), que fueron fraguados por la jurisprudencia y luego recogido en la ley.

- La incorporación de la denominada *doctrina de los actos propios,* admitida en nuestra jurisprudencia civil por la sentencia de la Corte Suprema, de 9 de mayo de 2001, y recién recogido a nivel legal en la regulación de la Ley de Tramitación Electrónica, varios años después.

Dicho de otra forma, con este precepto legal se cierne sobre nuestro sistema jurídico la obsolescencia del dogma legalista, que ha querido ver en la ley la única fuente del Derecho.

La propuesta constitucional olvida que el Derecho es un fenómeno plural, que no se agota sólo en el dato normativo legal ni en el constitucional.

Como bien lo advierte Helmut Coing: "...ningún ordenamiento jurídico se deriva de principios abstractos. Ningún ordenamiento jurídico es un sistema lógico-matemático. Las instituciones jurídicas se basan, más bien, de múltiples modos, en la experiencia. No sin razón decimos a este respecto que una determinada regulación se ha acreditado o no se ha acreditado en la práctica. Por experiencia se sabe, desde antiguo, que no toda regulación legal consigue su objetivo, y sería interesante el investigar de una vez, a base de muchos ejemplos, si la aplicación de las leyes, y en particular de los códigos, ha correspondido a las intenciones que tenía el legislador” (COING, Helmut, "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica”, en REHJ, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, t. VI, 1981, p. 115).

Me ahorra mayores explicaciones invitar a la lectura de un interesante trabajo publicado en 1991, bajo el sugerente título: *Lo que la jurisprudencia se llevó*, donde don Ramón Domínguez Benavente y Carmen Domínguez Hidalgo, explican, con muy buenos ejemplos, la relevancia que ha tenido la jurisprudencia en la aplicación práctica e innovadora de nuestro sistema judicial, que este precepto amenaza con limitar.

Creo que es de justicia reivindicar la norma legada por nuestra tradición constitucional, que de manera simple y exacta ha sentado que: *la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.*

Como se puede apreciar, el precepto no genera ninguna de las dificultades que acabo de indicar.

Tema diverso es el sistema de impugnación frente a decisiones erróneas que pueden impartir un juez, pero ese tema debe quedar en el plano legal.

La propuesta de esta regla claramente es excesiva y puede ser muy perjudicial para el funcionamiento del sistema judicial.

En síntesis, el precepto propuesto es francamente un retroceso, si se compara con la perfección técnica que tiene la actual norma, y que ha forma parte de la tradición constitucional chilena.

**3. Se introduce una causal de impugnación de la actuación judicial subjetiva: la ecuanimidad**

Resulta altamente inconveniente en el art. 154 del Anteproyecto letra b), cuando al regular la garantía de la imparcialidad señala: *“Los jueces ejercerán sus funciones con ecuanimidad, resolviendo los asuntos que conocen sin sesgos, prejuicios ni discriminación alguna respecto de los intervinientes”.*

A mi juicio, se debe suprimir esta redacción, atendido que introduce elementos valorativos que son ajenos a la actividad jurídica.

La expresión ecuanimidad podría introducir una causal de impugnación subjetiva, atendido que ecuánime es un adjetivo que significa: *“no propenso a apasionarse o perder la tranquilidad; equilibrado, sereno; desapasionado; imparcial; justo; Se aplica al que obra de acuerdo con la razón y la justicia y no por impulsos afectivos, así como a sus actos, palabras, etc.* (Diccionario de Uso español, María Moliner, Gredos).

Como se puede apreciar, el precepto podría llevar a un control psicológico de la actividad judicial, para sostener que tal o cual resolución ha sido dictada por un juez en un estado de falta de ecuanimidad.

En nuestra tradición jurídica lo que se debe garantizar es la actuación de un juez imparcial. Esta última categoría se vincula a situaciones objetivas para inhabilitar a un juez por causales legales de implicancia o recusación.

Si introduce esta norma podrían surgir una nueva forma de inhabilitación subjetiva por la “falta de ecuanimidad”, lo que se ve como altamente inconveniente para el desempeño de la actividad jurisdiccional. Es un hecho que las audiencias judiciales pueden generar comportamientos de tensión entre jueces y abogados. Con este precepto se permitirá un cuestionamiento psicológico de los jueces que no parece correcto introducir.

**II. LA protección de los derechos sociales y EL RIEGO DE LA INDEPENDENCIA del Poder Judicial**

Es interesante en el art. 154 la protección que da a la independencia judicial, tanto en su proyección interna como interna.

Sin embargo, es conveniente advertir que la misma propuesta constitucional contiene una grave amenaza a esta garantía, específicamente, en el art. 26 Nº 2 del Anteproyecto.

La norma propuesta señala:

*“2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones legales o discriminación en el acceso a las mismas, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho”.*

La propuesta constitucional nos ubicará en la lista de países que intentan solucionar los problemas vinculados a los derechos económicos y sociales mediante acciones judiciales de alcances colectivo.

Los que defienden este tipo de acciones piensan que la desigualdad social y la precariedad económica se corrige a través de sentencias judiciales colectivas.

Los que defienden esta forma de protección asumen como premisa que los tribunales de justicia, a través de estas acciones colectivas, deben entrar a participar como agentes directos de la democracia deliberativa.

La propuesta se explica por el intento de instrumentalizar la judicatura como instrumento de poder político para hacer exigibles los derechos económicos y sociales ante los tribunales de justicia. Efectivamente, como los jueces gozan de imperio para hacer ejecutar sus fallos, una vez decretada la prestación colectiva mediante una sentencia judicial, la autoridad administrativa o el particular que se resista a cumplir se expone los efectos de las medidas compulsivas que tiene la judicatura pata hacer cumplir sus sentencias.

A mi entender, esta propuesta supera lo que es exigible a los tribunales de justicia, en su actividad de resolver los conflictos jurídicos y debe ser desestimada completamente.

Las razones para la supresión son las que se pasan a describir y que apuntan a una misma idea: si prospera este cambio se introduce un instrumento jurídico para que los Tribunales Superiores de Justicia intervengan en el diseño y ejecución de políticas públicas, sin límite.

Aunque el art. 25 del Anteproyecto indica que *“los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realizan los derechos individualizados en el artículo precedente”*, en la práctica declaraciones jurisdiccionales de este tipo no tienen como ser controladas. Una sentencia judicial siempre es un acto imperativo que es ejecutable coactivamente.

Si un fallo judicial se excede y entra a intervenir en una política pública, en el mejor de los casos podría acarrear responsabilidad política para un juez, pero ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo pueden dejar sin efecto un fallo judicial pasado en autoridad de cosa juzgada. A lo anterior se agrega que siempre habrá en el campo político partidista personas que apoyen las actuaciones de jueces, a los que se les exaltará por su sensibilidad en esta cruzada que comenzará si se aprueba ente mecanismo de protección colectiva de los derechos indicados en la norma que se comenta.

**El riesgo para la independencia judicial**

A través de esta acción constitucional se presionará a los jueces para que se animen a dar protección colectiva, en temas que son propios del ámbito de la política y de la economía.

No hay que ser muy agudo de mente para advertir que cualquier político populista, cualquiera sea su signo político, intentará promover esta acción -seguramente acompañado de cámaras de TV- para que sus electores vean que es un hombre de bien, y que les corresponde a los Tribunales asumir su rol para superar las situaciones de pobreza, utilizando los instrumentos que ahora se le concede la actividad jurisdiccional.

Un precepto de este tipo permitirá que los jueces que no accedan a estas tutelas colectivas terminen siendo acusados constitucionalmente o sometidos al control del nuevo mecanismo que se incorpora en la regulación del Poder Judicial.

Por lo mismo, para garantizar la independencia del Poder Judicial no es razonable aceptar esta propuesta del Proyecto de Constitución. La incapacidad del sistema político para solucionar los problemas vinculados a estos derechos sociales no puede ser trasladada a nuestros jueces, sin advertir el riesgo que esto significa en el funcionamiento del Poder Judicial.

Mirado desde otro punto de vista, existe también la posibilidad que frente a este diseño algunos jueces, para evitarse problemas, apliquen el adagio: “si no puedes contra ellos, úneteles”, y se animen a pronunciar sentencias de corte populistas, aunque sean imposibles de cumplir o que pongan en riesgo de subsistencia a una determinada actividad.

A lo anterior se suma que la incorporación de esta acción colectiva dará lugar, cuando los jueces se nieguen a amparar estos derechos, para demandar a Chile en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. La negativa de la judicatura será reclamada ante la Corte Interamericana, la que obligará al Estado de Chile a adoptar las medidas para la protección de estos derechos económicos y sociales, con todo lo que ello involucra.

**Los problemas de las acciones colectivas**

La norma eleva a rango constitucional la protección de conflictos que atañen a una pluralidad de sujetos, y que puede sumar a millones de personas.

Lo normal en el caso de los derechos colectivos ha sido proponer diseños jurídicos para proteger un derecho o interés que pertenece a un grupo de personas, como son los consumidores, o que no pertenece a nadie en concreto, como el medio ambiente. En este caso, por la amplitud de los derechos que abarca la norma constitucional avanzaremos a un populismo que terminará por afectar el equilibrio fiscal que reclama el bien común.

No se debe descartar el riesgo a la estabilidad del sistema democrático, por el desprestigio que significa reconocer derechos que no se satisfacen efectivamente.

**El riesgo para las actividades privadas**

No se debe descartar que este precepto permita que particulares puedan ser compelidos a realizar las prestaciones vinculadas a los derechos sociales que comprende la norma.

Como se sabe, el recurso de protección en nuestro derecho ha sido utilizado también contra entes públicos y privados que vulneran los derechos fundamentales.

Al ser sujetos pasivos del recurso de protección los particulares, los que son proveedores de derechos sociales en materia de vivienda, salud, educación, pueden terminar siendo compelidos a realizar prestaciones impuestas por una sentencia judicial.

No se debe perder de vista que el actual art. 2 del proyecto reconoce que existe el Estado Social y Democrático de Derechos. A partir de esa norma se justificará que los jueces hagan cumplir los derechos sociales que ampara esta acción colectiva de derechos, sea por prestadores públicos o privados.

1. **Poder judicial**

Es poco comprensible la propuesta de fraccionamiento del gobierno del Poder Judicial.

En el campo teórico existen tres modelos para regular el gobierno del Poder Judicial:

1. Modelo externo, donde las decisiones se adoptan en sede no judicial.
2. Modelo interno, donde los propios órganos jurisdiccionales asumen este rol. Claramente este es el sistema vigente en Chile, sin perjuicio de la colaboración de los otros poderes del Estado
3. Modelo institucional, a través de órganos creados *ex profeso* para gobernar el Poder Judicial.

Con toda franqueza, después de leer las reglas propuestas me declaro incapaz de poder determinar cuál es el modelo que se quiere caminar con esta Reforma.

La regulación en varios órganos dispersos no se entiende y puede provocar problemas políticos serios.

No se entiende las razones técnicas que pueden llevar a esta atomización que contiene los art. 157 y siguientes.

Alejandro Romero Seguel