

Mejor solo que mal acompañado: Cómo mejorar el proceso de confirmación ante el Senado

Diego Pardow*

26 de junio de 2019

Resumen

Este trabajo argumenta que las reglas de nombramiento de la Corte Suprema debieran privilegiar un enfoque donde los jueces sean nombrados individualmente y sujetos a confirmación ante el Senado por mayoría simple. El nombramiento en parejas facilita que el gobierno privilegie la promoción de jueces más cercanos a su posición política, a cambio de promover también un juez alineado con la oposición. El establecimiento de reglas supra-mayoritarias, por su parte, facilita una dinámica similar donde gobierno y oposición eligen jueces alineados con su respectiva posición de manera alternada en el tiempo. Ambas dinámicas erosionan la estabilidad de las decisiones de un tribunal y disminuyen su capacidad profesional.

Palabras clave: Autonomía institucional - Nombramiento de jueces - Estabilidad y profesionalismo

1. Introducción

Existen varios órganos donde nuestra Constitución Política se preocupa especialmente de proteger su autonomía (Ferrada, 1998). Además de la Corte Suprema (“CS”), suelen mencionarse dentro de esta lista al Tribunal Constitucional (“TC”), al Banco Central (“BC”), a la Contraloría General de la República (“CGR”), al Consejo para la Transparencia (“CPLT”) y al Ministerio Público (“MP”). En todos estos casos, se busca fomentar la autonomía a través de un diseño institucional que incluye, entre

*Profesor, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Cometarios bienvenidos a dpardow@derecho.uchile.cl

otros aspectos, la exigencia de confirmar ante el Senado el nombramiento de sus autoridades superiores¹. Como muestra la Tabla 1, sin embargo, las reglas aplicables a cada uno de estos órganos para llevar a cabo sus respectivos procesos de confirmación tienen diferencias significativas. Este trabajo analiza dos diferencias importantes: la manera de presentar los candidatos (v.g. individualmente o en pareja), así como el quórum de aprobación (v.g. mayoría simple o calificada)².

Desde esta perspectiva, en un extremo tendríamos al BC, cuyo consejo se renueva individualmente y está sujeto a confirmación por la simple mayoría de los senadores presentes. En el otro extremo tendríamos al CPLT, donde sus miembros se renuevan en parejas y con un quórum de confirmación equivalente a dos tercios de los senadores. El régimen aplicable a la CS, por su parte, se ubicaría en un espacio intermedio: los candidatos se presentan a confirmación individualmente, pero el quórum de aprobación es de dos tercios³. El objetivo de esta breve nota es argumentar que el enfoque del BC resulta preferible porque fomenta la incorporación de mejores profesionales, así como la estabilidad de las decisiones del organismos involucrados.

Quórum	Renovación individual	Renovación por pareja
Mayoría	BC (2 años)	—
Tres quintos	CGR (8 años)	—
Dos tercios	CS (retiro), MP (8 años)	TC (3 años), CPLT (3 años)

Tabla 1: Comparación de la reglas para el trámite de confirmación ante el Senado

La escasa evidencia existente parece alinearse con esta preferencia en favor de una regla de confirmación individual y por mayoría simple. El estudio comparado de biografías recogido en [Pardow \(2018b\)](#), muestra que los consejeros del BC efectivamente tienen mejores antecedentes profesionales y un nivel de afiliación política más bajo que los consejeros del CPLT. Más aún, cuando se compara el BC con otros re-

¹El mecanismo de confirmación ante el Senado fue incorporado dentro de un conjunto de reformas de la década de los ochenta dirigidas a fortalecer el BC y la CGR, sin dejar entregar mayores antecedentes sobre su finalidad. Con todo, este mecanismos fue extendido durante 1997 a la CS, consignando que la idea era seguir el proceso de confirmación utilizado en Estados Unidos ([Pardow and Verdugo, 2019](#)).

² El proceso para designar autoridades puede dividirse en tres etapas: selección de una lista corta, designación del candidato y confirmación por parte del Senado ([Pardow, 2018b](#)). El proceso de confirmación por parte del Senado típicamente involucra la celebración de una sesión citada especialmente al efecto, previa audiencia con el directivo designado

³El gobierno está actualmente estudiando una reforma al sistema de nombramiento de los jueces de la CS, cuyo contenido todavía no estaría definido.

guladores económicos, este proceso de confirmación individual y por mayoría simple aparece asociado con un aumento significativo de la estabilidad en el cargo (Pardow and Verdugo, 2019). En contraste, los fallos de los consejeros del CPLT, responden claramente a un posicionamiento político, aun cuando controlemos por la respectiva afiliación partidaria (Pavón and Carrasco, 2019). Finalmente, Pardow and Verdugo (2015) muestran que los jueces de la CS tiene un menor nivel de afiliación política y un comportamiento mucho más estable que los jueces del TC.

2. Descripción del modelo

Siguiendo a Cameron et al. (1990), consideremos un sencillo modelo donde el gobierno (g) elige al candidato a juez (j), para luego presentarlo a confirmación ante el senado. Tanto el gobierno, como el candidato a juez y los senadores, tienen una posición política x susceptible de situarse en un espacio unidimensional que oscila entre 1 y 0 (v.g. izquierda-derecha, liberal-conservador). El gobierno elige el candidato a juez teniendo en cuenta tres factores: la cercanía política entre el candidato y el gobierno (lealtad o L), la calidad profesional del candidato (profesionalismo o P), y los costos que supone convencer a los senadores necesarios para confirmarlo (costos o C). Asumiendo que existe un número de $i = 1, \dots, n$ senadores necesarios para realizar la confirmación, y que el costo de convencer a cada uno depende únicamente de su distancia política con el candidato (Segal and Cover, 1989). Bajo estas condiciones, el costo total de confirmar un candidato sería $\sum_{i=1}^n (x_i - x_j)^2 C$.

Para simplificar el análisis, consideremos que el gobierno evalúa la lealtad política del candidato en términos binarios: $L = 1$ cuando $x_g = x_j$, y $L = 0$ en cualquier otro caso⁴. Enseguida, como lo muestra Segal (1987), consideremos que la posición política de los senadores sigue una distribución normal con una mediana igual a μ y una desviación estándar igual a σ , esto es, $x_i \sim \mathcal{N}(\mu, \sigma)$. Consideremos finalmente que la calidad profesional del candidato a juez también oscila entre 1 y 0, estando negativamente relacionada con su distancia respecto de la mediana de moderación política. Así, la expresión $P = 1 - \beta(x_j - \mu)^2$ representaría una relación lineal y negativa entre ambas consideraciones⁵. En estas condiciones, la decisión del gobierno

⁴En nuestro caso, considerar la lealtad política en términos continuos hace más extenso el álgebra sin aportar mucho al modelo. No obstante, bastaría con redefinir la lealtad como $1 - (x_g - x_j)^2 L$ o seguir un enfoque similar al de Segal et al. (1992) para incluir esta particularidad.

⁵La principal justificación de este supuesto es que, si fuese posible satisfacer simultáneamente las demandas de profesionalismo y lealtad política, todos los gobiernos elegirían candidatos con el máximo profesionalismo. En cualquier caso, si revisamos los coeficientes de posicionamiento político y profesionalismo para los jueces de la Corte Suprema norteamericana (Segal et al., 1995),

puede formalizarse de manera similar a [Shipan and Shannon \(2003\)](#):

$$\text{máx } \overbrace{L + 1 - \beta(x_j - \mu)^2}^{\text{Lealtad y profesionalismo}} - \underbrace{\sum_{i=1}^n (x_i - x_j)^2 C}_{\text{Costo de confirmación}} \quad (1)$$

En términos generales, la autonomía institucional persigue dos objetivos ([Pardow, 2018a](#)). En primer lugar, busca aislar a la institución de las presiones del gobierno y así fomentar la estabilidad de sus decisiones⁶. En segundo lugar, busca hacer responsable al organismo de sus propias decisiones, incentivándolo a invertir en mejorar sus capacidades técnicas y reclutar mejores profesionales. En nuestro modelo, consideremos que existen $k = 1, \dots, m$ jueces efectivamente nombrados, de suerte que el tribunal puede describirse en atención a las siguientes tres características:

(a) Posición política del tribunal

$$\bar{x} = \frac{1}{m} \sum_{k=1}^m x_k$$

(b) Inestabilidad del tribunal

$$\sigma_k^2 = \sum_{k=1}^m (x_k - \bar{x})^2$$

(c) Profesionalismo del tribunal

$$P_k = \sum_{k=1}^m 1 - (x_k - \mu)^2$$

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, las reglas sobre confirmación de candidatos a jueces ante el Senado debieran estar dirigidas a reducir la inestabilidad del tribunal y aumentar su profesionalismo. Según veremos en las siguientes secciones, la confirmación individual y por simple mayoría se desempeña mejor en ambos aspectos que las otras reglas posibles.

efectivamente existe una correlación negativa entre ambos, al menos para varios períodos y grupos de jueces.

⁶Además, tratándose de la CS, su separación respecto del gobierno y la estabilidad de sus decisiones se relacionan con la doctrina tradicional de separación de poderes. Como señala [Atria \(2004\)](#), el rol de “poder nulo” que nuestra Constitución Política encomienda a los jueces exige que mantengan cierta consistencia en sus interpretaciones, al menos mientras no cambien las leyes que son objeto de interpretación

3. Nombramiento individual y mayoría simple

En virtud del denominado “teorema del votante mediano”, sabemos que el candidato cuya posición es igual a la mediana permite al gobierno minimizar el capital político necesario para llevar adelante su confirmación (Congleton, 2004). Evaluemos la Ecuación (1) en este primer escenario. Asumiendo un gobierno que no sea exactamente moderado, tenemos entonces que $x_j = \mu \neq x_g$, de modo tal que las diferencias políticas con el candidato hacen que $L = 0$ y el gobierno pierde el premio asociado a promover una persona de sus propias filas⁷. Por otra parte, como la posición del candidato es igual a la mediana, entonces $P = 1$ y el gobierno recibe la recompensa asociada a nombrar a una persona con la máxima capacidad profesional.

Finalmente, como sabemos que las diferentes posiciones políticas de los senadores siguen una distribución normal, podemos utilizar la expresión σC para representar el costo de confirmación con una regla de mayoría sería simple⁸. En estas condiciones, un gobierno que somete a confirmación a un candidato perfectamente moderado, obtendría $1 - \sigma C$ como recompensa. Por su parte, si consideramos como aproximación inicial que los restantes jueces que forman parte del tribunal eran también perfectamente moderados, tendríamos como resultado un tribunal perfectamente moderado, con mínima inestabilidad y máximo profesionalismo (v.g. $\bar{x} = \mu$, $\sigma_k^2 = 0$, $P_k = 5$).

Analicemos ahora las condiciones bajo las cuales el gobierno intentaría promover como candidato a una persona con su misma posición política, así como sus efectos sobre las características del tribunal. Para conseguir la recompensa asociada a la lealtad política L , el gobierno debiera elegir como candidato a una persona que tenga exactamente su misma posición política. En este caso, sin embargo, como $x_j = x_g \neq \mu$ existe una disminución en la calidad profesional del candidato y un mayor costo de confirmación. La disminución en calidad profesional quedaría representada por $-\beta(x_g - \mu)^2$. De manera similar, podemos también caracterizar este costo adicional en atención a la distancia entre la posición del gobierno y la mediana, utilizando la expresión $-(x_g - \mu)^2 C$. Bajo estas condiciones, el gobierno elegiría un candidato leal a su posición política únicamente cuando este beneficio supera los costos necesarios

⁷Lógicamente, un gobierno perfectamente moderado donde $x_g = \mu$ puede satisfacer simultáneamente el profesionalismo del candidato, su cercanía política con el gobierno y el costo asociado a su confirmación. A su vez, en caso de considerar la lealtad política en términos continuos, L podría variar entre ambos extremos dependiendo de la distancia entre el gobierno (x_g) y el candidato a juez (x_j).

⁸En una distribución normal, el menor costo de confirmación para un candidato perfectamente moderado correspondería al rango intercuartil. En otras palabras, la mejor estrategia del gobierno consiste en convencer al 50% más moderado de los senadores. Este rango intercuartil, a su vez, corresponde a 1,35 desviaciones estándar, que para efectos de simplificación aproximaremos a σ .

para conseguirlo⁹. En términos formales, esto es:

$$L \geq \beta(x_g - \mu)^2 + (x_g - \mu)^2 C \quad (2)$$

Por su parte, si la desigualdad anterior se cumple y el gobierno efectivamente nombra a un juez de sus mismas convicciones políticas, ello genera cambios relevantes en las características del tribunal. La posición promedio del tribunal se mueve en dirección de la posición del gobierno, con una intensidad que depende de la cantidad total de jueces que componen el tribunal y estaría representada por la expresión $\bar{x} = \mu \pm \frac{1}{m}(x_g - \mu)^2$. La volatilidad del tribunal, por su parte, aumentaría quedando en $\sigma_k^2 = (x_g - \mu)^2$, mientras que el profesionalismo disminuiría a $P_k = 5 - \beta(x_g - \mu)^2$. Como se aprecia, cuando el premio por la lealtad es suficientemente alto, resulta racional para el gobierno promover a un candidato desde sus propias filas. Ahora bien, esto se realiza a costa de politizar el tribunal, disminuyendo su estabilidad y profesionalismo.

4. Equilibrios con otras reglas

Consideremos ahora lo que ocurre cuando utilizamos otro tipo de reglas para el proceso de confirmación. En particular, consideremos primero la posibilidad de establecer una confirmación por parejas, de manera similar a lo que ocurre hoy en el TC. Enseguida, consideremos lo que ocurriría con un quórum supra-mayoritario, de manera similar a lo que ocurre hoy con la CS.

4.1. Confirmación por parejas

En este caso, el gobierno tiene una alternativa adicional: acordar con sus rivales políticos distribuirse los cupos. En otras palabras, se nombraría a dos candidatos, el primero con una posición política igual a la del gobierno (v.g. $x_{j1} = \mu + \alpha$) y el segundo con una posición política exáctamente opuesta (v.g. $x_{j2} = \mu - \alpha$)¹⁰. Con un

⁹En nuestra configuración, únicamente vale la pena evaluar el nombramiento de un candidato con la misma posición política del gobierno. Nombrar a un candidato intermedio, esto es, situado entre la perfecta moderación y la posición política del gobierno solo genera costos adicionales, sin ningún beneficio asociado. Con todo, para explorar esta alternativa basta con considerar la lealtad política de manera continua.

¹⁰La expresión α representa aquí la distancia absoluta entre la mediana y la posición política del gobierno ($\alpha = ||\mu - x_g||$). Al igual que en la situación anterior, únicamente vale la pena evaluar el nombramiento de un candidato con una posición política exactamente opuesta a la del gobierno. Nombrar a un candidato intermedio, esto es, situado entre la perfecta moderación y la perfecta oposición al gobierno solo genera costos adicionales, sin ningún beneficio asociado

acuerdo de esta naturaleza, el conservadurismo o derechismo de un candidato, sería compensado por el liberalismo o izquierdismo del otro, de manera tal que los costos de confirmación serían idénticos a nombrar dos candidatos perfectamente moderados. A su vez, ello permitiría al gobierno obtener la recompensa de la lealtad a un menor costo. Con todo, al presentarse dos candidatos polarizados existiría también una mayor disminución en profesionalismo, por lo que la Ecuación (2) cambiaría en el siguiente sentido:

$$L \geq 2\beta(x_g - \mu)^2 \quad (3)$$

Asumiendo que $C \geq \beta$, la confirmación en parejas fomentaría la politización de los nombramientos. Nuevamente, esto afecta negativamente las características del tribunal. A diferencia del caso anterior, la incorporación de jueces con posiciones opuestas mantiene la moderación de la posición promedio del tribunal por que $\bar{x} = \mu + \frac{1}{m}(x_g - \mu)^2 - \frac{1}{m}(x_g - \mu)^2 = \mu$. En contraste, la volatilidad del tribunal aumentaría el doble, quedando en $\sigma_k^2 = 2(x_g - \mu)^2$. El profesionalismo disminuiría también en el doble, conforme a la expresión $P_k = 5 - 2\beta(x_g - \mu)^2$. En definitiva, incluso con un premio por lealtad relativamente más bajo, sería racional para el gobierno llegar a un acuerdo con la oposición y promover a un candidato de cada sector. Ello, sin embargo, viene a costa de duplicar la disminución en estabilidad y profesionalismo del tribunal.

4.2. Regla supra-mayoritaria

En este otro caso, el gobierno enfrenta mayores costos de confirmación porque la regla supra-mayoritaria le exige convencer a más senadores, los que a su vez estarán progresivamente más lejos de la mediana y serán más costosos de convencer. Como las reglas supra-mayoritarias contempladas en nuestra constitución establecen un quórum cercano a los dos tercios, podemos utilizar la expresión $2\sigma C$ para representar este nuevo costo de confirmación¹¹. A su vez, la expresión $2(x_g - \mu)^2$ mostraría el costo adicional de nombrar a un candidato leal a la posición del gobierno. Como se aprecia, la primera expresión funcionaría como un costo fijo, haciendo más costosos todos los procesos de confirmación, independiente de si se trata de candidatos polarizados o moderados. La segunda expresión, por su parte, funcionaría como un costo variable que hace más cara la designación de una persona leal al gobierno. En términos formales, esto es:

$$L \geq \beta(x_g - \mu)^2 + 2(x_g - \mu)^2 C \quad (4)$$

¹¹En una distribución normal, el espacio que existe entre la mediana y una desviación estándar hacia cada extremo, representaría cerca del 68 % de los senadores.

Lógicamente, este sería un efecto positivo de las reglas supra-mayoritarias. Al hacer más costosa la confirmación de candidatos polarizados, fomenta el profesionalismo y estabilidad de la corte. Ahora bien, también puede ocurrir que los acuerdos entre gobierno y oposición tomen lugar de manera inter-temporal. Así por ejemplo, en el período actual el gobierno nombra a un candidato a juez cercano a su posición política, a cambio de que en el siguiente período se nombre a uno con una posición exactamente opuesta. Esta dinámica es semejante a la del nombramiento por parejas, pero de un modo donde la condición para favorecer este mecanismo se hace más fácil de cumplir y estaría representada por $2C \geq \beta$. En otras palabras, al mismo tiempo que las reglas supra-mayoritarias disuaden el nombramiento separado de candidatos leales al gobierno, también fomentan la realización de acuerdos inter-temporales entre gobierno y oposición¹².

5. Conclusiones

La escasa evidencia existente sugiere que el sistema de confirmación del BC, con reglas de confirmación individual y por simple mayoría, fomenta la estabilidad y profesionalismo de la institución. Ello, al menos en comparación con el desempeño del TC, el CPLT, o incluso la CS. Utilizando un modelo estilizado, esta nota muestra que esta evidencia podría explicarse a partir de dos circunstancias. En primer lugar, el nombramiento en parejas facilita que el gobierno incumbente privilegie la promoción de jueces más cercanos a su posición política, a cambio de promover también un juez alineado con la oposición. En segundo lugar, las reglas supra-mayoritarias tienen un efecto ambiguo. Por una parte, hacen más difícil el nombramiento separado de jueces leales gobierno. Pero, por otra parte, fomentan una dinámica similar al nombramiento en parejas, donde gobierno y oposición eligen jueces alineados con su respectiva posición política de manera alternada en el tiempo. De este modo, tanto la elección en parejas como los quórum supra-mayoritarios, erosionarían la estabilidad de las decisiones de un tribunal y disminuyen su capacidad profesional.

¹²La posibilidad de alcanzar estos acuerdos inter-temporales seguramente dependa del momento político del país y las características de su sistema electoral. Incorporar estas consideraciones requeriría redefinir nuestro modelo como un juego estratégico similar al de (Krause and O’Connell, 2016). Ahora bien, como en Chile la práctica de acuerdos inter-temporales para nombrar jueces está razonablemente documentada, se prefirió privilegiar la simpleza del modelo.

Referencias

- Fernando Atria. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. *Revista de estudios de la Justicia*, (5):119–141, 2004.
- Charles Cameron, Albert Cover, and Jeffrey Segal. Senate voting on supreme court nominees: A neoinstitutional model. *American Political Science Review*, 84(2): 525–534, 1990.
- Roger Congleton. The median voter model. In *The encyclopedia of public choice*, pages 707–712. Springer, 2004.
- Juan Carlos Ferrada. La autonomía como tecnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile. *Revista chilena de derecho*, 25(1):335–344, 1998.
- George Krause and Anne Joseph O’Connell. Experiential learning and presidential management of the us federal bureaucracy: Logic and evidence from agency leadership appointments. *American Journal of Political Science*, 60(4):914–931, 2016.
- Diego Pardow. ¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(2):193–209, 2018a.
- Diego Pardow. ¿Técnicos o políticos?: Radiografía del sistema de nombramiento de directivos en agencias regulatorias independientes. *Revista chilena de derecho*, 45 (3):745–769, 2018b.
- Diego Pardow and Sergio Verdugo. El tribunal constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1):123–144, 2015.
- Diego Pardow and Sergio Verdugo. Estabilidad, profesionalismo y politización en los nombramientos de directivos de agencias regulatorias independientes. *Revista de derecho del Estado*, En arbitraje, 2019.
- Andrés Pavón and Diego Carrasco. Ideology beyond partisanship: The behavior of judges on freedom of information cases in chile. *Government Information Quarterly*, 2019.
- Jeffrey Segal. Senate confirmation of supreme court justices: Partisan and institutional politics. *The Journal of Politics*, 49(4):998–1015, 1987.

Jeffrey Segal and Albert Cover. Ideological values and the votes of us supreme court justices. *American Political Science Review*, 83(2):557–565, 1989.

Jeffrey Segal, Charles Cameron, and Albert Cover. A spatial model of roll call voting: Senators, constituents, presidents, and interest groups in supreme court confirmations. *American Journal of Political Science*, pages 96–121, 1992.

Jeffrey Segal, Lee Epstein, Charles Cameron, and Harold Spaeth. Ideological values and the votes of us supreme court justices revisited. *The Journal of Politics*, 57(3):812–823, 1995.

Charles Shipan and Megan Shannon. Delaying justice (s): A duration analysis of supreme court confirmations. *American Journal of Political Science*, 47(4):654–668, 2003.